



**Superintendencia
Bancaria de Colombia**

Boletín jurídico

No. 41

Marzo - Abril de 2005
ISSN-1794-4538

Superintendente Bancario
Jorge Pinzón Sánchez

Director Jurídico
Segismundo Méndez Méndez

Subdirector de Representación
Judicial y Ediciones Jurídicas(E)
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:

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

CONTENIDO

DE ESPECIAL INTERÉS

Ley 952 de 2005. Pensión. Consignación de me- sadas pensionales	6
Decreto 610 de 2005. Bancafé. Liquidación	7

JURISPRUDENCIA

Bases de datos - Centrales de información	14
Régimen sancionatorio. Superintendencia Ban- caria	23
Superintendencia Bancaria. Inspección y vigi- lancia	30
Tutela. Caxdac. Aportes. Inspección y vigilancia .	41

CONCEPTOS

Almacenes generales de depósito. Archivos	54
Tarjeta débito. Cajeros automáticos. Cuenta co- rriente o de ahorro	59
Upac. Crédito de vivienda. Alivio. Banco de la República - UVR. Intereses. Reestructuración..	67
Relación de conceptos	80

TEMAS DE CONSULTA

Gravamen a los movimientos financieros. Che- que. Remesa negociada	84
Leasing. Arrendamiento financiero. Deprecia- ción para efectos fiscales	85
Oficinas de representación. Servicios financieros. Instituciones financieras del exterior en Co- lombia	86
Régimen sanacionatorio. Margen de solvencia ..	97
Sociedades fiduciarias. Información. Fondo co- mún ordinario. Fondo común especial	106

RESEÑA GENERAL

Normas	110
Jurisprudencia	112
Otros conceptos	115

***E**l Boletín Jurídico que dejamos a consideración de nuestros suscriptores y lectores incluye material jurídico de particular interés. En primera instancia se presenta, junto con la Ley 952 de 2005, el texto del Decreto 610 de 2005 que dispuso la liquidación de Bancafé S.A. En la sección 'Jurisprudencia' se incluyen fallos de algunas altas corporaciones judiciales, entre las cuales se destaca la sentencia C-205 de la Corte Constitucional que se pronunció respecto de la demanda de inconstitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en las Leyes 510 de 1999 y 795 de 2003.*

En materia de doctrina financiera se presenta en la sección 'Conceptos', entre otros, dos pronunciamientos de la Superintendencia Bancaria de Colombia que resultan pertinentes en la actual coyuntura por el interés en los temas analizados.

El primero hace referencia a las tarifas de los servicios financieros y la utilización de tarjetas débito en la prestación de servicios. El segundo hace referencia a los créditos de vivienda y la aplicación de abonos como resultado de reliquidaciones para créditos con saldos vigentes a 31 diciembre de 1999.

En la sección 'Temas de consulta' se incluye un pronunciamiento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público relacionado con las actividades de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior en el ámbito del Decreto 2951 de 2004. Así mismo, se edita un concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, relacionado con la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria frente al incumplimiento del margen de solvencia de establecimientos de crédito, elaborado en 2001 pero conocido recientemente al levantarse la reserva prevista en el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.

**Subdirección de Representación Judicial
y Ediciones Jurídicas**

De especial interés

*Ley 952 de 2005. Pensión.
Consignación de mesadas pensionales
Decreto 610 de 2005. Bancafé. Liquidación*

*PENSIÓN - CONSIGNACIÓN DE MESADAS PENSIONALES***Ley 952 de 2005***
(abril 4)

por medio de la cual se modifica el artículo 2° de la Ley 700 de 2001 y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 2° de la Ley 700 de 2001 quedará así:

Artículo 2°. A partir de la vigencia de la presente ley se crea la obligación, para todos los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones, que tengan a su cargo el giro y pago de las mesadas pensionales, de consignar la mesada correspondiente a cada pensionado en cuentas individuales, en la entidad financiera que el beneficiario elija y que tenga sucursal o agencia en la localidad donde se efectúa regularmente el pago y en el cual tenga su cuenta corriente o de ahorros, si este así lo decide.

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

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

Artículo 2°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

* Diario Oficial 45.869 del 4 de abril de 2005.

BANCAFÉ - LIQUIDACIÓN

Decreto 610 de 2005*
(marzo 7)

por el cual se ordena la disolución y liquidación del Banco Cafetero S. A.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de facultades constitucionales y legales, en especial las previstas en el numeral 15 del artículo 189 de la Constitución Política y en el artículo 52 de la Ley 489 de 1998, y

Considerando:

Que los numerales 1, 3 y 5 del artículo 52 de la Ley 489 de 1998 facultan al Presidente de la República para suprimir o disponer la disolución y la consiguiente liquidación de entidades u organismos del orden nacional, cuando los objetivos señalados al organismo o entidad en el acto de creación hayan perdido su razón de ser, las evaluaciones de la gestión administrativa, efectuadas por el Gobierno Nacional, aconsejen su supresión o la transferencia de funciones a otra entidad; o exista duplicidad de objetivos y/o de funciones esenciales con otra u otras entidades;

Que el Banco Cafetero S.A., es una sociedad anónima de economía mixta del orden nacional, sujeta al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, excepto en lo relacionado con el régimen de personal, que es el previsto en sus estatutos, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 264 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, subrogado por el artículo 78 de la Ley 510 de 1999 y sustituido por el artículo 1° del Decreto 92 de 2000, organizada como establecimiento de crédito, con personería jurídica, patrimonio autónomo y autonomía administrativa, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria;

Que el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, en sesión del 7 de marzo de 2005, recomendó la disolución y liquidación del Banco Cafetero S. A., como elemento esencial para continuar cumpliendo la política de saneamiento de la banca pública;

Que la Asamblea General de Accionistas del Banco Cafetero S. A., en sesión del 4 de marzo de 2005 suspendida y reanudada el 7 de marzo de 2005, aprobó la cesión de activos, pasivos y contratos del Banco Cafetero S. A. a Granbanco S. A., establecimiento bancario;

Que una vez impartida la autorización por la Superintendencia Bancaria, el Banco Cafetero S. A. realizó la cesión de activos, pasivos y contratos a Granbanco S. A.;

* Diario Oficial 45.843 del 7 de marzo de 2005.

Que la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en sesión del 4 de marzo de 2005, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2809 de 2001, autorizó al Fondo para asumir frente al Banco Cafetero S. A., una vez entre en vigencia el presente decreto y se agoten los recursos de dicha entidad, la parte no cubierta de las obligaciones laborales y pensionales del mismo.

(Decreta:)

CAPITULO I De la disolución y liquidación

Artículo 1°. *Disolución y liquidación.* Disuélvese y ordénase la liquidación del Banco Cafetero S. A., sociedad de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que a partir de la entrada en vigencia del presente decreto, para todos los efectos, se denominará "Banco Cafetero en Liquidación" y también podrá denominarse "Banco Cafetero S. A. en Liquidación".

Artículo 2°. *Duración del proceso de liquidación y terminación de la existencia de la entidad.* El proceso de liquidación de la entidad deberá concluir a más tardar en un plazo de dos (2) años contados a partir de la entrada en vigencia del presente decreto. En caso de que la liquidación no se concluya en el plazo señalado, el mismo podrá ser prorrogado hasta por un término igual, mediante solicitud escrita y motivada del Gerente Liquidador al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previo concepto del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con una antelación no menor a tres (3) meses respecto de la fecha prevista para la terminación de la liquidación.

La existencia legal del Banco Cafetero en Liquidación finalizará cuando concluya el proceso de liquidación o cuando se cumpla el término legal fijado para la liquidación, lo que ocurra primero. En el último caso descrito, antes de que cese la existencia legal del Banco Cafetero en Liquidación, el Gerente Liquidador deberá celebrar un acuerdo con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, previa constitución de una reserva, con el fin de que esta entidad atienda, sin responsabilidad a su cargo y por cuenta de la entidad en liquidación, las situaciones no definidas.

Artículo 3°. *Prohibición de iniciar o desarrollar nuevas actividades.* El Banco Cafetero en Liquidación, no podrá iniciar o desarrollar nuevas actividades en cumplimiento de su objeto social y conservará su capacidad jurídica únicamente para expedir los actos, celebrar los contratos y adelantar las acciones tendientes a su liquidación.

No obstante lo anterior, el Banco Cafetero en Liquidación podrá celebrar los contratos necesarios para darle apoyo operativo a la entidad cesionaria, en orden a garantizar la operación de esta última.

La tradición y entrega y el consiguiente traspaso de los bienes inmuebles a la entidad cesionaria, se formalizará mediante acta, que forma parte del contrato de transferencia de activos y pasivos, la cual contendrá los elementos esenciales de identificación de los inmuebles, suscrita entre los representantes legales de una y otra. Copia auténtica del acta deberá inscribirse en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del lugar de ubicación de los inmuebles.

Para todos los efectos fiscales, los actos o contratos que sean necesarios para el cumplimiento de lo establecido en el presente decreto se registrarán por lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 633 de 2000, en especial el pago de derechos, impuestos y tasas. El correspondiente acto pagará como acto sin cuantía.

Artículo 4°. *Régimen legal aplicable.* El régimen de la liquidación será el previsto en el presente decreto y serán aplicables adicionalmente, en lo pertinente, las siguientes disposiciones sobre liquidación de entidades financieras previstas en:

A. El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: Los incisos 1°, 2° y 3°, del numeral 2, del artículo 293; los numerales 1, 2, 3, 9 excepto los literales o) y p), y 10 del artículo 295; el artículo 299; los numerales 2, 3 y 4 del artículo 300; los numerales 2, 6, 8, 9, 10 y 11 del artículo 301.

B. El Decreto 2211 de 2004: el artículo 1°, numeral 1, excepto los literales c) y l), y numeral 2, literal b); artículo 2°, numerales 3 y 5; artículo 16; artículo 22; artículo 23; artículo 24; artículo 25; artículo 26, numerales 1 y 2; artículo 27; artículo 28; artículo 29; artículo 31; artículo 32; artículo 33; artículo 34; artículo 35; artículo 36; artículo 38; artículo 39; artículo 40; 1° y 2° incisos del artículo 41; artículo 42; artículo 43; artículo 45; artículo 46; artículo 50; artículo 52, excepto el literal d) y la referencia que a la desvalorización se hace en el literal a); artículo 55; artículo 61 y artículo 62, así como las normas que los reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan, en cuanto sean compatibles con la medida adoptada mediante el presente Decreto y con la naturaleza de la entidad.

C. El Código de Comercio en lo no dispuesto en el presente artículo, en cuanto sea compatible con la naturaleza de la entidad.

Artículo 5°. *Gerente Liquidador.* Al Gerente Liquidador del Banco Cafetero en Liquidación que designe el Presidente de la República le corresponderá adelantar bajo su inmediata dirección y responsabilidad la liquidación, y contará, para el efecto, con todas las facultades legales y reglamentarias para la realización de los activos y la cancelación de los pasivos de la entidad.

El liquidador será el representante legal de la entidad, sujeto al régimen de requisitos para desempeñar el cargo y al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, responsabilidades y demás disposiciones previstas para los servidores públicos.

La remuneración del Gerente Liquidador será establecida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con base en los criterios previstos en el Decreto 095 de 2000. El reconocimiento y pago de la remuneración del Liquidador, se hará con cargo a los recursos de la liquidación.

Parágrafo. En los casos de ausencia temporal del Gerente Liquidador, podrá ser reemplazado, bajo su responsabilidad, por el funcionario de la liquidación que este determine, para cuyo propósito se inscribirá la correspondiente designación en el registro mercantil para efectos de oponibilidad a terceros. El Gerente Liquidador podrá otorgar poderes para la representación judicial de la entidad en liquidación.

Artículo 6°. *Revisor Fiscal.* El Ministerio de Hacienda y Crédito Público designará al revisor fiscal del Banco Cafetero en Liquidación y le definirá su remuneración. Mientras se hace tal

designación, continuará cumpliendo las funciones de revisor fiscal la persona actualmente designada.

Artículo 7°. *Seguimiento.* La labor de seguimiento a la gestión del liquidador del Banco Cafetero en Liquidación, estará a cargo del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Artículo 8°. *Funciones del liquidador.* El Gerente Liquidador adelantará el proceso de liquidación del Banco Cafetero en Liquidación, dentro del marco de las atribuciones señaladas en el presente decreto y tendrá, además, las funciones previstas en el artículo 238 del Código de Comercio.

CAPITULO II

Disposiciones laborales y pensionales

Artículo 9°. *Terminación de la vinculación laboral.* Como consecuencia de la disolución y liquidación, dispuesta en este decreto, el liquidador procederá a la terminación de los contratos de trabajo que se encuentren vigentes, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones convencionales, legales y reglamentarias aplicables y a surtir el procedimiento para la supresión de los empleos públicos a que haya lugar.

Artículo 10. *Prohibición de contratar trabajadores.* El liquidador no podrá vincular trabajadores a la planta de personal del Banco Cafetero en Liquidación, ni realizar cualquier tipo de actividad que implique celebración de pactos o convenciones colectivas, o cualquier otro acto que no esté dirigido a la liquidación de la entidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3° del presente decreto. Sin embargo, podrá contratar servicios de personal con empresas temporales o de servicios técnicos o administrativos, o cooperativas de trabajo asociado, cuando las necesidades de la liquidación lo requieran.

Artículo 11. *Conmutación pensional.* Para efectos de la conmutación pensional, el Banco Cafetero en Liquidación, presentará para la respectiva aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Dirección General del Presupuesto Público Nacional, con el concepto previo de la Dirección General de Regulación Económica de la Seguridad Social de este Ministerio, el cálculo actuarial correspondiente de los pasivos pensionales de que trata el presente decreto.

Artículo 12. *Garantía para el pago de las obligaciones pensionales.* Los activos del Banco Cafetero en Liquidación, destinados al pago de los pasivos pensionales conservarán tal destino y no formarán parte de la masa de liquidación.

En todo caso, los pasivos pensionales y laborales deberán pagarse preferencialmente de conformidad con las normas legales sobre prelación de créditos.

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras asumirá, una vez entre en vigencia el presente Decreto y se agoten los recursos del Banco Cafetero en Liquidación, la parte no cubierta de las obligaciones laborales y pensionales del mismo.

Artículo 13. *Reconocimiento de pensiones, bonos pensionales y cuotas partes.* Será función del Banco Cafetero en Liquidación, reconocer las pensiones, bonos pensionales y cuotas partes de

unos y otros, mientras tal función es asumida por la entidad con la cual se realice la conmutación pensional. Lo anterior sin perjuicio de que el reconocimiento sea asignado a otra entidad determinada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 14. *Revisión de pensiones.* El Banco Cafetero en Liquidación deberá realizar las verificaciones de que tratan los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003 y procederá a revocar directamente el acto administrativo mediante el cual se realizó el reconocimiento o a solicitar su revisión en los términos establecidos por las normas vigentes. Procederá de la misma forma a solicitud de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuando la entidad detecte que algunas de las pensiones se encuentran incursas en una de las causales establecidas por los artículos 19 y 20 de la Ley 797 de 2003, mientras tal función es asumida por la entidad con la cual se realice la conmutación pensional.

CAPITULO III Disposiciones varias

Artículo 15. *Archivos.* Los archivos del Banco Cafetero en Liquidación se conservarán según lo dispuesto en el artículo 96 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 22 de la Ley 795 de 2003 y las normas que lo adicionan, modifican o complementan y las demás disposiciones aplicables.

Será responsabilidad del liquidador, constituir, con recursos de la entidad, el fondo requerido para atender los gastos de conservación, guarda y depuración de los archivos. La destinación de recursos de la liquidación para estos efectos, se hará con prioridad sobre cualquier otro gasto o pago a cargo de la masa de la entidad en liquidación.

Artículo 16. *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

(...)



Jurisprudencia

Bases de datos - Centrales de información

*Régimen sancionatorio.
Superintendencia Bancaria*

*Superintendencia Bancaria.
Inspección y vigilancia*

*Tutela. Caxdac. Aportes.
Inspección y vigilancia*

BASES DE DATOS - CENTRALES DE INFORMACIÓN

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. Camilo Arciniégas Andrade. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Expediente 8336.

Síntesis: *Acción pública de nulidad contra el parágrafo 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.*

«(...)

I. LA NORMA ACUSADA

(...)

"DECRETO 181 DE 2002¹
(enero 31)

Por el cual se reglamenta el artículo 19 de
la Ley 716 de 2001

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

DECRETA:

(...)

Artículo 2°. El alivio previsto en el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, consistente en la caducidad inmediata de la información negativa histórica, implica que dicha información no tendrá ningún efecto, por lo cual no podrá utilizarse para negar un crédito.

Parágrafo. No obstante lo previsto en el presente artículo, los bancos de datos podrán conservar en sus archivos la información su-

jeta al alivio de que trata el artículo 19 de la Ley 716 de 2001. "

(...)

El texto del artículo 19 de la Ley 716 de 2001², reglamentado por el precepto acusado, es el siguiente:

"LEY 716 DE 2001
(diciembre 24)

Por la cual se expiden normas para el saneamiento de la información contable en el sector público y se dictan disposiciones en materia tributaria y otras disposiciones

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 19. Las personas que dentro del año siguiente a la vigencia de la presente ley se pongan al día en obligaciones por cuya causa hubieren sido reportadas a los bancos de datos de que trata este artículo tendrán un alivio consistente en la caducidad inme-

1 D.O. 44698 de 5 de febrero de 2002, p. 1.

2 D.O. 44661 de 29 de diciembre de 2001, pp. 1-3

diata de la información negativa histórica, sin importar el monto de la obligación e independientemente de si el pago se produce judicial o extrajudicialmente.

La Defensoría del Pueblo velará por el cumplimiento de esta norma."

(...)

VI. CONSIDERACIONES

(...)

• El pronunciamiento de fondo, pese a la declaración de inexecutable del artículo 19 de la Ley 716 de 2001

Mediante Sentencia C-687 de 27 agosto de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnet)³ la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 19 de la Ley 716 de 2001 por considerar que el establecimiento de un término de caducidad del dato financiero es materia reservada a la ley estatutaria, en tanto afecta el núcleo esencial del derecho a la actualización y rectificación de la información financiera, que integran el derecho fundamental de Habeas Data.

Pese a que la disposición acusada dejó de producir efectos a raíz de la declaración de inexecutable del artículo 19 de la Ley 716 de 2001, siguiendo su reiterada jurisprudencia la Sala emitirá pronunciará de fondo, en atención a los posibles efectos que pudo producir durante su vigencia.

La Sala reitera el criterio jurisprudencial consignado en sentencia de 23 de febrero de 1996 (Expediente 3366, Sección Primera, C.P. Dr. Libardo Rodríguez) que prohijó la tesis sobre la sustracción de materia que consignó la Sala Plena en sentencia de 14 de enero de 1991,

³ Por la misma razón en Sentencia C-993/04 (M.P. Jaime Araujo Rentería) fue declarado inexecutable el artículo 31 de la 863 de 2003 que establecía la caducidad del dato negativo en materia tributaria.

(C. P. doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, Expediente S-157) al señalar:

"Si bien esta corporación tradicionalmente aplicó la teoría de la sustracción de materia como fundamento del correspondiente fallo inhibitorio que de ella se derivaba, esa posición jurisprudencial fue modificada en forma radical por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que se impone fallo de mérito a pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia, pues la derogatoria no restablece per se el orden jurídico vulnerado, sino que apenas acaba con la vigencia, ya que un acto administrativo aún derogado, continua amparado por la presunción de legalidad que lo protege, la que sólo se pierde ante el pronunciamiento de nulidad del juez competente..."

Por ello procede examinar los cargos por violación de los artículos 6, 121 y 189- 11 de la Constitución Política, que según el actor se producirían al autorizar el precepto acusado la "conservación" de la información negativa histórica que el artículo 19 de la Ley 716 de 2001 ordena caducar con todas sus implicaciones negativas. A ello procederán, previas las consideraciones siguientes:

• La regulación constitucional del derecho fundamental de Habeas Data.

El Habeas Data es un derecho autónomo y fundamental instituido en el artículo 15 de la Constitución Política que permite a toda persona conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ella hayan sido consignadas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas, en defensa de sus derechos fundamentales a la intimidad, a la honra y al buen nombre.

El artículo 15 de la Constitución Política, prevé:

"Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en

bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución".

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el Habeas Data otorga al ciudadano tres facultades: conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre sus datos de carácter crediticio y su comportamiento de pago en los bancos de datos. Ha señalado:

" (...) la información que obre en la base de datos, conforme al artículo 15 superior, puede ser objeto de varias acciones por parte de los ciudadanos, esto es, conocida la información pertinente el titular puede solicitar "la actualización o la rectificación"; en el primero de los eventos, puede solicitar la rectificación que no es otra cosa que la concordancia del dato con la realidad, al tiempo que en la segunda hipótesis la actualización hace referencia a la vigencia del dato de tal manera que no se muestren situaciones carentes de actualidad."⁴

La rectificación persigue que el dato concuerde con la realidad. La actualización pretende que el reporte del dato registrado sea actual. Con la rectificación y actualización de dichos datos se libera a la persona de aparecer en una base de datos como deudor moroso y se le brinda la posibilidad de adquirir nuevas obligaciones y continuar ejerciendo actividades comerciales.

El Habeas Data ha tenido un desarrollo jurisprudencial amplio que ha reiterado su núcleo esencial:

"(...) está integrado por el derecho a la autodeterminación informática y por la libertad en general y en especial la económica. Así las cosas, la autodeterminación implica una facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de acuerdo con las regulaciones legales sobre la materia. En criterio de la Sala, se puede afectar la libertad económica de una persona cuando la circulación de sus datos no sea veraz o cuando el titular de los mismos no

haya autorizado expresamente a través de los negocios jurídicos de carácter crediticio o de los documentos pertinentes la circulación de los mismos. Por lo tanto, en virtud del tránsito de los datos en forma abusiva se pueden conculcar derechos fundamentales de los deudores o de los clientes del sistema financiero y en general de los agentes económicos⁵ (...)".

El citado artículo 15 de la Constitución Política señala los elementos del derecho al Habeas Data, a saber:

- "a) El derecho a conocer las informaciones que se refieren a un individuo.
- b) El derecho a actualizar tales informaciones, es decir, a ponerlas al día, agregándoles los hechos nuevos.
- c) El derecho a rectificar las informaciones que no correspondan a la verdad."⁶

• **La caducidad de los datos negativos en las bases de datos a la luz de los criterios jurisprudenciales imperantes antes de la entrada en vigencia del artículo 19 de la Ley 716 de 2001, reglamentado por el artículo 2º del Decreto 181 de 2002.**

Ante la circunstancia de no haber regulado el Congreso mediante ley estatutaria los límites temporales de vigencia de la información contenida en las bases de datos -públicas o privadas- ni la caducidad de los datos negativos almacenados en dichos bancos de información, la Corte Constitucional en Sentencia SU-082 de 1995 (M. P. Dr. Jorge Arango Mejía) estableció al efecto criterios para determinar la permanencia del reporte negativo por morosidad crediticia, con los siguientes razonamientos:

4 Sentencia T-856 de 2000.

5 Ver sentencia T-008 de 1993, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón También las sentencias. T-022 y T-114 de 1993, SU-082, T-094 y T-097 de 1995, T-462 de 1997, T-131 y T-303 de 1998, T-307 y T-857 de 1999, y T-527, T-856 y T-1427 de 2000, entre otras.

6 Ibidem.

"(...) Límite temporal de la información: la caducidad de los datos.

Como se ha visto, el deudor tiene derecho a que la información se actualice, a que ella contenga los hechos nuevos que le benefician.

Y, por lo mismo, también hacia el pasado debe fijarse un límite razonable, pues no sería lógico ni justo que el buen comportamiento de los últimos años no borrara, por así decirlo, la mala conducta pasada.

¿Qué ocurre en este caso? Que el deudor, después de pagar sus deudas, con su buen comportamiento por un lapso determinado y razonable ha creado un buen nombre, una buena fama, que en tiempos pasados no tuvo.

Corresponde al legislador, al reglamentar el Habeas Data, determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones.

Igualmente corresponderá a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley que reglamente este derecho, establecer si el término que se fije es razonable y si las condiciones en que se puede suministrar la información se ajustan a la Constitución.

Es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, el legislador.

Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general.

En este orden de ideas, sería irrazonable la conservación, el uso y la divulgación infor-

Como se ha visto, el deudor tiene derecho a que la información se actualice, a que ella contenga los hechos nuevos que le benefician.

mática del dato, si no se tuviera en cuenta la ocurrencia de todos los siguientes hechos:

a) Un pago voluntario de la obligación;

b) Transcurso de un término de dos (2) años, que se considere razonable, término contado a partir del pago voluntario. El término de dos (2)

años se explica porque el deudor, al fin y al cabo, pagó voluntariamente, y se le reconoce su cumplimiento, aunque haya sido tardío. Expresamente se exceptúa el caso en que la mora haya sido inferior a un (1) año, caso en el cual, el término de caducidad será igual al doble de la misma mora; y,

c) Que durante el término indicado en el literal anterior, no se hayan reportado nuevos incumplimientos del mismo deudor, en relación con otras obligaciones.

Si el pago se ha producido en un proceso ejecutivo, es razonable que el dato, a pesar de ser público, tenga un término de caducidad, que podría ser el de cinco (5) años, que es el mismo fijado para la prescripción de la pena, cuando se trata de delitos que no tienen señalada pena privativa de la libertad, en el Código Penal. Pues, si las penas públicas tienen todas un límite personal, y aun el quebrado, en el derecho privado, puede ser objeto de rehabilitación, no se ve por qué no vaya a tener límite temporal el dato financiero negativo. Ahora, como quiera que no se puede perder de vista la finalidad legítima a la que sirven los bancos de datos financieros, es importante precisar que el límite temporal mencionado no puede aplicarse razonablemente si dentro del mismo término ingresan otros datos de incumplimiento y mora de las obligaciones del mismo deudor o si está en curso un proceso judicial enderezado a su cobro.

Esta última condición se explica fácilmente pues el simple pago de la obligación no puede implicar la caducidad del dato financiero, por estas razones: la primera, la finalidad legítima del banco de datos que es la de informar verazmente sobre el perfil de riesgo de los usuarios del sistema financiero; la segunda, la ausencia de nuevos datos negativos durante dicho término, que permite presumir una rehabilitación comercial del deudor moroso. Es claro que si durante los cinco (5) años mencionados se presentan nuevos incumplimientos de otras obligaciones, se pierde la justificación para excluir el dato negativo. ¿Por qué? Sencillamente porque en este caso no se ha reconstruido el buen nombre comercial.

Sin embargo, cuando el pago se ha producido una vez presentada la demanda, con la sola notificación del mandamiento de pago, el término de caducidad será solamente de dos (2) años, es decir, se seguirá la regla general del pago voluntario.

Igualmente debe advertirse que si el demandado en proceso ejecutivo invoca excepciones, y éstas prosperan, y la obligación se extingue porque así lo decide la sentencia, el dato que posea el banco de datos al respecto, debe desaparecer. Naturalmente se exceptúa el caso en que la excepción que prospere sea la de prescripción, pues si la obligación se ha extinguido por prescripción, no ha habido pago, y, además, el dato es público".

• **El examen del parágrafo del artículo 2º del Decreto 181 de 2002 a la luz del**

alcance de la caducidad inmediata de la información negativa histórica, según fue regulada en el artículo 19 de la Ley 716 de 2001.

En el artículo 19 de la Ley 716 de 2001 el Congreso de la República, reguló la caducidad de los datos negativos contenidos en las bases de datos, en los siguientes términos:

"Artículo 19.- Las personas que dentro del año siguiente a la vigencia de la presente ley se pongan al día en obligaciones por cuya causa hubieren sido reportadas a los bancos de datos de que trata este artículo tendrán un alivio consistente en la caducidad inmediata de la información negativa histórica, sin importar el

monto de la obligación e independientemente de si el pago se produce judicial o extrajudicialmente.

La Defensoría del Pueblo velará por el cumplimiento de esta norma".

El artículo 2º del Decreto 181 de 2002 reglamentó el citado precepto al disponer que el alivio previsto en el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, consistente en la caducidad inmediata de la información negativa

histórica, implica que dicha información no tendrá ningún efecto, por lo cual no podrá utilizarse para negar un crédito.

El parágrafo cuyo contenido normativo se acusa de exceder la potestad, reglamentaria dispuso que "no obstante lo previsto en el presente artículo, los bancos de datos podrán conservar en sus archivos la información sujeta al alivio de que trata el artículo 19 de la Ley 716 de 2001."

Sin embargo, cuando el pago se ha producido una vez presentada la demanda, con la sola notificación del mandamiento de pago, el término de caducidad será solamente de dos (2) años, es decir, se seguirá la regla general del pago voluntario.

Esta Sala tuvo oportunidad de consignar su pensamiento acerca del alcance del cuestionado parágrafo del artículo 2° del Decreto 181 de 2002 a la luz de lo preceptuado en el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, cuestión que vuelve a plantearse en el asunto sub-examine.

Al decidir acciones de tutela instauradas mientras rigieron los citados preceptos, la Sala precisó que en el artículo 19 de la Ley 716 de 2001 el Legislador reguló el límite temporal de permanencia del dato negativo en las bases de datos de las centrales de riesgo disponiendo que cuando el deudor se pusiera al día en las obligaciones por cuya causa fue reportado, en forma inmediata operaría la caducidad de la información negativa histórica que en ellos se hubiese almacenado, lo que en otros términos significó que esta no podría permanecer activa ni ser reportada. El señalado precepto buscó incentivar a todas aquellas personas que al momento de entrar en vigencia la ley se encontraban en mora, ofreciéndoles solucionar en forma inmediata su condición de morosos mediante la exclusión automática de sus nombres de las bases de datos, siempre y cuando se pusieran al día en las obligaciones por cuya causa fueron reportados.

Precisó la Sala que la caducidad inmediata de la información negativa histórica conllevó la prohibición para las centrales de información financiera y de riesgo de reportar el registro histórico del dato financiero negativo, habida cuenta de que el artículo 19 de la Ley 716 de 2001 dispuso que aquella perdería vigencia en forma inmediata, tan pronto el deudor se pusiera al día en el pago de las obligaciones por cuya causa fue reportado.

La Sala señaló que la caducidad inmediata del dato negativo histórico que dispuso el artículo 19 de la Ley 716 de 2001 implicó para las centrales financieras de riesgo la prohibición de suministrar a los establecimientos de crédito y entidades usuarias de sus

servicios el registro histórico de las anotaciones por morosidad crediticia, o la información concerniente a los antecedentes históricos o mantenerla activa en las bases de datos por el tiempo establecido según sus políticas o conforme a los criterios señalados por vía jurisprudencial por la Corte Constitucional, a falta de regulación del Legislador por vía de Ley Estatutaria sobre la materia.

La Sala dejó claramente definido que dicho alivio en modo alguno tuvo el alcance de borrar la información negativa histórica de los archivos de las instituciones financieras o de las centrales de riesgo, de donde se sigue que el contenido normativo del parágrafo del artículo 2° del Decreto 181 de 2002 que en forma explícita así lo señaló, se avino en todo al precepto reglamentado.

Este criterio jurisprudencial fue expuesto entre otras, en la sentencia de 11 de abril de 2002, en la que la Sala desestimó el alcance interpretativo que en la presente acción de nulidad el actor atribuye a la norma demandada, con las consideraciones que considera pertinente transcribir por resultar enteramente aplicables al caso presente. Dijo entonces la Sala:

"Corresponde precisar si el artículo 19 de la Ley 716 faculta a los Bancos de Datos y Centrales de Información Financiera a conservar el dato histórico por los términos que definen según sus políticas y a suministrar a los establecimientos de crédito y entidades usuarias de sus servicios, la información concerniente a los antecedentes históricos."

En sentencia de 21 de febrero de 2002⁷ del mismo ponente, esta Sección dilucidó las cuestiones que el impugnante controvierte en la presente acción de tutela. Dijo entonces la Sala:

⁷ Expediente 25000-23-25-000-2001-2205-01. Actor: (...)

Puesto que en el artículo 19 de la Ley 716 el Legislador dispuso "la caducidad inmediata de la información negativa histórica" respecto de las personas que dentro del año siguiente a su vigencia se pongan al día en obligaciones por cuya causa hubieren sido reportadas a los bancos de datos, desconoce los claros términos de este mandato legal que los Bancos de Datos y Centrales de Información Financiera conserven la información histórica en los bancos de datos, pues ello equivale a mantenerla vigente.

Por esa misma razón, también desconoce el citado precepto que determinen la vigencia de esa información según sus políticas o conforme a los criterios que a falta de ley había señalado la Corte Constitucional en Sentencia SU-082 de 1995; o que reporten a sus clientes el registro histórico. Cosa distinta es que puedan conservar en sus archivos la información sobre el comportamiento histórico de los deudores en relación con sus pagos.

Así lo corrobora el artículo 2° del Decreto 181 de 31 de enero de 2002, reglamentario del artículo 19 de la Ley 716, al señalar que "el alivio.." consistente en la caducidad inmediata de la información negativa histórica, implica que dicha información no tendrá ningún efecto, por lo cual no podrá utilizarse para negar un crédito. Parágrafo. No obstante... los bancos de datos podrán conservar en sus archivos la información sujeta al alivio de que trata el artículo 19 de la Ley 716 de 2001."⁸

El fallo en cita prohibió la Sentencia T-527 de 2000 (M. P. Dr. Fabio Morón Díaz) en la que a este respecto, se sostuvo:

"(...) los datos que se conservan en la base de información per se no desconocen el derecho al buen nombre, prerrogativa que comporta una relación directa esencial con la actividad personal o individual y social del sujeto afectado. Luego, si el ciudadano o la persona jurídica, no conservan el buen nombre, por ejemplo al hacer mal uso de los servicios fi-

Puesto que en el artículo 19 de la Ley 716 el Legislador dispuso "la caducidad inmediata de la información negativa histórica" respecto de las personas que dentro del año siguiente a su vigencia se pongan al día en obligaciones por cuya causa hubieren sido reportadas a los bancos de datos, desconoce los claros términos de este mandato legal que los Bancos de Datos y Centrales de Información Financiera conserven la información histórica en los bancos de datos, pues ello equivale a mantenerla vigente.

8 Expediente 25000-23-27-000-2002-0064-01. Actora: (...)

nancieros y en general de sus obligaciones civiles, comerciales y financieras, a las que accede, y si así es reportado en las certificaciones emitidas por las entidades encargadas de suministrar información sobre solvencia económica no se estaría violando tal derecho, siempre y cuando la información emanada de la entidad sea veraz; en otras palabras; sólo se desconoce el derecho al buen nombre cuando la información suministrada por la entidad pertinente, registre un hecho o un comportamiento carente de veracidad. En consecuencia, si los datos económicos de carácter histórico son fidedignos y muestran el comportamiento crediticio de un sujeto, no pueden violar el derecho al buen nombre, pues en caso contrario, estaría la Corte protegiendo en pie de igualdad, a quienes cumplen con sus obligaciones, frente a quienes no lo hacen, no habiendo entonces una diferencia de trato entre la probidad comercial y el manejo descuidado de estos asuntos, lo cual se constituiría en un ejercicio abusivo y arbitrario de las decisiones judiciales.

Por otra parte, también debe la Corte recordar su doctrina en cuanto a que la temporalidad de los datos no puede ser indefinida, luego, los datos negativos no tienen vocación de perennidad, por lo que, una vez el ciudadano se ha puesto al día en sus obligaciones, debe merecer un tratamiento favorable en el sentido de que se le borren los datos negativos de los archivos de los bancos de datos, por no corresponder a la verdad o no ser actuales."

La Corte Constitucional ha reiterado esta línea de pensamiento en sus pronunciamientos⁹ más recientes en relación con esta temática. Valga a este respecto citar la Sentencia T-060 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynnet) en la que a propósito del almacenamiento de la información negativa histórica, consignó las siguientes consideraciones:

"(...) Sí existe la posibilidad de almacenar información y darle uso, pero existe también una vigencia limitada en el tiempo o término de caducidad. Esto significa que la vigencia de la información, particularmente la que se refiere al incumplimiento de las obligaciones de una persona, no puede permanecer de forma indefinida en los bancos de datos o centrales de riesgo. Con ello se pretende proteger a quien

habiendo tenido en el pasado problemas de puntualidad en sus actividades financieras o comerciales, no sea objeto de una medida semejante que se torne indefinida en el tiempo. De esta manera, si quien se encontraba reportado en dichas bases de datos se pone a paz y salvo con sus obligaciones, y con ello genera una nueva información, esta vez de carácter positivo, y además mantiene dicho comportamiento por un tiempo, logrará que su buen nombre se redima, pues esa nueva información deberá ser incluida oportunamente como parte de su historial en las bases de datos."

(...) Quien genera una información negativa de su comportamiento financiero o comercial y ésta es almacenada en las bases de datos, podrá modificarla, produciendo una nueva información que contenga datos acerca de la normalización en el pago de sus productos financieros o comerciales. Cuando así ocurra, la nueva información deberá ser incluida en las bases de datos, a efecto de que las posibles consultas que se hagan correspondan a la verdad en ese preciso instante.

La información registrada en los bancos o bases de datos ya mencionados, se caracterizará por ser veraz, pues corresponderá con los hechos que la originan; dinámica, porque permanentemente deberá actualizarse a fin de reflejar su verdad implícita, y finalmente, será susceptible de rectificación cuantas veces sea necesario o cada vez que se genere una nueva información.¹⁰ Sin embargo, el que se genere una nueva información, no significa que la que se toma más antigua deba ser anulada o borrada de las bases de datos. No, ello no ocurre así, pues la posibilidad de actualizar o rectificar los contenidos en las bases de datos, no implica que los datos anteriores no hayan sido veraces en el momento de su reporte. Por el contrario, esa información en su momento se

9 Cfr. Sentencias T-592/03; T-060/03; T-713/03 y T-526/04.

10 Ver sentencias T-1427 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz, y T-1085 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, entre otras.

Sin embargo, se aclara que la información negativa que se toma antigua por el paso del tiempo evidentemente pierde vigencia por la generación de una información más reciente y oportuna, con lo cual debe ser eliminada llegado cierto tiempo, por ser obsoleta para los fines perseguidos por dichos bancos de información.

ajustó a la realidad y no puede ser modificada en absoluto, pues son los datos posteriores los que cambian o crean un nuevo capítulo en el historial de esa persona. Sin embargo, se aclara que la información negativa que se toma antigua por el paso del tiempo evidentemente pierde vigencia por la generación de una información más reciente y oportuna, con lo cual debe ser eliminada llegado cierto tiempo, por ser obsoleta para los fines perseguidos por dichos bancos de información.

Fuerza, es entonces, concluir que al expedir el parágrafo único del artículo 2° del Decreto 181 de 2002 (31 de enero) el Presidente de la República no excedió la potestad reglamentaria, pues se limitó a hacer explícito que el alivio de que trata el artículo 19 de la Ley 716 de 2001 no borra el dato negativo histórico de los archivos de las entidades financieras, ni implicó la supresión de la historia crediticia sobre los hábitos o comportamientos de pago de los deudores del sistema financiero, todo lo cual se conforma con la dimensión constitucional del derecho de Habeas Data, según lo preceptuó en su momento la disposición reglamenta-

da. La permanencia temporal de la información negativa en el historial de los deudores no viola el derecho al buen nombre pues responde a la realidad en diferentes momentos históricos, sino que además es veraz en su contenido.

Lejos de violar precepto constitucional alguno, hace posible que al desarrollar una labor de interés general, en los términos del artículo 335 de la Constitución Política, las entidades crediticias puedan asegurarse de la confiabilidad de sus clientes. La valoración de esta condición, desde luego supone poder conocer el comportamiento de pagos más reciente que hayan presentado, información que precisamente almacenan las centrales de información a las cuales ellos mismos han autorizado remitir sus datos.

De otra parte, la existencia de interpretaciones disímiles en torno al alcance de lo que debía entenderse por caducidad inmediata del dato negativo histórico evidencia que la cumplida ejecución del artículo 19 de la Ley 716 de 2001 exigía la expedición de la regulación normativa que hiciera explícito su exacto significado y alcance. Fue ello cuanto hizo el precepto acusado.

El análisis precedente lleva a la Sala a concluir que el precepto acusado no viola las disposiciones constitucionales invocadas. Se impone, por tanto, negar las pretensiones de la demanda. Así se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

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

FALLA:

NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

(...).

RÉGIMEN SANCIONATORIO - SUPERINTENDENCIA BANCARIA

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. M. P. Héctor Romero Díaz. Fallo del 21 de febrero de 2005. Radicación 023101. Número interno 13837.

Síntesis: *Debido proceso; falsa motivación; proporcionalidad de la sanción. Solicitud de explicaciones de manera individual y sanción a título personal.*

«(...)

ANTECEDENTES

Con el fin de prevenir la torna de posesión de bienes, haberes y negocios de la Compañía (...) S.A., la Superintendencia Bancaria, mediante Resolución (...) de julio 1999, sometió a vigilancia especial a dicha aseguradora, entre otras razones, porque incumplió las normas sobre pago oportuno de saldos de reaseguros automáticos, permanencia de inversiones forzosas y pago oportuno de siniestros. Por Resolución (...) de septiembre de 1999, la Superintendencia confirmó la medida cautelar impuesta, (...).

(...) la Superintendencia Bancaria solicitó explicaciones a (...), en su calidad de representante legal de (...), en relación con el incumplimiento en los plazos para el pago de los saldos de reaseguros automáticos y el desconocimiento de las normas sobre permanencia de inversiones forzosas y pago oportuno de siniestros, para efectos de determinar la procedencia de las sanciones personales e institucionales, (...).

Prevía respuesta a la solicitud de explicaciones, la Superintendencia Bancaria expidió la Resolución (...) de julio de 1999, por la cual sancionó al actor con multa de \$25.000.000 y remoción inmediata del cargo. La sanción fue impuesta con base en los artículos 209 y 326 numeral 5 literal 1) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por el incumplimiento de obligaciones legales y la aplicación de procedimientos para desvirtuar la real situación de la aseguradora, lo que generó la vigilancia especial adoptada por la Superintendencia Bancaria.

El actor interpuso recurso de reposición contra la resolución sancionatoria, acto que fue confirmado por Resolución (...) de octubre de 1999.

(...)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe la Sala decidir si se ajustan o no a derecho los actos administrativos por los cuales la Superintendencia Bancaria sancionó al actor con multa y remoción inmediata del cargo, para lo cual estudiará, en su orden, los motivos de inconformidad del recurrente, a saber:

1. Violación del debido proceso

Sostiene el actor que en relación con los tres cargos propuestos por la Superintendencia en el requerimiento, esto es, el incumplimiento de los plazos para el pago de reaseguros automáticos, de las normas sobre inversiones forzosas y de las disposiciones sobre plazos para el pago de siniestros, unos fueron los cargos y las normas invocadas en la solicitud de explicaciones y otros los que se adujeron como violados en la resolución sanción. Al respecto la Sala precisa que no asiste razón al recurrente, por las siguientes razones:

1.1 Incumplimiento de los plazos para el pago de reaseguros automáticos

Si bien en el requerimiento se adujo como violado el Título VI, Capítulo II, numeral 3.2 literal b) de la Circular Básica Jurídica 007 de 1996, de acuerdo con el cual los saldos pendientes de reaseguros deben ser cancelados dentro de los noventa días siguientes a la fecha del cierre trimestral, y en el acto sancionatorio además de dicha disposición se alegó la violación de normas relacionadas con la responsabilidad del representante legal y del contador público en las certificaciones contables, tal hecho no significa que se hubiera sancionado al actor con base en nuevos cargos, sino que la conducta sancionada produjo otra irregularidad que no fue la que motivó la sanción.

En efecto, dado que el actor en su respuesta al requerimiento alegó que la cifra de reaseguros pendiente de pago, aducida por la Superintendencia Bancaria, no es la correcta, la Superintendencia procedió a explicar en el acto sancionatorio las razones de las diferencias encontradas y concluyó que la información contable y financiera a ella suministrada no coincidía con la realidad económica. Sin embargo, el hecho sancionado no fue propiamente las irregularidades contables sino, se repite, el incumplimiento en el plazo para el pago de los reaseguros automáticos.

Adicionalmente, no es el monto de los pagos atrasados lo que constituye la infracción, puesto que la falta consistió en pagar los saldos de reaseguros por fuera del plazo de noventa días, tal como lo prevé la Circular 007 de 1996.

Adicionalmente, no es el monto de los pagos atrasados lo que constituye la infracción, puesto que la falta consistió en pagar los saldos de reaseguros por fuera del plazo de noventa días, tal como lo prevé la Circular 007 de 1996.

1.2 Permanencia de inversiones forzosas

Advierte la Sala que la inclusión de nuevas normas obedeció a la necesidad de dar respuesta a las explicaciones del actor (...), pues planteó que la Superintendencia Bancaria no tuvo en cuenta algunas inversiones que debían calificarse como parte de las reservas permanentes y dicho organismo explicó, con base en las normas pertinentes, por qué razón tales inversiones no debían hacer parte de las mencionadas reservas, (...). Tales precisiones no significan que la Superintendencia hubiera for-

mulado nuevos cargos en contra del actor, ni mucho menos que de los mismos no pudo defenderse, pues fue a instancia suya que se planteó la discusión.

De otra parte, en el pliego de cargos (...), la Superintendencia anunció al actor que había encontrado que, por la época de los cierres trimestrales, la aseguradora adquiriría títulos representativos de reserva técnica y los registraba como inversiones permanentes, a pesar de que dos o tres días después los enajenaba en ejercicio del pació de reventa, con lo cual se evidenciaba la no permanencia de las citadas inversiones.

El hecho de que en el acto sancionatorio la Superintendencia Bancaria sostuviera que tal práctica perseguía revelar como permanentes inversiones que no lo son, es una conclusión que da más contundencia al cargo formulado y no un nuevo cargo, como erróneamente lo sostiene el recurrente.

El hecho de que en el acto sancionatorio la Superintendencia Bancaria sostuviera que tal práctica perseguía revelar como permanentes inversiones que no lo son, es una conclusión que da más contundencia al cargo formulado y no un nuevo cargo, como erróneamente lo sostiene el recurrente.

Respecto al planteamiento de que el Tribunal no se pronunció sobre si el régimen de inversiones forzosas de las aseguradoras es aplicable a compañías como (...) S.A., la Sala precisa que sobre dicho aspecto no se pronunciará porque no fue planteado en la demanda y no es el recurso de apelación el medio para adicional aquélla.

1.3 Pago fraccionado de siniestros

En este aspecto tampoco encuentra la Sala que se hayan incluido cargos nuevos, pues si bien en el requerimiento se propuso la violación del artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de acuerdo con el cual, en ciertas y precisas condiciones, es posible ampliar el plazo para el pago de siniestros y en la resolución sanción se mencionaron los artículos 1077, 1080 y 1162 del Código de Comercio y 1649 del Código Civil, es precisamente con el fin de rebatir los argumentos del actor de acuerdo con los cuales las partes pueden libremente modificar los plazos para el pago de los siniestros, pues en el acto sancionatorio se precisó que la posibilidad de ampliar el plazo para el pago de las indemnizaciones se circunscribe al cumplimiento de los requisitos del artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹ y que dicha norma fue desconocida por la aseguradora por pactar pagos de las indemnizaciones por instalamentos.

¹ El artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé que el plazo para el pago de los siniestros puede extenderse hasta sesenta días hábiles, por acuerdo entre las partes, únicamente si el seguro es de daños, el asegurado es persona jurídica y la suma asegurada es superior a 15.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la suscripción del contrato.

En efecto, tanto en el pliego de cargos como en la Resolución (...) de 1999, la Superintendencia Bancaria señaló que del análisis selectivo a trece siniestros pagados, cinco no cumplían los parámetros del artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues el siniestro 4887 tenía como asegurado a una persona natural y todos tenían plazos mayores a sesenta días hábiles, (...).

De otra parte, le asiste razón al recurrente cuando afirma que no es aplicable al caso sub judice el artículo 100 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de acuerdo con el cual es una práctica prohibida dilatar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las aseguradoras, pues esta violación no fue aducida por la entidad demandada y no fue objeto de discusión ni en vía gubernativa ni ante la jurisdicción. Sin embargo, la aludida imprecisión del fallo recurrido, que no de los actos administrativos, no conduce a la prosperidad del recurso de apelación, pues está probado en el expediente que el cargo planteado tanto en el requerimiento como en el acto sancionatorio es la violación del artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y no de la norma erróneamente citada por el a quo.

Frente al argumento que, en Sentencia de 27 de agosto de 1999, esta sección sostuvo que no es permitida a la Superintendencia la intromisión en los contratos de sus vigiladas, precisa la Sala que con fundamento en el literal a) numeral 5) del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época de los hechos, la Superintendencia Bancaria puede emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas legales e imponer sanciones por infracción, en general, a cualquier norma legal a la que deban sujetarse las entidades vigiladas, sus directores, revisor fiscal y empleados.

Habida cuenta que el artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que prevé que únicamente se puede ampliar el plazo para el pago de la indemnización hasta por 60 días hábiles con el cumplimiento de ciertos requisitos, es una norma a la cual las aseguradoras y sus administradores deben sujeción, es claro para la Sala que la Superintendencia Bancaria debía vigilar el cumplimiento del mismo y sancionar su violación.

Sobre la violación del debido proceso por cuanto en el requerimiento no se señalaron los cargos ni a quién se dirigían, si al representante legal de (...) S.A. o a la aseguradora, precisa la Sala que revisado dicho documento claramente se advierte que la Superintendencia Bancaria solicitó explicaciones tanto al actor como persona natural como a la aseguradora, "a efectos de evaluar la procedencia de las medidas previstas en los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico de Sistema Financiero", que, en su orden, consagran las sanciones personales (dirigidas a los administradores, directores o funcionarios de entidades) y las sanciones institucionales (dirigidas las entidades vigiladas). Los cargos, por su parte, aparecen debidamente precisados en el requerimiento "con anexos" (...) y de los mismos se defendió el actor, en escrito de 14 de julio de 1999. (...).

2. Falsa motivación

Como en el numeral anterior se analizó y concluyó que no asiste razón al actor cuando sostiene que la sanción se impuso con base en normas no precisadas en el pliego de cargos, es claro para la Sala que tampoco existe la falsa motivación alegada por la misma razón.

Tampoco existe falsa motivación de los actos acusados con base en el argumento según el cual en el oficio (...) de agosto de 1999 la Superintendencia Bancaria manifestó que se

encuentran justificadas las diferencias de las cifras de reaseguros existentes entre la aseguradora y el organismo de control.

Respecto del contenido del oficio (...) de agosto de 1999, observa la Sala que el citado documento fue enviado al Vicepresidente Ejecutivo de (...) S.A. para que la aseguradora hiciera los ajustes contables en relación con las cifras por reaseguros del exterior, pues el saldo de la cuenta 2350 según reaseguros, era de \$4.958.115.829 y el saldo según la contabilidad de la compañía era de \$4.870.401.036, con lo cual existía una diferencia de \$97.714.793 respecto de las cifras en mención. Tal diferencia no significa, como erróneamente lo sostiene el recurrente, que el incumplimiento respecto del pago oportuno de reaseguros fuera sólo respecto de los más de \$97.000.000, sino que la conciliación entre las dos fuentes de información aún arrojaba la diferencia en al cifra en mención; tampoco debe entenderse el oficio en el sentido de que no había diferencias entre las cifras de reaseguros, como también lo afirma el recurrente, pues, se repite, en el oficio se precisa que sí las hay (...). Sin embargo, se reitera, el objeto de la sanción no fue el monto de los reaseguros automáticos pendientes de pago, sino la extemporaneidad en el pago de los mismos.

3. Proporcionalidad de la sanción

De acuerdo con el artículo 335 de la Constitución Política, las actividades financiera, bursátil y aseguradora son de interés público y (...) el sistema financiero se basa en la confianza pública, la cual corresponde asegurar a la Superintendencia Bancaria, (artículo 325 numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Los administradores de las sociedades² deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios³, esto es, con el especial cuidado que pondría una persona en sus propios asuntos.

Dentro de los deberes de los administradores está el de "velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias"⁴ deber que en el sector financiero cobra vital

De acuerdo con el artículo 335 de la Constitución Política, las actividades financiera, bursátil y aseguradora son de interés público y (...) el sistema financiero se basa en la confianza pública, la cual corresponde asegurar a la Superintendencia Bancaria, (artículo 325 numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

2 El artículo 22 de la Ley 222 de 1995 prevé que son administradores, el representante legal, el liquidador, el (...), los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones.

3 Artículo 23 ibídem.

4 Artículo 23 Ley 222 de 1995.

importancia por cuanto las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria están sometidas, en primer término, a una normatividad especial de aplicación preferente y, en segundo lugar, a las disposiciones del Código de Comercio (artículo 2034 del Código de Comercio). Las normas especiales obedecen a la necesidad de preservar el interés público que caracteriza las actividades financiera, aseguradora y bursátil.

El artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época de los hechos, preveía que el Superintendente Bancario podrá sancionar con multa a cualquier director, gerente, revisor fiscal y, en general, a cualquier funcionario o empleado de la entidad vigilada, cuando "autorice o ejecute actos violatorios del estatuto de la entidad, de alguna ley o reglamento, o de cualquier norma legal a la que el establecimiento deba sujetarse". Prescribía también la norma que además de la multa el Superintendente Bancario podrá "exigir la remoción inmediata del infractor".

El actor tenía el deber de cumplir y hacer cumplir las normas sobre pago oportuno de reaseguros automáticos (numeral 3.2 literal b), capítulo II, Título VI de la Circular Básica Jurídica), permanencia de inversiones forzosas (artículo 187 [1] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Resolución 2300 de 1990, Plan Único de Cuentas) y pago oportuno de siniestros (artículos 185 [1] *ibidem*), disposiciones todas de obligatorio cumplimiento para la entidad aseguradora.

En el pliego de cargos claramente aparece el saldo de reaseguros automáticos pendiente de pago a 31 de diciembre de 1998. Sin embargo, las explicaciones del actor se limitan a cuestionar las cifras presentadas por la entidad demandada y a sostener que se han hecho pagos posteriores y que se han acordado nuevos plazos con "nuestros reaseguradores más importantes", (...).

En relación con la permanencia de inversiones forzosas, en el pliego de cargos se relacionan los títulos que adquirió la aseguradora con pacto de reventa a través de la Bolsa, la fecha de adquisición de los mismos (próxima a los cierres trimestrales), su monto y la fecha de venía (apenas días después del cierre trimestral. La Superintendencia encontró probado que fue directamente el actor quien suscribió, entre otras, las cartas compromiso de la operación de venta de TES con pacto de recompra, (...), con fecha de registro de la operación de (...) de 1999 y fecha de recompra de (...) de 1999, (...). con lo cual se prueba la directa responsabilidad del representante legal en este hecho sancionado por la Superintendencia Bancaria.

Cabe anotar que no son válidas las explicaciones en el sentido de que la compra de los títulos con pacto de reventa fue un procedimiento utilizado por la administración y la Junta directiva "con el fin de obtener liquidez para el pago, prevención y aminoramiento de siniestros" (...), pues se pone de presente que la administración de la aseguradora, y en concreto, el representante legal, ejecutó conduciendo contrarias a la ley que degeneraron en prácticas ilegales e irregulares reiteradas respecto de los cortes trimestrales de diciembre de 1998 y marzo y junio de 1999.

El último cargo formulado por la Superintendencia Bancaria, esto es, la existencia de pagos fraccionados de siniestros en contravención a lo prescrito en el artículo 185 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero tampoco fue desvirtuado por el actor, quien, por el contrario, sostuvo que dicha práctica es legal y respeta la autonomía contractual. Sobre el par-

ricular, la Sala advierte que con la complacencia del representante legal y en otros casos, a través suyo, (folio 28 cuaderno sanción personal), la aseguradora (...) S.A. adoptó la práctica ilegal de hacer pagos por instalamentos sin tener en cuenta las exigencias del artículo en mención, (...).

Así pues, el actor, en su calidad de representante legal de (...) S.A. autorizó y ejecutó actos violatorios de las normas obligatorias a que se encontraba sujeta la aseguradora por él representada e instituyó procedimientos que perseguían distorsionar la real situación financiera de la aseguradora con lo cual puso en peligro la confianza del público en el sector asegurador; además las irregularidades advertidas condujeron a la medida cautelar de vigilancia especial, adoptada por la Superintendencia Bancaria por Resolución (...) de 1999, con el fin de evitar la toma de posesión de bienes y haberes de (...) S.A. (...).

Así las cosas, la gravedad de las infracciones cometidas por el actor ameritaban no sólo la multa finalmente impuesta sino la remoción del cargo, conforme al artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

No es justificable el proceder del actor por el hecho de que la junta directiva haya autorizado las prácticas ilegales desarrolladas por la aseguradora, pues se encuentra probada la responsabilidad personal del demandante en las irregularidades realizadas por la aseguradora. De otra parte, en el sub judice no es objeto de análisis la responsabilidad personal de los demás administradores de la aseguradora.

Tampoco es aceptable el argumento que la sanción impuesta no es proporcional porque el demandante es una persona de reconocido prestigio en el campo de los seguros, pues la buena reputación debe cuidarse aún más cuando quien la tiene es administrador de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria cuya actividad es de interés público y la forma de mantener el prestigio que una persona consigue con tanto esfuerzo y dedicación es, precisamente, con el respeto y acatamiento al ordenamiento jurídico, máxime si se tiene en cuenta que un administrador de una entidad financiera debe ser y dar ejemplo de una conducta sin tacha pues existe un interés público que es superior al privado.

Por último, respecto de la violación del principio de igualdad por cuanto el actor fue sancionado con una multa de \$25.000.000 y un miembro de la junta directiva con una multa de \$1.000.000, observa la Sala que no analizará la referida inconformidad por cuanto no fue planteada en la demanda y no es el recurso de apelación la vía para adicionar o corregir la demanda.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar el fallo apelado.

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:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.»

SUPERINTENDENCIA BANCARIA - INSPECCIÓN Y VIGILANCIA

Corte Constitucional. Sala Plena. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-205 del 8 de marzo de 2005. Expediente D-5381.

Síntesis: *Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 35 (parcial) de la Ley 510 de 1999 y 72 de la Ley 795 de 2003. Delegación y desconcentración de funciones presidenciales en las superintendencias. Constitucionalidad de las normas demandadas. La posibilidad de crear superintendencias por medio de las cuales el Presidente ejerza las funciones de inspección, vigilancia y control previstas en la Carta hace parte del ejercicio de la potestad legislativa. Facultades de inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria frente a "las demás" personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye dichas funciones de manera permanente.*

«(...)

I. ANTECEDENTES (...)

1. Las normas demandadas

A continuación se transcribe el texto de las disposiciones acusadas y en la primera de ellas, por ser parcial la impugnación, se subraya lo demandado:

LEY 510 DE 1999
(agosto 3)

por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

CAPITULO X

Disposiciones relativas a la Superintendencia Bancaria

Artículo 35. El inciso primero del numeral 1 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, quedará así:

1. Naturaleza y objetivos. La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:¹

LEY 795 DE 2003
(enero 14)

por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

(...)

Artículo 72. El numeral 2 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, quedará así:

"2. Entidades vigiladas. Corresponde a la Superintendencia Bancaria la vigilancia e Inspección de las siguientes instituciones:

¹ Diario Oficial 43.654.

a) Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2 del artículo 268 del estatuto orgánico del sistema financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que pueden asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros y agencias colocadoras de seguros;

b) Oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguradores del exterior;

c) El Banco de la República;

d) El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;

e) El Fondo Nacional de Garantías S.A.;

f) El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade

g) Las casas de cambio, y

h) Las demás personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente.

Parágrafo 1°. Podrán ser sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, según lo establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general, las entidades que adminis-

tren los sistemas de tarjetas de crédito o de débito, así como las que administren sistemas de pagos y compensación, a quienes se aplicarán las normas relativas a las compañías de financiamiento comercial en lo que resulte pertinente.

Parágrafo 2°. Se encuentran sujetos a inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria los agentes de seguros de que trata el numeral 2 del artículo 5° del presente estatuto".²

(...)

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

(...)

El asunto sometido a estudio de la Corte

La Corte identifica los siguientes problemas jurídicos principales, cuya resolución será objeto la presente decisión:

a) ¿Violan la Constitución las normas que desconcentran en la Superintendencia Bancaria las funciones de inspección, vigilancia y control sobre entidades financieras y aseguradoras previstas en el artículo 189-24 de la Carta?

b) ¿Las normas acusadas vulneran el principio de igualdad al regular de manera distinta las facultades de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de la Economía Solidaria?

c) ¿Violan las normas acusadas los artículos 210 y 211 de la Constitución, en la medida en que mientras la Carta distingue entre superintendencia y entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, las normas demandadas crean una superintendencia que, como la Bancaria, posee características de entidad descentralizada por servicios del orden nacional?

² Diario Oficial No. 45.064.

La jurisprudencia constitucional ha establecido un precedente reiterado y consolidado sobre la desconcentración y delegación de las funciones constitucionales del Presidente de la República. Este precedente parte de advertir la imposibilidad material que tiene el Presidente para ejercer de manera personal todas y cada una de las facultades previstas en el artículo 189 de la Carta.

d) ¿Es el literal h) del artículo 72 de la Ley 795 de 2003 contrario a los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 C.P. en cuanto otorga a la Superintendencia Bancaria la inspección y vigilancia de un universo de entidades no definidas en la propia disposición?

Para la solución de estas cuestiones, la Corte adoptará la siguiente metodología: En primer término, expondrá la doctrina constitucional sobre la delegación y desconcentración de las facultades constitucionales de inspección, vigilancia y control ejercidas por el Presidente de la República a través de las superintendencias. En segundo lugar, dará respuesta, con base en las reglas jurisprudenciales pertinentes, a los problemas jurídicos planteados por el demandante.

Delegación y desconcentración de funciones presidenciales en las superintendencias

La jurisprudencia constitucional ha establecido un precedente reiterado y consolidado sobre la desconcentración y delegación de las funciones constitucionales del Presidente de la República³. Este precedente parte de advertir la imposibilidad material que tiene el Presidente para ejercer de manera personal todas y cada una de las facultades previstas en el artículo 189 de la Carta. Ante esta conclusión y en vista de los principios que gobiernan la función administrativa pre-

vistos en el artículo 209 C.P., los instrumentos de descentralización, delegación y desconcentración se muestran como herramientas necesarias para ejecutar las funciones mencionadas y, con ello, materializar el cumplimiento de los fines estatales previstos en el artículo 2º de la Constitución.

La jurisprudencia constitucional, bajo esta perspectiva, describe como sigue las características más relevantes de cada uno de estos institutos jurídicos. Así, la Corte ha entendido que la descentralización "es un principio organizacional que tiene por objeto distribuir funciones entre la administración central y los territorios (descentralización territorial), o entre la primera y entidades que cumplen con labores especializadas (descentralización por servicios), de manera que el ejercicio de determinadas funciones administrativas sea realizado en un marco de autonomía por las entidades territoriales o las instituciones especializadas."⁴ De otro lado,

3 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-372/95, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-233/97, M.P. Fabio Morón Díaz, C-496/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-561/99, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-727/00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-1190/00, M.P. Álvaro Tafur Galvis, C-199/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-1150/03, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

4 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-496/98. A su vez, este fallo recoge la diferenciación conceptual que entre las figuras de delegación y descentralización contiene la Sentencia T-024/96, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

la "delegación y la desconcentración (...) atienden más a la transferencia de funciones radicadas en cabeza de los órganos administrativos superiores a instituciones u organismos dependientes de ellos, sin que el titular original de esas atribuciones pierda el control y la dirección política y administrativa sobre el desarrollo de esas funciones. Por eso, se señala que estas dos fórmulas organizacionales constituyen, en principio, variantes del ejercicio centralizado de la función administrativa"⁵.

Igualmente, la doctrina constitucional⁶ ha especificado cuáles son los rasgos propios de la desconcentración y la delegación, figuras sobre las que gravita la presente decisión. Respecto a la primera, se ha señalado que, en cierta medida, es la variante práctica de la centralización y que, desde un punto de vista dinámico, consiste en una transferencia de funciones administrativas que corresponden a órganos de una misma persona administrativa. Entre las características principales de la desconcentración están las siguientes: (i) es una atribución de la competencia realizada por el mismo ordenamiento jurídico; (ii) tal atribución es realizada a un órgano medio o inferior dentro de la jerarquía; (iii) la competencia desconcentrada se confiere de forma exclusiva al órgano designado por el ordenamiento; (iv) la responsabilidad del superior jerárquico se circunscribe al ámbito de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica y; (v) el superior sólo puede reasumir la competencia previa una nueva atribución legal que así lo determine.

Con relación a la delegación, esta Corporación concluyó que es una modalidad de transformación de funciones administrativas, en la que, de acuerdo con los supuestos previstos en la ley, se faculta a un sujeto u órgano a realizar dichas transferencias. Los elementos de la delegación, entonces, son: (i) la transferencia de funciones de un órgano a otro, realizada por un acto del titular de la función; (ii) la necesidad de previa autorización legal para efectuar la delegación y; (iii) la posibilidad que

el órgano delegante pueda, en cualquier momento, reasumir la competencia, siguiendo para ello el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico.⁷

Con relación a la delegación, esta Corporación concluyó que es una modalidad de transformación de funciones administrativas, en la que, de acuerdo con los supuestos previstos en la ley, se faculta a un sujeto u órgano a realizar dichas transferencias.

Como se observa, tanto la delegación como la desconcentración comparten la condición de institutos jurídicos destinados a facilitar el ejercicio de la función administrativa con base en los principios fijados por el artículo 209 C.P. Así, advertida esa unidad de objetivos, la jurisprudencia constitucional ha concluido que la aplicación de estos instrumentos

5 Ibidem.

6 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-024/96.

7 La Corte ha desarrollado reglas adicionales sobre los elementos de la delegación administrativa, en especial sobre su finalidad, objeto, eventos de improcedencia, condiciones del delegante, la discrecionalidad para delegar, las características del acto de delegación, la subordinación del delegatario, los tipos de decisiones que éste puede adoptar, las clases de decisión en la delegación y la naturaleza del vínculo entre delegante y delegatario. Sobre este particular, Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-372/02, M.P. Jaime Córdoba Triviño. Además, en lo que tiene que ver con la obligación de reasumir la competencia de conformidad con el procedimiento legal, pueden consultarse las sentencias C-727/00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-1190/00, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

no es excluyente, si bien, como ya se explicó, los efectos de una y otra son diversos, "por cuanto el fin de estos dos mecanismos es el mismo: descongestionar los órganos superiores de la administración, para facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, que se encuentran al servicio de los intereses generales de los ciudadanos."⁸

La jurisprudencia constitucional ha determinado las implicaciones de la desconcentración y la delegación respecto a las funciones que el artículo 189 de la Carta adscribe al Presidente de la República, campo de usual aplicación de los citados mecanismos. Esta doctrina parte de establecer que las funciones constitucionales del Presidente son ejercidas bajo una de las siguientes tres condiciones: (i) como Jefe de Estado, competencia relacionada con las funciones "que denotan de manera clara la voluntad de la Nación de conformar una unidad política propia, tales como las referidas a las relaciones internacionales"; (ii) como Jefe de Gobierno, relacionada con el ejercicio de las facultades que están dirigidas a la "fijación de políticas, de derroteros para la conducción del país"; y (iii) como Suprema Autoridad Administrativa, condición que tiene que ver con el ejercicio de aquellas labores tendientes a "mantener el funcionamiento normal de la administración pública."

Esta clasificación tiene consecuencias directas respecto a las posibilidades de delegación y desconcentración. Para la Corte, salvo algunas excepciones, todas las funciones son delegables. Sin embargo, únicamente son desconcentrables las competencias que ejerce el Presidente en su condición de Suprema Autoridad Administrativa. En todo caso, la jurisprudencia ha señalado que el hecho de la desconcentración no obsta para que el Presidente continúe ejerciendo el control y orientación de dichas actividades⁹. La Corte Constitucional precisó este aspecto en la Sentencia C-1190/00, M.P. Álvaro Tafur Galvis:

"En torno de los antecedentes jurisprudenciales anteriores es pertinente recordar que por principio las competencias administrativas concretas surgen de la ley y ésta las puede asignar a los organismos cuya creación le está atribuida constitucionalmente; así mismo las puede reasignar (Principio de la distribución legal de competencias) en función de los objetivos generales que la propia ley señale en cada caso.

En ese orden de ideas cabe señalar que el ejercicio de las atribuciones de inspección y vigilancia se halla sujeto a la ley (ya sea orgánica-artículo 150-19- u ordinaria artículo 150-8-); que ésta constitucionalmente tiene amplitud para fijar las reglas, instrumentos y condicionamientos apropiados, y que para el cumplimiento material de las funciones de inspección y vigilancia a que se refieren los numerales 24 y 25 del artículo 189 de la Constitución- en armonía con el artículo 150-19,d) "se requiere de instituciones que tengan la capacidad de atender esas labores. "Las mencionadas entidades -un prototipo de las cuales son las superintendencias- no actúan de manera autónoma, sino bajo la dirección del Presidente de la República, titular constitucional de la función de inspección y vigilancia. Estos organismos a los cuales la ley asigna competencias, las desarrollan bajo el control, dirección e inspección del Presidente y del ministro del ramo."¹⁰

No obstante, la Corte considera necesario enfatizar que si bien es cierto que la desconcentración, al igual que la descentralización y la delegación constituyen criterios que plasman modalidades organizacionales arbitrados en la Constitución para el ejercicio de la función administrativa -artículo 209-, es también cierto que la puesta en práctica de los mismos por el legislador no puede llegar al extremo de anular la atribución de la titularidad de una función que haya efectuado directamente la Constitución en cabeza del Presidente de la República ni a interferir o neutralizar el carácter de suprema autoridad administrativa que constitucionalmente a él corresponde.

8 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-561/99.

9 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-469/98. Fundamentos Jurídicos 8 a 11.

10 Sentencia C-496/98. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

A juicio de la Corte, respecto de las competencias directamente atribuidas al Presidente de la República, no basta que éste ejerza sus potestades de suprema autoridad administrativa -que ostenta y puede ejercitar respecto de la acción administrativa en su conjunto- ni que los organismos a los cuales la ley haya confiado una función estén sometidos a la orientación y control administrativos, sino que es necesario que como titular constitucional el Presidente pueda optar por cumplirla de manera directa o delegar su ejercicio, con la consiguiente posibilidad jurídica de su reasunción."

Reglas jurisprudenciales similares fueron establecidas por esta Corporación al momento de decidir sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en los Decretos 2453 de 1993 y 356 de 1994, relativos a la prestación del servicio público de vigilancia y seguridad privada. Sobre el particular, la Sentencia C-199 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, señaló:

"Como lo ha venido señalando esta Corporación en forma por demás reiterada, el Presidente y quienes de acuerdo con el artículo 115 de la Carta conforman el Gobierno Nacional, no se encuentran en posibilidad física y material para adelantar por sí mismos las labores de vigilancia y control de los servicios públicos, en los términos, previstos por el numeral 22 del artículo 189 Superior. Por eso, es imprescindible que el Congreso proceda a la creación de organismos que, como las superintendencias, intervengan y faciliten el desarrollo de tales actividades, *no en forma autónoma e independiente, "sino bajo la dirección del Presidente de la República, titular constitucional de la función de inspección y vigilancia."*¹¹ (Resaltados no originales.)

En lo que respecta a la materia del presente proceso de constitucionalidad, la Corte ha realizado importantes precisiones conceptuales sobre la naturaleza jurídica de la facultad presidencial de inspección, vigilancia y control de las personas de que trata el artículo 189-24 de la Constitución:

En primer lugar, de la lectura del Texto Constitucional se advierte que el ejercicio de

En lo que respecta a la materia del presente proceso de constitucionalidad, la Corte ha realizado importantes precisiones conceptuales sobre la naturaleza jurídica de la facultad presidencial de inspección, vigilancia y control de las personas de que trata el artículo 189-24 de la Constitución.

esta función es compartido entre el Presidente y el Congreso de la República, puesto que la Carta prevé que las funciones mencionadas serán ejercidas de acuerdo con la ley. Tal conclusión tiene sustento en los artículos 150-8 y 150-19 d), que confieren respectivamente al Congreso las facultades de expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución y la de dictar las normas generales - leyes marco - referentes a la regulación de las mismas actividades. Además, en similares términos, el artículo 335 estipula que tales labores son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización estatal y conforme a la ley.¹²

En segundo lugar, la jurisprudencia acepta que las funciones de inspección, vigilancia y

11 Sentencia C- 496/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 Ibídem, fundamentos jurídicos 12 y 13.

control citadas son ejercidas por el Presidente de la República en su condición de Suprema Autoridad Administrativa¹³. Ello resulta explicable en la medida en que las facultades de inspección, vigilancia y control están dirigidas a garantizar el adecuado funcionamiento de las entidades que desarrollan actividades financiera, bursátil y aseguradora.

En tercer lugar, las facultades citadas son expresión de la competencia estatal de dirección general de la economía en los términos del artículo 333 C.P., pues están dirigidas a preservar la confianza de los ciudadanos en aquellas instituciones que captan sus recursos y que, por tanto, poseen una gran influencia en la dinámica económica. Esta característica trae una consecuencia importante, también advertida por la doctrina constitucional, relativa a la imprescindible necesidad que las funciones de inspección, vigilancia y control sean ejercidas preferentemente por organismos técnicos especializados que, bajo la dirección del Presidente, ejecuten estas tareas.¹⁴

En cuarto lugar, y como consecuencia de lo anterior, la jurisprudencia ha reconocido la compatibilidad con la Constitución de las previsiones normativas que prevén la desconcentración y delegación de las funciones de que trata el artículo 189-24 de la Carta en las superintendencias. Ello resulta así en la medida en que, como se indicó anteriormente, el Presidente se ve materialmente imposibilitado para ejercer por sí solo las actividades de inspección, vigilancia y control. Por ende el Congreso, en ejercicio de las competencias constitucionales antes descritas, puede crear instituciones que las ejerzan. Tales instituciones estarán entonces encargadas de ejercer, bien por vía de la desconcentración, bien gracias a la figura de la delegación, las funciones de inspección, vigilancia y control que tiene asignadas el Presidente en la condición de Suprema Autoridad Administrativa, según el artículo 189-24 de la Constitución.¹⁵ Sobre este particular la Corte, en la Sentencia C-1190 de 2000, consideró:

"Tanto las superintendencias como los superintendentes son objeto de mención expresa en la Constitución; las primeras, a propósito de las atribuciones del legislador para crear, organizar, fusionar y suprimir organismos administrativos (artículo 150-7), como ya se ha expresado, y los segundos, en torno de la posibilidad de delegación de las funciones constitucionales del Presidente de la República (artículo 211).

Habida cuenta de esa doble mención constitucional es pertinente precisar si las funciones de las Superintendencias y de los superintendentes como jefes de esos organismos administrativos, constitucionalmente solo pueden tener origen en delegación presidencial (prevista en el artículo 211 de la C.P.) o si pueden ser asignadas directamente por el legislador dentro de su potestad organizatoria originaria (artículo 150-7 de la C.P.).

Para la Corte, siguiendo los textos constitucionales, es claro que de los objetivos generales y la estructura orgánica de las superintendencias se fijan directamente por la ley; el Presidente de la República, a su turno, teniendo en cuenta la estructura fijada por la ley, y, en armonía con los objetivos legalmente asignados, puede delegar en el superintendente, que es el jefe superior de una superintendencia, potestades constitucionales suyas en los términos del citado artículo 211 constitucional y las normas legales que lo desarrollan (artículo 13 de la Ley 489 de 1998).

En concordancia con los principios constitucionales, la Ley 489 de 1998, en sus artículos 66 y 82 dispone que las Superintendencias son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale- con personería jurídica o sin ella- que cumplen funciones de inspección o vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República, previa autorización legal."

13 *Ibíd.*

14 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencias C-372/95 y C-233/97.

15 *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencias C-199/01, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Por último, la Corte también ha entendido que la determinación de la estructura, objetivos generales y funciones de las superintendencias es una labor que hace parte de la potestad de configuración normativa de que es titular el Congreso, conclusión que encuentra sustento en la competencia que el artículo 150-7 C.P. le confiere al Legislativo para determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir y fusionar distintas entidades, entre ellas las superintendencias.¹⁶

La constitucionalidad de las normas demandadas. Solución a los problemas jurídicos planteados por el actor.

Las anteriores consideraciones, que resumen la jurisprudencia constitucional aplicable al tema de la delegación y desconcentración de las facultades de inspección, vigilancia y control, resultan suficientes para resolver el primer cargo de la demanda. En efecto, dicho cargo parte de la presunta inconstitucionalidad de la desconcentración en la Superintendencia Bancaria de las facultades presidenciales de inspección, vigilancia y control de que trata el numeral 24 del artículo 189 de la Carta. Al respecto debe advertirse que la censura está estructurada bajo el supuesto que es-

tas facultades, al estar relacionadas con el orden público económico, son de competencia exclusiva del Presidente y las desarrolla en su calidad de Jefe de Gobierno.

Sin embargo, como ha sido expuesto, las funciones de inspección, vigilancia y control son ejercidas por el Presidente en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa y, por tanto, pueden ser objeto de desconcentración en otras entidades administrativas. En este sentido, las normas demandadas no resultan inconstitucionales por este concepto.

Frente al segundo cargo, relativo a la presunta vulneración al principio de igualdad derivado de la distinta regulación contenida en la Ley 795 de 2003, la Corte advierte varios motivos que llevan a concluir la impro-

Sin embargo, como ha sido expuesto, las funciones de inspección, vigilancia y control son ejercidas por el Presidente en su calidad de Suprema Autoridad Administrativa y, por tanto, pueden ser objeto de desconcentración en otras entidades administrativas.

En este sentido, las normas demandadas no resultan inconstitucionales por este concepto.

cedencia de la censura. En primer término, el juicio de igualdad planteado por el actor carece de un parámetro de comparación - *tertium comparationis* - que preceda a la discriminación planteada. Ello es así si se tiene en cuenta que las entidades reguladas por la Superintendencia Bancaria (instituciones financieras y aseguradoras. Artículo 35 de la Ley 510 de 1999) y por la Superintendencia de Economía Solidaria (entidades cooperativas y de la economía solidaria definidas por acto

16 Ibidem, fundamentos jurídicos 4.2 a 4.6. y C-727/00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

general del Presidente. Artículo 98 de la Ley 795 de 2003), tienen condiciones distintas y, por tanto, resulta razonable que el Legislador también establezca características diversas en cuanto al ejercicio de la inspección, vigilancia y control sobre las mismas.

En segundo término, como se ha señalado insistentemente en la presente decisión, la determinación de las funciones ejercidas por las distintas entidades de la administración nacional es una tarea de competencia del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 150-7 C.P. Así, de manera general, la determinación de tales funciones es un asunto que hace parte de la cláusula general de competencia legislativa y respecto de las cuales, *prima facie*, no procede un juicio de igualdad.

Sobre este particular, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el derecho a la igualdad no resulta aplicable respecto a la determinación de las funciones y competencias de las entidades estatales, pues las mismas están definidas en la Constitución o en la ley¹⁷. En tal sentido, no puede establecerse un juicio de igualdad entre entidades que como las Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de la Economía Solidaria, responden a criterios distintos en relación con su naturaleza jurídica, sus funciones y su estructura administrativa, circunstancias que impiden predicar la identidad como presupuesto necesario para aplicar el criterio relacional propio del juicio citado¹⁸.

Inclusive si se aceptara la tesis del actor sobre la posibilidad de ejercer un juicio de igualdad en casos como el presente, lo cierto es que la lectura sistemática de la norma demandada demuestra que no existe, ni siquiera, trato diferenciado. En efecto, como acertadamente lo expusieron algunos de los intervinientes y el Procurador General, según lo dispuesto por artículo 35 de la Ley 510 de 1999, la Superintendencia Bancaria ejerce las mismas facultades de inspección,

vigilancia y control que desarrolla la Superintendencia de Economía Solidaria en los términos del artículo 98 de la Ley 795 de 2003. Por esta razón el cargo propuesto por el ciudadano (...) no podría prosperar, pues tiene fundamento en la comparación aislada de lo dispuesto en esta última disposición con lo señalado en el artículo 72 de la Ley 795, interpretación a todas luces errónea, pues ignora lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 510 de 1999, norma que, junto con el artículo 72, hace parte del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

El tercer cargo formulado en la demanda está relacionado con la presunta vulneración de los artículos 210 y 211 de la Constitución a raíz de la creación, por parte de las normas acusadas, de una superintendencia con condiciones propias de una entidad descentralizada por servicios del orden nacional. A juicio del actor, la Constitución distingue tales figuras y por tanto no le es dable al legislador confundirlas. Sobre este particular, la Corte advierte que el actor extrae una proposición normativa que no está contenida en los artículos 210 y 211 de la Constitución. Estas normas, entre otras previsiones, confieren a la ley el establecimiento del régimen jurídico de las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes. De estas disposiciones no puede deducirse que el legislador tenga prohibido asignar a las superintendencias algunas de las cualidades que, como es el caso de la personería jurídica, son propias de las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional.

17 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-404/01, M.P. Marco Gerardo Monroy.

18 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1112/01, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Sobre la necesidad de un criterio relacional entre situaciones fácticas como presupuesto para la aplicación del juicio de igualdad, Cfr. Sentencias T-861 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-352 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Según lo expuesto, de acuerdo con el artículo 150-7 de la Carta, corresponde al Congreso determinar la estructura de la administración nacional, entre ella la de las superintendencias. Esta potestad es amplia e incluye, por supuesto, la determinación de la naturaleza jurídica de la entidad de que se trate y la asignación de sus características propias. De esta forma el Congreso, precisamente en ejercicio de esta amplia potestad, determinó en la Ley 489 de 1998 el régimen jurídico propio de las superintendencias.

La jurisprudencia constitucional ha analizado suficientemente este tópico. La Corte, a propósito del análisis de varias normas de la citada ley realizado en la Sentencia C-727/00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, señaló:

"No obstante, cabe preguntarse si la ley que llegara a crear una superintendencia con personería jurídica, constituida como entidad descentralizada, podría atribuirle funciones de esa naturaleza. Al respecto la Corte estima que sí podría hacerlo, por las siguientes razones:

- De conformidad con el numeral 7° del artículo 150 de la Carta, corresponde al Congreso crear las superintendencias, señalando sus objetivos y estructura orgánica. De esta disposición no puede extraerse la conclusión (porque no lo dice), de que tales entidades deban pertenecer al sector central la Administración nacional. Por lo tanto, el legislador sí puede

crear superintendencias con personería jurídica, en el sector descentralizado de la administración pública nacional.

- De los numerales 24 y 25 del artículo 189 de la Constitución se desprende que al Congreso corresponde señalar las directrices a las que habrá de sujetarse el ejecutivo para el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control a que aluden los referidos numerales, esto es las que recaen sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, así como sobre las entidades cooperativas y las mercantiles. Nada en el texto superior impide al Congreso que, al señalar tales directrices, permita que las referidas funciones presidenciales se transfieran a superintendencias con personería jurídica pertenecientes a la administración descentralizada.

- Contrariamente a lo que afirma el demandante, las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control son funciones de naturaleza administrativa, ya que por no involucrar el señalamiento de políticas, no corresponden a actos de gobierno. Tampoco se adelantan por el presidente en su condición de jefe de Estado. Así las cosas, son de aquellas que según la jurisprudencia de esta Corporación, admiten ser transferidas mediante desconcentración.

- El artículo 211 superior indica que la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los superintenden-

Según lo expuesto, de acuerdo con el artículo 150-7 de la Carta, corresponde al Congreso determinar la estructura de la administración nacional, entre ella la de las superintendencias. Esta potestad es amplia e incluye, por supuesto, la determinación de la naturaleza jurídica de la entidad de que se trate y la asignación de sus características propias.

tes, sin distinguir si se trata de entidades centralizadas o descentralizadas.

Todos los anteriores textos constitucionales reseñados, interpretados armónicamente, permiten descartar que exista una restricción impuesta al legislador, que emane de la Constitución, que le impida la creación de superintendencias dotadas de personería jurídica, en el sector descentralizado nacional, y el traslado a ellas de funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control. Adicionalmente, la jurisprudencia sentada por esta Corporación en torno al tema de la delegación y desconcentración de las facultades presidenciales mencionadas, corrobora las anteriores conclusiones."

En relación con este asunto, la Corte concluye que la indeterminación alegada por el demandante es apenas aparente. En efecto, la disposición acusada otorga a la Superintendencia Bancaria facultades de inspección y vigilancia frente a "las demás" personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente.

Visto lo anterior, se concluye que la posibilidad de crear superintendencias que reúnan

las condiciones de una entidad descentralizada por servicios del orden nacional, a través de las cuales el Presidente ejerza las funciones de inspección, vigilancia y control previstas en la Carta hace parte del ejercicio de la potestad legislativa y, por tanto, no ocasiona problema constitucional alguno, desestimándose con ello el cargo estudiado.

El cuarto cargo planteado en la demanda versa sobre la supuesta incompatibilidad entre lo dispuesto en el literal h) del artículo 72 de la Ley 795 de 2003 y los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 C.P., ocasionada en el hecho que esta norma no determina claramente qué entidades están sujetas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

En relación con este asunto, la Corte concluye que la indeterminación alegada por el demandante es apenas aparente. En efecto, la disposición acusada otorga a la Superintendencia Bancaria facultades de inspección y vigilancia frente a "las demás" personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente. Es decir que la disposición atacada, en consonancia con las previsiones contenidas en los artículos 150-8 y 189-24 de la Constitución, defiere al Legislativo la determinación de estas entidades vigiladas, por lo que resultan salvaguardados los principios de la función administrativa contenidos en el artículo 209 C.P. Por tanto, la Corte también desestima este cargo.

Analizados los anteriores argumentos y en vista que ninguno de los cargos de inconstitucionalidad propuestos por el actor permite concluir la contradicción entre las normas acusadas y el Estatuto Superior, la Corte declarará su exequibilidad.

Con todo, debe aclararse que la Corte declarará la constitucionalidad pura y simple

del artículo 35 parcial de la Ley 510 de 1999 y restringirá la exequibilidad del artículo 72 de la Ley 795 de 2003 a los cargos propuestos. La razón de esta diferenciación radica en que esta sentencia versa esencialmente sobre el fundamento constitucional de la previsión contenida en la primera de las normas mencionadas y sólo trató la segunda disposición en lo pertinente para resolver los problemas jurídicos contenidos en la demanda.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar EXEQUIBLE, la expresión "*con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora*" contenida en el artículo 35 de la Ley 510 de 1999 que modificó el artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

SEGUNDO. Declarar EXEQUIBLE, por los cargos estudiados en la parte motiva de esta sentencia, el artículo 72 de la Ley 795 de 2003, que modificó el artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.»

TUTELA - CAXDAC - APORTES - INSPECCIÓN Y VIGILANCIA

Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia T-122 del 17 de febrero de 2005. Expediente T-1002685.

Síntesis: *Procedencia de la acción de tutela contra particulares. Caxdac, naturaleza jurídica, funciones; reservas de jubilación de los aviadores civiles. Obligación de la empresa de aviación de realizar los aportes para garantizar el pago de pensiones de los aviadores civiles afiliados a Caxdac. Las sociedades en proceso de venta están en el deber jurídico de realizar los aportes para el pago de pensiones y los organismos responsables de su inspección y vigilancia deben ejercerla en orden a garantizar el cumplimiento de sus obligaciones legales.*

«(...)

I. ANTECEDENTES

En contra de la empresa (...) S.A., (...), en su condición de representante legal de la Asociación Colombiana de Aviadores Jubilados de la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC

**El 21 de marzo 2003,
(...) S.A. se acogió al
procedimiento
contemplado en el
Capítulo 11 de la Ley de
Bancarrotas de los
Estados Unidos de
América, ante un Juez
de Bancarrotas del
Distrito Sur de Nueva
York, trámite que en
Colombia se asimila al
estipulado por la Ley
550, el cual
"[c]omporta una
significativa protección
a los deudores frente a
las deudas contraídas
con sus acreedores, las
cuales quedan
supeditadas a lo que se
disponga
por el Juez".**

"AJUCAX", y (...), en calidad de pensionados afiliados a la misma asociación, presentaron acción de tutela en procura del amparo de sus derechos a la seguridad social, en conexidad con los derechos a la vida, salud, igualdad y al pago oportuno de las pensiones de jubilación, los cuales consideraban amenazados con ocasión de la venta de la citada aerolínea a un inversionista extranjero, sin que se establezcan las garantías necesarias para el oportuno cumplimiento de las obligaciones pensionales de los demandantes.

Los presupuestos fácticos que sustentan la presente acción, se resumen de la siguiente manera:

1. La Asociación Colombiana de Aviadores Jubilados de la Caja de Auxilios y Prestaciones de Caxdac AJUCAX, es una asociación civil de carácter privado, sin ánimo de lucro, que tiene como uno de sus principales objetivos, de conformidad con lo establecido en sus estatutos, la promoción y defensa de los derechos legales, extralegales y convencionales de sus afiliados. Esa asociación agrupa a los pensionados que adquirieron ese derecho como aviadores civiles de Avianca, y que perciben dicha prestación de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac, de conformidad con los aportes que por ley le remite entre otras, la empresa accionada.

2. Con la finalidad de superar las dificultades económicas de las aerolíneas colombianas de aviación, el 23 de abril de 2002 la Aeronáutica Civil autorizó la integración y alianza estratégica de las empresas (...), que fue denominada Alianza (...).

El 21 de marzo 2003, (...) S.A. se acogió al procedimiento contemplado en el Capítulo 11 de la Ley de Bancarrotas de los Estados Unidos de América, ante un Juez de Bancarrotas del Distrito Sur de Nueva York, trá-

mite que en Colombia se asimila al estipulado por la Ley 550, el cual "[c]omporta una significativa protección a los deudores frente a las deudas contraídas con sus acreedores, las cuales quedan supeditadas a lo que se disponga por el Juez".

Con posterioridad, el 28 de marzo de 2003 se designó un Comité Oficial de acreedores no asegurados de siete miembros, del cual hace parte, en calidad de Presidente del mismo, "el mayor acreedor de (...) S.A., es decir Caxdac, que es una institución de seguridad social de derecho privado, encargada de administrar el régimen de transición de los aviadores de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° del Decreto 1282 de 1994 y del régimen de pensiones especiales para el pago de las correspondientes mesadas de los jubilados.

3. Las tres aerolíneas integrantes de la Alianza (...) fueron presentadas al Comité de Acreedores y al Juez de Bancarrotas como una sola línea, de suerte que los asuntos relacionados con el mercadeo, compra, programación, redes y finanzas se integraron sin que existiera una fusión formal de las mismas "posicionando la compañía integrada como líder de mercado, permitiendo así el restablecimiento de la rentabilidad operativa".

El déficit de las tres compañías que integran la Alianza, asciende aproximadamente a US \$116.000.000.00, originado en las obligaciones pensionales contraídas por ellas con los pensionados y Caxdac.

En el mes de agosto de 2003 la Asamblea General de accionistas de (...), aprobó a instancias de la administración de la empresa su liquidación voluntaria, y por ese motivo la Superintendencia de Sociedades la admitió en el trámite de liquidación obligatoria mediante auto 440-017237 de 24 de octubre de 2003, dado su grave deterioro patrimonial y el aumento considerable de sus pasivos, de conformidad con lo establecido en la Ley 222 de 1995, en tal virtud se designó un liquidador oficial.

Agregan los demandantes que en el auto expedido por la Superintendencia de Sociedades, se dispuso que por disposición legal "el pasivo de (...) es administrado por la Caja de Auxilios y Compensaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC y se expresa lo siguiente: 'El pasivo pensional pone de presente el riesgo en que está el mínimo vital de los pensionados y trabajadores con derecho a pensión, al cual la Honorable Corte Constitucional, en multiplicidad de decisiones, ha otorgado especial protección'".

4. Dentro del proceso de reestructuración de (...) S.A., la compañía ha promovido su venta como una eventual fuente de capital adicional, con el objeto de pagar en breve plazo a algunos de sus acreedores y dilatar el pago del pasivo pensional, sin que medie ninguna garantía para Caxdac o sus pensionados. Por esa razón, la empresa accionada divulgó ampliamente a través de diferentes medios de comunicación, la aceptación de una propuesta de inversión extranjera por parte de la Empresa (...) Ltda., operador regional en Brasil, y rechazó la propuesta realizada por la Compañía de Aviación (...) y (...) Airlines. En virtud de esa aceptación, las partes han llegado a un preacuerdo, dentro del denominado capítulo 11 de la Ley de Bancarrotas, presentando el respectivo plan de negociación al Comité de Acreedores, el cual no incluye las garantías requeridas para el pago oportuno del valor del cálculo actuarial, circunstancia que amenaza notoriamente el pago del pasivo pensional.

Destacan los demandantes que los derechos de los pensionados y las acreencias de Caxdac, constituyen por ministerio de la ley créditos privilegiados, carácter que ha sido desconocido por el liquidador de (...) al sostener que "[l]as pretensiones de Caxdac no son créditos sino expectativas inciertas y contingencias". Es tan grave la amenaza que se cierne sobre sus derechos que la empresa demandada y sus accionistas (...) S.A. y la (...), pusieron todos los activos y bienes de su propiedad en fideicomiso.

Destacan los demandantes que los derechos de los pensionados y las acreencias de Caxdac, constituyen por ministerio de la ley créditos privilegiados, carácter que ha sido desconocido por el liquidador de (...) al sostener que "las pretensiones de Caxdac no son créditos sino expectativas inciertas y contingencias". Es tan grave la amenaza que se cierne sobre sus derechos que la empresa demandada y sus accionistas (...) S.A. y la (...), pusieron todos los activos y bienes de su propiedad en fideicomiso.

Agregan los demandantes que a pesar de que los pensionados y Caxdac, derivan sus derechos de la legislación colombiana, se encuentran sometidos en la actualidad a una jurisdicción y legislación extranjeras, sin que se les haya garantizado en debida forma el cumplimiento de sus obligaciones pensionales. Así las cosas, si en el contrato de inversión suscrito por (...) S.A. se llegara a establecer una liberación completa de sus accionistas y directivos, respecto de las obligaciones pensionales contraídas con anterioridad al plan de reorganización de la empresa demandada, y si no se fijan las debidas garantías para el efectivo cumplimiento del pago oportuno del valor del cálculo actuarial, en la forma que prevé la Ley 860 de 2003, para integrar el 100% del déficit, sus derechos fundamentales serían completamente desconocidos.

5. Para fundamentar la procedencia de la acción de tutela, los accionantes citan jurisprudencia constitucional en relación con el derecho a la seguridad social, y a la procedencia de dicha acción ante la presencia de un perjuicio irremediable, como lo sería en este caso la venta de la empresa (...) S.A. a un inversionista extranjero sin que previamente se garantice la integración del ciento por ciento (100%) del cálculo actuarial anual, para satisfacer el pago oportuno de las pensiones de los aviadores de esa aerolínea.

Por otra parte, manifiestan que el derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política, también está siendo vulnerado en la medida en que no se está dando el mismo trato jurídico a los aviadores de la empresa demandada, en relación con los trabajadores de tierra, como quiera que respecto de ellos se suscribió un contrato de fiducia

mercantil que garantiza el pago de las pensiones de esos trabajadores, cosa que no sucedió respecto de los aviadores, y, respecto de los cuales por el contrario en comunicación vía e-mail enviada al Presidente de Caxdac, por los representantes de la (...), accionista de (...) S.A., se les comunicó, como consecuencia de una reunión celebrada el 7 de julio de 2004 en la cual se pedían garantías para el pago del pasivo pensional, que habían llegado a la conclusión "de que no se darán las garantías sobre la deuda que se tiene con CAXDAC, por los aviadores civiles, por no existir según ellos obligación ni para la sociedad, ni para los accionistas, adoptando con ello un trato diferente con el personal de tierra, a quien si se le han otorgado las garantías requeridas, como se ha acreditado".

6. Una vez relatado *in extenso* todo el proceso que dio lugar a esta acción, solicitan el amparo de sus derechos constitucionales y, que en consecuencia se ordene a la empresa accionada que previamente a la venta que se "prentende realizar" de (...) S.A. a un inversionista extranjero, se otorguen a la Caja de Auxilios y Prestaciones que cubre las pensiones de jubilación de los afiliados a ella, las garantías necesarias para la integración del ciento por ciento (100%) del cálculo actuarial anual, a fin de poder cumplir con el pago oportuno de las pensiones.

Adicionalmente, solicitan se comunique a las Superintendencias Bancaria y de Sociedades, para que verifiquen el cumplimiento de la decisión que se adopte por vía de tutela.

(...)

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

(...)

2. El asunto que se debate

La Asociación Colombiana de Aviadores Jubilados de la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC "AJUCAX", y los pensionados demandantes afiliados a la misma asociación, acudieron a la acción de tutela en busca de la protección de sus derechos constitucionales a la se-

guridad social, en conexidad con la vida, la salud, la igualdad y el pago oportuno de las pensiones de jubilación, para lo cual solicitan se ordene a la empresa (...) S.A., la constitución de las garantías necesarias para la integración del ciento por ciento (100%) del cálculo

Una vez relatado *in extenso* todo el proceso que dio lugar a esta acción, solicitan el amparo de sus derechos constitucionales y, que en consecuencia se ordene a la empresa accionada que previamente a la venta que se "prentende realizar" de (...) S.A. a un inversionista extranjero, se otorguen a la Caja de Auxilios y Prestaciones que cubre las pensiones de jubilación de los afiliados a ella, las garantías necesarias para la integración del ciento por ciento (100%) del cálculo actuarial anual, a fin de poder cumplir con el pago oportuno de las pensiones.

actuarial anual, a favor de la Caja de Auxilios y Prestaciones Caxdac, con el objeto de contar con los recursos suficientes que permitan el pago oportuno de las pensiones de jubilación. Esta solicitud fue coadyuvada por Caxdac, entidad que fue vinculada al proceso con posterioridad a la admisión de la acción de tutela, por tratarse de la entidad a cuyo cargo está el pago de las mesadas pensionales de los accionantes.

En este escenario, la Corte debe determinar en primer lugar la procedencia de la acción de tutela contra la empresa accionada, dado su carácter privado, para lo cual en primer lugar se deberá establecer el elemento de subordinación de los demandantes en relación con (...) S.A. Luego de ello, se procederá a verificar la circunstancia de indefensión que alegan los accionantes, frente a la eventual "venta" de la empresa accionada, respecto del pago futuro de sus pensiones de jubilación.

3. La acción de tutela frente a particulares.

3.1 La acción de tutela fue concebida por el Constituyente de 1991, como un medio que tiene cualquier persona para acudir ante los jueces, para reclamar la protección de sus derechos fundamentales cuando éstos hayan sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Se trata de una acción subsidiaria y residual, a la cual se puede acudir ante la ausencia de otro mecanismo de defensa judicial, o cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable, evento en el cual es procedente como mecanismo transitorio. Este mecanismo constitucional de protección de derechos constitucionales fundamentales, también procede contra particulares cuando ellos se encarguen "[d]e la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión", casos en los cuales corresponde a la ley regular esas situaciones (C.P. art. 86). En ese sentido, el artículo 42, numeral 4, del Decreto 2591 de 1991, estableció entre otras, la procedencia de la acción de tutela contra particulares "Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización".

La jurisprudencia que este Tribunal Constitucional ha sostenido en relación con la acción de tutela contra particulares, que a partir del cambio de concepción que la Constitución de 1991 ha significado frente a los principios y derechos en ella consagrados, no se trata solamente de enunciados retóricos sino de verdaderas normas jurídicas contenidas en un solo texto de obligatorio cumplimiento para los individuos que se encuentren en territorio colombiano, sean estos nacionales o extranjeros (C.P. art. 4). Precisamente, recogiendo la jurisprudencia constitucional frente al tema que ahora nos ocupa, esta Corporación señaló lo que a continuación se trae a colación. Dijo la Corte:

"El respeto de los derechos fundamentales en sociedades integradas no por individuos libres e iguales sino por grupos sociales en los que ciertas posiciones generan supremacía social, convierte el principio de igualdad ante la ley en una declaración formal. Las situaciones de preeminencia social resultado de relaciones dispares que rompen el ideal de la autonomía de la voluntad que descansa en el principio de relaciones entre particulares en términos de igualdad, paridad y simetría, se traducen en posibilidad de abuso. Basta con hacer referencia a las posibilidades internas o externas en las que los grupos sociales pueden establecer condiciones que refuercen su posición preeminente. Desde el punto de vista interno, el establecimiento de medidas sancionadoras contra individuos aislados por ejemplo, en los centros educativos concede a la parte dominante facultades absolutas

para delimitar el comportamiento de los miembros de la comunidad. Desde la perspectiva externa la imposición de condiciones a otros grupos que tienen la necesidad o la obligación a someterse por ejemplo, las cláusulas exorbitantes en los contratos con los particulares que prestan servicios públicos, hacen de la asimetría que surge de la necesidad una auténtica posición de poder privado.

La responsabilidad de proteger los derechos fundamentales trasciende así, la clásica relación entre individuos y autoridades públicas, se preocupa no sólo por la protección de la libertad frente a la autoridad y se pregunta si los derechos fundamentales no pueden ser vulnerados por acción de los particulares y si frente a ese tipo de lesiones no debería extenderse el amparo. ¿Cuál es la eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares?

Las cláusulas generales que acompañan los desarrollos legales de los derechos se presentan en principio como las fuentes de protección de las libertades y garantías en las relaciones particulares. La legislación ordinaria se entiende como el desarrollo legal de los preceptos constitucionales sin embargo, la efectividad del derecho frente a terceros no es un problema de legislación ordinaria en la medida que no se trata de un asunto de desarrollo legal de los derechos fundamentales sino de la posibilidad de defensa ante posiciones sociales de privilegio que no son susceptibles de ser reglamentadas en forma general -imperio de la ley- y abstracta -como síntesis de expectativas-, cuando de lo que se trata es de discutir si las situaciones de poderes privados, de relaciones asimétricas entre particulares puede resultar que la autonomía de la personas subordinadas o indefensas quede reducida, en la realidad a un plano formal de igualdad ante la ley en tanto, la preeminencia que impone un poder privado pueda conculcar los derechos y libertades de quienes ocupan la posición más débil.

El reconocimiento de la eficacia directa de los derechos fundamentales contra particulares acarrea riesgos al debilitar el principio de legalidad, el principio de la autonomía de la voluntad privada, la libertad contractual y la seguridad jurídica. Razones por las que la aplicación de la protección de la efectividad directa de los derechos fundamentales frente a particulares, no puede ser ilimitada, por ello el artículo 86 de la Constitución establece la condición de subordinación o indefensión como criterios para precisar su alcance y eficacia.

La subordinación¹ ha sido definida por la doctrina constitucional como la condición de una persona que la hace sujetarse a otra o la hace dependiente de ella y, en esa medida, hace alusión principalmente a una situación derivada de una relación jurídica en virtud de un contrato de trabajo² o de las relaciones entre estudiantes y directivas del plantel educativo³ o la de los padres e hijos derivada de la patria potestad⁴.

El estado de indefensión no tiene origen en la obligatoriedad derivada de un vínculo jurídico sino en la situación fáctica de falta total o insuficiencia de medios físicos y jurídicos de defensa para resistir o repeler la agresión, amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales⁵. La indefensión no es una circunstancia que pueda ser analizada en abstracto, requiere de un vínculo entre quien la alega y quien infringe que permita asegurar el nexo causal y la respectiva vulneración del derecho fundamental".

3.2 Definida como está la condición de subordinación como requisito para la procedencia de la acción de tutela contra particulares, sea lo primero advertir que en el caso que se

1 Ver Sentencias T-473/00, T-708/00, T-710/00, T-747/00, T-751/00, T-754/00, T-755/00, T-759/00, T-760A/00, T-825/00, T-898/00, T-1015/00, T-1231/00, T-1234/00, T-1299/00, T-1305/00, T-1360/00, T-1454/00, T-1522/00, T-1561/00, T-1586/00, T-1590/00, T-1651/00, T-1658/00, T-1686/00, T-1750/00.

2 Ver Sentencia T-099 de 1993.

3 Ver Sentencia SU-641 de 1998.

4 Ver por ejemplo Sentencia T-009 y T-290 de 1993 y SU-519 de 1997.

5 Ver Sentencias T-537, T-605 y 573 de 1992, T-161, T-099, T-290 de 1993, T-190, T-498, T-003 y T-174 de 1994, T-379 y T-411 de 1995, T-375 de 1996, T-351 de 1997, T-801 de 1998 y T-172 y T-277 de 1999.

examina, la acción fue interpuesta por la Asociación Colombiana de Aviadores Jubilados de la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC "AJUCAX", conjuntamente con unos pensionados afiliados a la misma asociación, quienes solicitan, no para ellos, sino para la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC, la constitución de las garantías necesarias para la integración del ciento por ciento del cálculo actuarial anual, de suerte que dicha Caja cuente con los recursos necesarios para poder cumplir con el pago oportuno de las pensiones a su cargo.

Mediante Resolución No. 12477 de 1977, la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia reconoció la personería jurídica de dicha asociación, y aprobó los estatutos de la citada entidad, que tiene como uno de sus principales objetivos "la promoción y defensa de los derechos legales, extralegales y convencionales de sus afiliados. Se trata entonces, de una asociación de carácter civil, con personería jurídica, sin ánimo de lucro, razón por la cual, como lo adujo el apoderado de la entidad accionada, no tiene ninguna relación jurídica, ni de orden legal ni convencional, con (...) S.A., y por ello, carece de legitimidad activa para interponer la presente acción en contra de la empresa demandada.

No obstante, entre los socios activos afiliados a esa asociación se encuentran los jubilados que adquirieron el derecho a obtener la pensión de jubilación por servicios prestados a (...) S.A. y, que según se informa en el escrito de tutela, perciben esa prestación de la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles "CAXDAC", "de acuerdo con los aportes que por ley le remite entre otras la Empresa (...)".

Vinculada al proceso Caxdac, coadyuvó en su totalidad los presupuestos fácticos y jurídicos contenidos en la acción de tutela, por lo cual procede verificar si entre ella y la empresa accionada (...) S.A. existe alguna relación o vínculo jurídico, que permita deducir la existencia del elemento de subordinación que abra paso a la acción de tutela.

3.3 La Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC, creada por el Decreto-Legislativo 1015 de 1956 y la Ley 32 de 1961, es una entidad de seguridad social de derecho privado, administradora del régimen de transición de los aviadores y de las pensiones especiales transitorias, correspondientes a los aviadores civiles de las empresas de transporte aéreo.

Sin pretender realizar un estudio pormenorizado de la naturaleza jurídica de Caxdac, pues no es el objeto de esta sentencia, sí es preciso recordar que esa Caja es una entidad de seguridad social, que tiene por objeto el de asumir el pago de las pensiones de jubilación de los aviadores civiles y, que para el efecto cuenta con un patrimonio propio, constituido con el aporte de los afiliados y con los aportes que fije el Gobierno a cargo de las empresas de aviación⁶. Precisamente, esta Corporación en relación con las funciones atribuidas por la ley a Caxdac, en la Sentencia C-179 de 1997⁷, expresó que: "Entre las funciones asignadas a la Caja es importante destacar la relativa a la asunción del pago de las prestaciones sociales que por ley le corresponden a los aviadores civiles, prestaciones que dejarían de estar a cargo de las empresas de aviación civil una vez Caxdac las asumiera, de conformidad con sus reglamentos y con las normas dictadas por el gobierno, tratándose de ese específico aspecto".

6 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sección Primera. Sentencia de 11 de octubre de 1984. Rad. 10.810 M.P. Fernando Uribe Restrepo.

7 En esa oportunidad la Corte examinó la constitucionalidad del párrafo único del artículo 3° del Decreto 1283 de 1994 "Por el cual se establece el régimen de Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac", encontrándolo ajustado a la Constitución Política. M.P. Fabio Morón Díaz.

Ahora bien, en esa sentencia esta Corte recogiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, manifestó que los aportes realizados por las empresas con destino a Caxdac para el pago de las prestaciones correspondientes a los aviadores civiles, son verdaderos recursos parafiscales, con destinación específica, lo que se traduce en que no pueden ser utilizados para fines distintos de los previstos por la ley.

De las disposiciones legales que rigen a Caxdac, entre las cuales también se encuentran los Decretos 1282⁸ y 1283 de 1994, se observa que no existe una subordinación jurídica de Caxdac frente a (...) S.A., pues se trata de una entidad que tiene su propia personería jurídica, su propio objeto social y se rige por sus propios estatutos; y, como lo expresa el apoderado de la accionada, no tiene respecto de (...) S.A., créditos pensionales o laborales, sino obligaciones a su favor de orden parafiscal y, en ese sentido es el único acreedor de las dichas deudas, que por concepto de aportes para pensiones de sus jubilados debe efectuar (...) S.A. hacía el futuro.

Ahora, desde el punto de vista comercial, (...) S.A. no es sociedad matriz y por consiguiente ni Ajucax ni Caxdac, son subordinadas ni sociedades filiales. La primera de las nombradas, se encuentra conformada por personas naturales afiliadas libremente a dicha asociación, y la segunda, a su turno, es la entidad que por ministerio de la ley administra los recursos parafiscales con los cuales se pagan las pensiones de los aviadores civiles.

De las disposiciones legales que rigen a Caxdac, entre las cuales también se encuentran los Decretos 1282 y 1283 de 1994, se observa que no existe una subordinación jurídica de Caxdac frente a (...) S.A., pues se trata de una entidad que tiene su propia personería jurídica, su propio objeto social y se rige por sus propios estatutos; y, como lo expresa el apoderado de la accionada, no tiene respecto de (...) S.A., créditos pensionales o laborales, sino obligaciones a su favor de orden parafiscal y, en ese sentido es el único acreedor de las dichas deudas, que por concepto de aportes para pensiones de sus jubilados debe efectuar (...) S.A. hacía el futuro.

8 "Por el cual se establece el Régimen Pensional de los Aviadores Civiles".

3.4 No obstante lo anterior, desde el punto de vista de la seguridad social es claro que las pensiones de jubilación a que pueden tener derecho los pilotos que prestaron o prestan sus servicios a las compañías civiles de aviación, obtendrán el pago de esa prestación social por conducto de Caxdac, cuyo patrimonio para ese efecto se constituye con los aportes que obligatoriamente conforme a la ley, deberán transferirse por la empresa empleadora. En efecto, según dispone el artículo 3° del Decreto-Ley 1283, las reservas de jubilación de Caxdac, estarán conformadas entre otras por el "monto de las reservas por pagar de las empresas o empleadores a Caxdac, o déficit actuarial, conforme a este decreto".

Es de observar que si los pilotos civiles estuvieren afiliados al Instituto de Seguros Sociales, sus pensiones serían pagadas por esa entidad, y si el empleador no los hubiere afiliado la prestación correría a su cargo. Pero como la ley creó la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Caxdac, es esta entidad la encargada por el legislador de manejar y administrar las reservas de jubilación de los aviadores, como patrimonios independientes, con contabilidad separada y con mecanismos impuestos por la ley para asegurar su rentabilidad (art. 5° Decreto 1283/94). Es más, el propio legislador de manera expresa autorizó a Caxdac para repetir lo pagado en caso de incumplimiento por parte de las compañías de aviación encargadas de realizar el pago de los aportes parafiscales, y, con mayor razón podrán ejercer las acciones directas de cobro de esa obligación parafiscal. Téngase en cuenta además, que como se sabe, los recursos parafiscales son recursos públicos y "una técnica del intervencionismo económico legitimada constitucionalmente, -destinada a recaudar y administrar (directa o indirectamente) y por fuera del presupuesto nacional- determinados recursos para una colectividad que presta un servicio de interés general. Dicha técnica se utiliza, por ejemplo, para el fomento de actividades agrícolas, de servicios sociales como la seguridad social, de la investigación científica y del progreso tecnológico, que constituyen todos intereses de gremios o colectividades especiales, pero con una relevante importancia social. Es por esta razón que el Estado impone el pago obligatorio de la contribución y presta su poder coercitivo para el recaudo y debida destinación de los recursos. Se trata, en últimas, de la aplicación concreta del principio de solidaridad, que revierte en el desarrollo y fomento de determinadas actividades consideradas como de interés general".⁹

Significa entonces lo anterior, que (...) S.A. por ministerio de la ley se encuentra expresamente obligada a realizar los aportes necesarios, con los cálculos actuariales establecidos en la ley para garantizar el pago oportuno de las pensiones de los aviadores civiles afiliados a Caxdac. Esa obligación por ser establecida por la ley, no puede alterarse ni modificarse por acuerdos negociales privados, celebrados entre (...) S.A. o sus accionistas con terceros, ya sean estas personas jurídicas o naturales, pues ni aquella ni estos tienen potestad legislativa alguna. Dicho de otra manera, los particulares no pueden alterar o modificar, ni poner en riesgo normas de orden público sobre seguridad social que puedan causar perjuicios a los trabajadores, máxime si se tiene en cuenta que el artículo 48, incisos tercero y cuarto de la Constitución Política establece que:

"El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley. La seguridad social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de seguridad social para fines diferentes a ella".

9 Sent. C-040/93 M.P. Ciro Angarita Barón.

En ese orden de ideas, la Corte estima necesario precisar que al Estado corresponde por conducto de sus distintos organismos, ejercer el control y vigilancia necesarios para asegurar el cumplimiento integral de las obligaciones pensionales y si fuere el caso, imponer las sanciones correspondientes.

3.5 Si bien a juicio de la Corte la acción de tutela objeto de estudio no es procedente por no darse la condición de subordinación que se requiere para que la acción de tutela contra particulares sea viable como quedó explicado, lo cierto es que en el presente caso tampoco se da el elemento de la indefensión que alegan los accionantes, pues por una parte, no está acreditado en el proceso que (...) S.A. hasta el momento de la presentación de la acción de tutela, haya incumplido con el pago de las obligaciones parafiscales a su cargo; y, por otra, la ley otorga a Caxdac los mecanismos legales ordinarios para lograr el pago de los aportes parafiscales destinados al pago de las pensiones de los aviadores en caso de incumplimiento por parte de (...) S.A., pues, como se señaló, el artículo 8 del Decreto-Ley 1283 faculta a Caxdac para repetir contra la empresa incumplida por el valor de las pensiones reconocidas y pagadas.

Significa entonces lo anterior, que (...) S.A. por ministerio de la ley se encuentra expresamente obligada a realizar los aportes necesarios, con los cálculos actuariales establecidos en la ley para garantizar el pago oportuno de las pensiones de los aviadores civiles afiliados a Caxdac.

El hecho de que (...) S.A., se encuentre en un proceso de venta como lo afirman los accionantes o de reestructuración como lo sostiene el apoderado de la parte demandada, no implica a juicio de la Corte una amenaza de los derechos a la seguridad social de los pensionados afiliados a Caxdac, pues como ya se dijo, la empresa accionada por imperativo legal se encuentra en el deber jurídico de realizar los aportes necesarios para garantizar que Caxdac realice efectivamente el pago de las pensiones de jubilación a los pilotos civiles que hubieren adquirido ese derecho y los que en el futuro lo adquieran, pues es claro que ésta última entidad forma parte del Sistema de Seguridad Social que es único y, en consecuencia, es apenas un medio para que se materialice en este caso concreto la protección a que tienen derecho los trabajadores conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política y, en tal virtud, sea cual sea la negociación que adelante o pueda adelantar (...) S.A. en el futuro, no podrá eximirse del cumplimiento de la obligación de efectuar los aportes parafiscales que con ese preciso objeto le han sido impuestos por la ley. Es más, el Estado no puede ser indiferente ni omisivo con respecto al cumplimiento de las obligaciones pensionales que deben cancelarse por conducto de Caxdac, pero con los aportes parafiscales de (...) S.A., sino que ha de ejercer a través de las autoridades correspondientes la facultad de inspección y vigilancia necesaria y oportuna, e imponer si es del caso las sanciones correspondientes conforme a la ley, o de no ser así, asumir la responsabilidad que le corresponda conforme al artículo 90 de la Constitución Política, en armonía con lo preceptuado por el artículo 25 de la Carta en el cual se dispone que el trabajo gozará de la especial protección del Estado en todas sus modalidades, lo cual incluye desde luego no sólo a los trabajadores activos, sino a los trabajadores pasivos, lo que explica que el artículo 53 del Estatuto Superior en su inciso tercero preceptué que:

"El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales".

De conformidad con lo expuesto, la acción de tutela interpuesta resulta improcedente, y por ello, se confirmará la sentencia revisada, no sin antes prevenir para que el Estado, a través de sus organismos correspondientes, ejerza de manera eficaz la inspección y vigilancia que les corresponde, en orden a garantizar al cumplimiento oportuno de las obligaciones legales de la (...) S.A. para con la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, el 17 de septiembre de 2004.

SEGUNDO. PREVENIR al Ministerio de la Seguridad Social, a las Superintendencias Bancaria y de Sociedades, para que ejerzan de manera eficaz la inspección y vigilancia que les corresponde, en orden a garantizar al cumplimiento oportuno de las obligaciones legales de la (...) S.A. para con la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac.

(...).»

De conformidad con lo expuesto, la acción de tutela interpuesta resulta improcedente, y por ello, se confirmará la sentencia revisada, no sin antes prevenir para que el Estado, a través de sus organismos correspondientes, ejerza de manera eficaz la inspección y vigilancia que les corresponde, en orden a garantizar al cumplimiento oportuno de las obligaciones legales de la (...) S.A. para con la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac.

Conceptos

Almacenes generales de depósito - Archivos

Tarjeta débito. Cajeros automáticos. Cuenta corriente o de ahorro

Upac. Crédito de vivienda. Alivio. Banco de la República - UVR. Intereses. Reestructuración

*Relación de algunos conceptos proferidos por la Superintendencia Bancaria de Colombia
marzo - abril de 2005*

Almacenes generales de depósito - Archivos

Concepto 2004058477-1 del 7 de febrero de 2005

Síntesis: *Objeto social, operaciones. El manejo de mercancías y productos por parte de los almacenes generales de depósito no requiere previamente un contrato de depósito. El manejo de bienes incluye dentro del concepto de productos nacionales los archivos de una entidad.*

«(...) para efectos de contratar el servicio de técnica archivística, si los Almacenes Generales de Depósito pueden, en algunas oportunidades, en desarrollo de su objeto social reglado, realizar actividades¹ que no tengan un factor común o una relación directa con la actividad de depósito y sin que exista previamente un contrato de depósito suscrito entre las partes.

1. Objeto social de los Almacenes Generales de Depósito:

De acuerdo con el artículo 3º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -en adelante EOSF-, los Almacenes Generales de Depósito son sociedades de servicios financieros (instituciones financieras), los cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad.

Tales operaciones son, de acuerdo con los artículos 33, 34, 176 y 177 del EOSF, las siguientes:

a) Operaciones relativas a mercancías y productos nacionales o extranjeros:

- Depósito
- Conservación y custodia
- Manejo y distribución
- Compra y venta por cuenta de sus clientes.

b) Operaciones relativas a los certificados de depósito y bonos de prenda:

- La expedición de certificados de depósito y bonos de prenda.

c) Operaciones relativas a la intermediación aduanera:

- Tal operación se realiza únicamente respecto a las mercancías que vengán debidamente consignadas a ellos para realizar algunas de sus operaciones autorizadas.

d) Vigilancia de bienes dados en garantía sin tenencia por parte del acreedor.

e) Contratar por cuenta de sus clientes el transporte de las mercancías.

f) Otorgamiento de crédito directo a sus clientes con sus propios recursos o gestionarlo por cuenta de éstos para suplir los gastos que se produzcan y guarden relación con la prestación de sus servicios, diferentes de las tarifas de almacenamiento, sin que el total del crédito otorgado por el almacén sobrepase el 30%

1 Las actividades objeto de la invitación abierta No. 111 elaborada por la Fiduciaria son las siguientes: "(...) contratar el servicio de técnica archivística para crear, colocar en marcha, la organización, sistematización, digitación, recuperación, valoración, expurgación y depuración del archivo (fondo acumulado) de la entidad y la organización, selección, sistematización, digitación, recuperación, valoración, inventario, expurgación y depuración del archivo activo, semiaactivo y de gestión. Para lo anterior se deberá aplicar las Tablas de Retención Documental aprobadas por el Archivo General de la Nación para (...) S.A."

del valor de la respectiva mercancía, la cual se mantendrá depositada guardando siempre el porcentaje citado en relación con el monto o saldo del crédito pendiente.

Reseñado el objeto social de los Almacenes Generales de Depósito, procedemos a continuación a analizar si el servicio de técnica archivística de un archivo de una entidad puede ser objeto de alguna de las operaciones mencionadas en dicho inciso 1 del artículo 33 ibídem para efectos de determinar su viabilidad jurídica de acuerdo con la teoría de los estatutos especiales de los almacenes generales de depósito descrito ampliamente en el literal a), numeral 1.1 del capítulo 2, título V de la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia.²

Para el efecto, analizamos el objeto de la invitación No. 111 abierta por (...) a fin de enmarcarlo dentro de alguna de las operaciones descritas anteriormente, encontrando que en principio se ajustaría a la operación descrita en el literal a) anterior, es decir, a las operaciones relacionadas con el manejo "de mercancías y productos" descartándose las actividades de depósito, conservación, custodia o compra y venta.

2 a) Aplicación de los Estatutos Especiales a los Almacenes Generales de Depósito.

Los Almacenes Generales de Depósito se constituyen bajo la forma de sociedades anónimas, y su naturaleza de entidades auxiliares de crédito las hace sujetarse al principio de los estatutos especiales, según el cual su actividad principal no es de libre estipulación y se encuentra determinada por su régimen orgánico de estirpe legal.

El entorno legislativo en el cual deben estudiarse los denominados "estatutos especiales" se complementa con el artículo 2034 del Código de Comercio, de acuerdo con el cual las entidades sometidas al control permanente de la Superintendencia están obligadas a cumplir las disposiciones mercantiles en tanto en cuanto no pugnen con las normas imperativas de carácter especial, lo que significa que teniendo en cuenta su naturaleza de sociedades comerciales y, por lo mismo, la calidad de comerciantes a ellas atribuible, deben regirse principalmente por las normas de derecho privado establecidas en el Código de Comercio.

No obstante, la aplicación de las normas del estatuto mercantil cede ante la presencia de disposiciones especiales contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financie-

El objeto de la invitación es el siguiente:

"(...) contratar el servicio de técnica archivística para crear, colocar en marcha, la organización, sistematización, digitación, recuperación, valoración, expurgación y depuración del archivo (fondo acumulado) de la entidad y la organización, selección, sistematización, digitación, recuperación, valoración, inventario, expurgación y depuración del archivo activo, semiactivo y de gestión. Para lo anterior se deberá aplicar las Tablas de Retención Documental aprobadas por el Archivo General de la Nación para (...) S.A."

Posteriormente nuestro análisis se centró en determinar si el servicio de técnica archivística a realizarse en (...) (consistente en crear, colocar en marcha, la organización, sistematización, digitación, recuperación, valoración, expurgación y depuración del archivo (fondo acumulado) de la fiduciaria y la organización, selección, sistematización, digitación, recuperación, valoración, inventario, expurgación y depuración de su archivo activo, semiactivo y de gestión) serían actividades relacionadas con el manejo de mercancías y productos.

Para el efecto, traemos a colación la Circular Externa 35 de 1990 expedida por esta

ro tal y como lo prevé de manera expresa el citado artículo 2034. Pero obsérvese cómo ésta es una consecuencia del principio de la especialidad ya referido de manera general en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887.

El verdadero alcance de la expresión "estatutos especiales" también llamados "estatutos excepcionales", como se ha dicho, se circunscribe a que el régimen de cada intermediario constituye un parámetro que frente a la normativa general del código resulta ser, evidentemente especial más que excepcional y, de aplicación preferente. Es decir, cuando alguna norma del Código de Comercio se oponga a una de las especiales dictadas para las entidades financieras, se aplicará esta última.

El hecho de que los Almacenes Generales de Depósito tengan un régimen especial, no les quita la calidad de sociedades mercantiles, a pesar de desarrollar un objeto social restringido. Por ello es claro que no se puede afirmar que existen y se sujetan exclusivamente a un régimen especialísimo, cual es el contenido en el Decreto 356 de 1957, sino que deben acatar también las normas generales que regulan a las sociedades anónimas bajo las cuales se han constituido y que se hallan en el Código de Comercio.

Superintendencia mediante la cual se transcribió la parte fundamental de un concepto remitido a la Asobancaria en respuesta a varias peticiones relacionadas con una nueva concepción del negocio o capacidad legal de los almacenes generales de depósito, circular que fue parcialmente introducida en el capítulo 2, título V de la Circular Básica Jurídica 007 de 1996 expedida por esta Superintendencia, así:

"(...) b) Alcance del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Debe advertirse que, en los términos del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los almacenes "... tienen por objeto el depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y de productos de procedencia nacional o extranjera (...)", entre otras actividades, lo cual supone que ellas son principales e independientes entre sí; dicho de otra manera, no es el depósito una actividad necesaria para legitimar aquellas otras citadas en el artículo, salvo la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda al tenor del artículo 757 del Código de Comercio y los créditos otorgados con base en el numeral 5 del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ambos como consecuencia del depósito, las cuales pueden realizarse por los almacenes por expresa autorización legal y no por virtud de lo consignado en el artículo 99 del Código de Comercio.

Otra cosa muy diferente es que algunas de ellas sean ajenas -léase ajenas de acuerdo con la versión original de la Circular Externa 35 de 1990- al depósito, como ocurre básicamente con la conservación y custodia, con la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda y el otorgamiento de crédito; o, incluso, que todas las actividades descritas en dicho artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, puedan tener relación con el depósito como acto que lo complementa y/o desarrolla. Pero ni lo uno ni lo otro autoriza concluir que las actividades enunciadas como objeto de las empresas de Almacenes Generales de Depósito deban, para poder celebrarse legalmente, referirse al depósito; es decir, constituyen actividades autónomas que se relacionan entre sí en la

medida en que todas ellas encuentran en el depósito un factor común, pero no dependen de él.

Precisado lo anterior se puede concluir que:

1. Los Almacenes Generales de Depósito no pueden desarrollar operaciones principales distintas de las señaladas por la ley especial que los rige;
 2. No obstante lo anterior, cada actividad pueden desarrollarla los almacenes sin estar necesariamente ligadas al depósito, excepto para la expedición de certificados de depósito y bonos de prenda y otorgamiento de créditos con base en el numeral 5 del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;
 3. Los créditos sólo pueden concederse para los conceptos determinados en el numeral 5o. del artículo 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;
 4. Pueden desarrollar todos los actos conexos con su objeto social, en desarrollo de lo previsto en el Código de Comercio, pues así lo enseña el canon 2034 de dicho ordenamiento;
- (...)"

Así las cosas, concluimos en primera instancia que no es necesario que un Almacén General de Depósito suscriba previamente un contrato de depósito con su cliente para poder realizar el resto de actividades previstas en el inciso 1º del artículo 33 ibídem toda vez que ellas son actividades principales e independientes entre sí.³

3 En la Circular Externa 35 de 1990 se señala que la evolución de la legislación que ha regulado el tema del objeto social de los almacenes traía y conserva aún en nuestra legislación actual, un esquema de separación mediante la utilización de comas y artículos determinados, reforzando con ello la idea de autonomía que cada una de las actividades mencionadas tiene con respecto de las demás. La utilización de comas sirve para indicar la división de las partes de un enunciado y permite entender que las actividades de los almacenes constituyen por sí mismos objetos principales, con significado independiente y autónomo.

En segunda instancia tenemos que el Decreto 356 de 1957 introdujo varias modificaciones a la Ley 20 de 1921 creadora de los almacenes generales de depósito en el sentido de adicionar algunas operaciones autorizadas a dichos almacenes, entre las cuales rescatamos la de manejo de mercancías y productos.

Según la parte argumentativa de la Circular Externa 35 de 1990, "(...) la actividad de los almacenes generales de depósito no se circunscribe al simple concepto estático de guardar bienes y, en consecuencia, no gira solo alrededor del depósito sino que la misión fundamental de los mismos hace relación al concepto dinámico de movilización de bienes en una economía como se demuestra a continuación:

(...)

b) El Decreto 356 de 1957 introdujo los conceptos de manejo y distribución de bienes. La tesis según la cual todo lo que pueden hacer los almacenes generales de depósito gira alrededor del depósito, lleva a concluir que sobran en el texto de la ley los términos enunciados pues no se ve cómo se pudiera efectuar el manejo y distribución de mercancías y productos si dicho manejo y distribución sólo pudiera hacerse como consecuencia del depósito.

Por lo demás, los términos mencionados involucran el concepto de movilización físi-

ca que se opone desde el punto de vista lógico al concepto estático que implica el simple depósito.

(...)

Por último, si se estimara que todas las actividades que pueden desarrollar los almacenes generales de depósito tuviesen que girar alrededor del depósito de mercancías, sobraría la facultad que el artículo 14 del Decreto 356 de 1957 -léase literal i) del artículo 177 del EOSF- le otorga al Superintendente Bancario para autorizar nuevas operaciones a los almacenes y fijar sus requisitos, pues las operaciones que se pueden efectuar a las mercancías que se encuentran en depósito, tales como clasificación, reempaque, reparación, etc, son inherentes y derivados del depósito (...)."

Así las cosas, tenemos que en principio dentro del concepto de "manejo de bienes" cabría la actividad descrita en el objeto de la invitación

Así las cosas, concluimos en primera instancia que no es necesario que un Almacén General de Depósito suscriba previamente un contrato de depósito con su cliente para poder realizar el resto de actividades previstas en el inciso 1° del artículo 33 ibídem toda vez que ellas son actividades principales e independientes entre sí.

abierta por (...) S.A.

Por otro lado, el análisis debe continuar en el sentido de determinar si los bienes a manejar por el Almacén General de Depósito en el presente caso, esto es, los archivos de (...) S.A. se ajustan a lo que se debe entender por mercancías y productos de procedencia nacional o extranjera.

En este orden de ideas, encontramos que la Real Academia de la Lengua define el concepto mercancía como "cosa mueble que se hace objeto de trato o venta.", es decir, aquellas cosas susceptibles de estar en el tráfico comercial mientras que define al producto como aquellas "cosas producidas".

De acuerdo con todo lo anterior, concluimos que los Almacenes Generales de Depósito podrían desarrollar las actividades objeto de la invitación abierta por (...) S.A. siempre y cuando se cumplan los objetivos principales de la función archivística desarrollada sobre los archivos de las entidades públicas en general, entre los que se destacan los contemplados en el artículo 4 literales a) e i) de la Ley 594 de 2000.

Ahora bien, por *archivo* entiende la Real Academia de la Lengua que es un "conjunto ordenado de documentos que una persona, una sociedad, una institución, etc., producen en el ejercicio de sus funciones o actividades."

Por otro lado, encontramos que la Ley 594 del 14 de julio de 2000 por medio de la cual se dictó la Ley General de Archivos, se establecieron las reglas y principios generales que regulan hoy la función archivística del Estado, señalándose en su artículo 3 la definición de archivo, así:

"Conjunto de documentos, sea cual fuere su fecha, forma y soporte material, acumulados en un proceso natural por una persona o entidad pública o privada, en el transcurso de su gestión, conservados respetando aquel orden para servir como testimonio e información a la persona o institución que los produce y a los ciudadanos, o como fuentes de la historia."

Igualmente, en el artículo 14 *ibídem* se señala que "(...) La documentación de la administración pública es *producto* y propiedad del Estado, y éste ejercerá el pleno control de sus recursos informativos. Los archivos públicos, por ser un bien de uso público, no son susceptibles de enajenación." (Resaltado).

Bajo este contexto, tenemos que dentro del concepto de "productos nacionales" cabrían los archivos de (...) S.A.

De acuerdo con todo lo anterior, concluimos que los Almacenes Generales de Depósito podrían desarrollar las actividades objeto de la invitación abierta por (...) S.A. siempre y cuando se cumplan los objetivos principales de la función archivística desarrollada sobre los archivos de las entidades públicas en general, entre los que se destacan los contemplados en el artículo 4 literales a) e i) de la Ley 594 de 2000 así:

"(...) el disponer de la documentación organizada, en tal forma que la información institucional sea recuperable para uso de la administración en el servicio al ciudadano y como fuente de la historia;

Por lo mismo, los archivos harán suyos los fines esenciales del Estado, en particular los de servir a la comunidad y garantizar la efec-

tividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y los de facilitar la participación de la comunidad y el control del ciudadano en las decisiones que los afecten, en los términos previstos por la ley;

(...) Los archivos en un Estado de Derecho cumplen una función probatoria, garantizadora y perpetuadora; (...)"

Por último, encontramos que de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 14 de la Ley 594 de 2000, "la administración pública podrá contratar con personas naturales o jurídicas los servicios de depósito, custodia, organización, reprografía y conservación de documentos de archivo" señalándose igualmente en el parágrafo 3 del mismo artículo que corresponde al Ar-

chivo General de la Nación establecer los requisitos y condiciones técnicos y administrativos que deberán cumplir las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios.

En consecuencia, como esta Superintendencia ha opinado que los Almacenes Generales de Depósito pueden desarrollar este tipo de actividad, deben en todo caso dichas sociedades de servicios financieros cumplir los requisitos y condiciones establecidos por el Archivo General de la Nación para poder prestar los servicios de depósito, custodia, organización, reprografía y conservación de documentos de archivos públicos, actualmente contenidos en el Acuerdo 37 del 20 de septiembre de 2002 expedido por el Consejo Directivo del Archivo General de la Nación.»

Tarjeta débito - Cajeros automáticos - Cuenta corriente o de ahorro

Concepto 200406272-001 del 26 de enero de 2005

Síntesis: Tarifas de servicios financieros, regulación de tarifas en los contratos de depósito. Sus estipulaciones son de obligatorio cumplimiento para las partes. El establecimiento de crédito tiene la obligación de ofrecer a sus clientes depositantes una forma operativa eficiente y segura para que retiren sin costo sus recursos. Utilización de la tarjeta débito en la prestación de un servicio adicional o conexo a la obligación fundamental de restitución primaria de los recursos depositado., la tarifa que puede cobrarse habrá de estarse a lo estipulado por las partes en los contratos bancarios. Los límites y cuantía de los retiros diarios se fijan en los manuales y reglamentos internos de las entidades vigiladas a los cuales se adhieren sus clientes al suscribir los contratos de apertura de cuentas corrientes o de ahorro.

(...) pone en conocimiento una situación que se viene presentado con los cajeros automáticos de (...) respecto de las comisiones por retiro que se cobran cuando un cliente desea retirar el monto máximo diario permitido en los mismos, esto es, la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) pero los cajeros no permiten realizar una sola transacción y por ende el cobro de una sola comisión sino que obligan al usuario a retirar dicho monto de manera fraccionada en sumas de hasta \$300.000 cada vez.

"(...) pone en conocimiento una situación que se viene presentado con los cajeros automáticos de (...) respecto de las comisiones por retiro que se cobran cuando un cliente desea retirar el monto máximo diario permitido en los mismos, esto es, la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) pero los cajeros no permiten realizar una sola transacción y por ende el cobro de una sola comisión sino que obligan al usuario a retirar dicho monto de manera fraccionada en sumas de hasta \$300.000 cada vez, obligándola de esta manera a cancelar tres veces el valor de utilización del cajero para poder retirar el monto diario permitido por la entidad financiera.

A título ilustrativo y antes de entrar en materia, esta Superintendencia considera pertinente aclararle algunos aspectos generales relacionados con el tema de consulta, así:

a) Tarifas de los servicios financieros y facultades de la Superintendencia Bancaria:

En primer lugar, le informamos que dentro de las facultades asignadas a esta Superintendencia por el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹, no se encuentra la de regular o autorizar las tarifas que cobran las instituciones financieras a sus clientes por los diferentes servicios que prestan (entre ellos las cuotas de manejo² y aquellas comisiones derivadas de los servicios

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

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

accesorios a las operaciones de colocación y captación de recursos del público, tales como el uso de tarjetas crédito y/o débito, acceso a sistemas telefónicos, telemáticos, acceso a Internet, cobro de remesas, etc.), a lo que se suma el hecho de no existir normatividad alguna que unifique sus montos.

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

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

"Fundamento de lo anterior es la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 2 de mayo de 1968 con ponencia del doctor Guillermo Ospina Fernández, mediante la cual se declaró inexecutable el Decreto 1988 de 1966 que autorizaba a la Asociación Bancaria de Colombia para unificar las tarifas de comisiones por los servicios bancarios y a su vez, facultaba a la Superintendencia Bancaria para que aprobara dichas tarifas y vigilara el cumplimiento que las entidades le daban, so pena de imponer las sanciones legalmente previstas. Esta sentencia en uno de sus apartes afirma: '(...) es así que no existe ley alguna que autorice al Gobierno o a la Superintendencia bancaria para fijar las tarifas de los bancos para los servicios que prestan.(...)'.³

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

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

b) Regulación de tarifas en los contratos de depósitos:

De otra parte cabe señalar que no existe en las disposiciones especialmente aplicables a las instituciones vigiladas por esta Superintendencia, o en las que regulan los contratos bancarios de depósito tales como las cuentas de ahorro, corrientes o depósitos a término contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ni en las normas del Código de Comercio o Código Civil que regulan de manera general los contratos y obligaciones, alguna norma, ley, decreto o instrucción que autorice, faculte o limite el cobro de las tarifas que cobran nuestras entidades vigiladas por la prestación de sus servicios.

En este sentido, para que proceda el cobro de tales sumas de dinero, las mismas deberán originarse en una estipulación convencionalmente establecida entre las partes contratantes

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

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

en las cuales es válido establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar en que puede percibirse dicha remuneración así como también las bases de cuándo la misma puede ser exigida por el acreedor de la obligación estipulada, aspectos que indudablemente no están regulados expresamente en norma alguna.

Al respecto, resulta oportuno señalar que todo convenio o contrato necesita para su nacimiento del acuerdo de voluntades de las partes interesadas en perfeccionarlo. Esa facultad de los contratantes para determinar a su entero arbitrio y sin más restricción el alcance y efectos del negocio que celebran constituye la autonomía de la voluntad privada, principio según el cual los particulares tienen la más amplia libertad para pactar las reglas que más convengan a sus propósitos y regir así los vínculos que entre ellos se creen.

Por ello, no en vano manifiesta la doctrina: "(...) En materia de contratos, la suprema ley es la voluntad de las partes, ella es la que dicta el derecho (...) ⁵ y explica que nuestro Código Civil al postular en el artículo 1602 que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes" conlleva como consecuencia lógica que el mismo no podrá "ser destruido sino por un acuerdo unánime de las partes, es decir, por su mutuo disenso (mutuum dissensus), o por causas legales. De suerte que, por principio, una de las partes no puede dejar sin efecto la convención que ha contribuido a formar, porque su sola voluntad es insuficiente para ello". ⁶

En todo caso, todas aquellas inquietudes que se susciten en torno del alcance de las obliga-

ciones pactadas, esto es, las derivadas del vínculo contractual establecido entre una entidad vigilada y su clientela, deberán dilucidarse directamente por las partes involucradas en el asunto en cuestión con sujeción a los lineamientos plasmados en el documento en que se haya instrumentado.

Aplicando lo expuesto a los contratos de depósito, entre los cuales se encuentra el contrato de cuenta de ahorros, tenemos que sus estipulaciones son de obligatorio cumplimiento para las partes de acuerdo con lo indicado en el artículo 1602 del Código Civil siempre que no sean contrarias a normas de orden público económico, no siendo posible modificar unilateralmente las

Así las cosas, el deber de restituir al cliente los dineros depositados en su cuenta de ahorros es la principal y fundamental obligación que surge de la ejecución del respectivo contrato, de tal suerte que los gastos (administrativos u operativos) en que pudiera incurrir el depositario por su cumplimiento en modo alguno pueden ser trasladados al ahorrador depositante.

5 A. Alessandri, M. Somarriva. Derecho Civil, Contratos. Tomo I. Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1988, página 27.

6 G. Ospina Fernández (+), E. Ospina Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Quinta edición Actualizada, Temis, Bogotá, 1998, página 318.

condiciones inicialmente estipuladas, toda vez que nadie puede quedar obligado sino en virtud de una declaración de voluntad.

c) Cobro de comisiones por el retiro de dinero a través de cajeros automáticos:

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

Así las cosas, el deber de restituir al cliente los dineros depositados en su cuenta de ahorros es la principal y fundamental obligación que surge de la ejecución del respectivo contrato, de tal suerte que los gastos (administrativos u operativos) en que pudiera incurrir el depositario por su cumplimiento en modo alguno pueden ser trasladados al ahorrador depositante.

Lo anterior por cuanto se estima que los costos en que incurre el banco para cumplir con la obligación esencial del depósito de dinero correspondiente a la restitución de los dineros depositados por sus clientes se entienden retribuidos o compensados con el 'spread' o margen de intermediación que obtiene el establecimiento de crédito como fruto de su labor de captación y colocación de dineros del público.

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

En cuanto a la tarjeta débito, es conveniente señalar que este es un documento plástico que un establecimiento de crédito expide al titular de una cuenta a la vista, de ahorros o corriente, para que a través de ella realice operaciones, entre otras, debitar de sus fondos las sumas retiradas por intermedio de un cajero automático o un punto de pago.⁷

En el contrato de cuenta de ahorros, la emisión de tal documento es posible en la medida en que el numeral 6 del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero consagra

7 "Cajeros automáticos: medios electrónicos a través de los cuales las entidades financieras ofrecen a sus ahorradores y cuentahabientes la posibilidad de realizar diversas transacciones como una extensión del servicio más allá del lugar donde están físicamente ubicadas las sucursales o agencias. Estos cajeros normalmente se encuentran programados para realizar, entre otras, las siguientes operaciones: retiros en efectivo, transferencias de fondos de una cuenta a otra, depósito en cheque, pagos de servicios públicos, abonos a tarjetas de crédito y consultas de saldos.

Puntos de pago: en estos centros o puntos de lectura de las tarjetas débito se puede cancelar el valor de bienes y servicios, mediante el correspondiente débito de la cuenta del titular, para posteriormente transferir la suma cancelada a la cuenta del establecimiento de comercio que los vende. (Oficio 1998014397-2 del 17 de abril de 1998).

En otras palabras, el banco depositario está obligado a suministrar un mecanismo de retiro de los dineros depositados sin costo para el depositante, tales como atención por ventanilla en oficinas o tarjetas para ser utilizadas en dispensadores electrónicos de dinero (cajeros) y otros puntos de lectura.

que "Con excepción de lo dispuesto en el artículo 126 numeral 2, ningún establecimiento bancario podrá pagar depósitos de ahorros, o una parte de ellos, o los intereses, sin que se presente la libreta u otra constancia de depósito y se haga en ella el respectivo asiento al tiempo del pago, salvo en aquellos casos en que el pago se produzca mediante la utilización por parte del usuario de un medio electrónico que permita dejar evidencia fidedigna de la transacción realizada. (...)."

En el contrato de cuenta corriente bancaria, la emisión de tal documento es posible en la medida en que el artículo 1382 del Código de Comercio consagra que "por el contrato de depósito en cuenta corriente bancaria el cuentacorrentista adquiere la facultad de consignar sumas de dinero, y cheques en un establecimiento bancario y de disponer, total o parcialmente, de sus saldos mediante el giro de cheques o en otra forma previamente convenida con el banco."

De lo anterior se evidencia que la propia ley consagró la posibilidad de que las instituciones bancarias implementen mecanismos electrónicos que cumplan con la misma finalidad de una libreta de ahorros, esto es, dejar constancia y evidencia fidedigna de la entrega de los depósitos a sus ahorradores, siendo uno de ellos el sistema de tarjetas débito por medio de las cuales se pueden efectuar retiros en cajeros automáticos y demás puntos de lectura.

Ahora bien, si la utilización de la tarjeta débito por parte del cliente bancario es la prestación de un servicio adicional o conexo a las obligaciones esenciales acabadas de describir para los contratos de depósito de dinero, que como vimos anteriormente no pueden generarle costo alguno al cliente bancario, y a falta de regulación legal expresa sobre la tarifa que podría cobrar el banco por el ofrecimiento de dicho servicio adicional o conexo a la obligación fundamental de restitución primaria de los recursos depositados, habrá de estarse a lo estipulado por las partes en los respectivos contratos bancarios respecto de las mismas, siempre y cuando ellas correspondan a la prestación efectiva de un servicio adicional o conexo al depósito de dinero que justifique su pago, tal como acaece por ejemplo con las comisiones o similares que los bancos cobran a su clientela por la utilización adicional de cajeros automáticos o dispensadores de dinero, como un servicio adicional a la forma operativa sin costo para el cliente que todo establecimiento de crédito debe ofrecer a sus usuarios para cumplir debidamente con su obligación esencial de restituir los dineros depositados.

En otras palabras, el banco depositario está obligado a suministrar un mecanismo de retiro de los dineros depositados sin costo para el depositante, tales como atención por ventanilla en oficinas o tarjetas para ser utilizadas en dispensadores electrónicos de dinero (cajeros) y otros puntos de lectura.

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

d) Límites de retiros por día y cuantía de los mismos:

Sobre el particular, encontramos que las condiciones específicas que regirán el manejo de las tarjetas débito "(...) tales como entrega al cliente, procedimiento a seguir en caso de extravío, comisión que generan, devolución, etc., no se encuentran establecidas en normas de carácter legal o en instructivos impartidos por la Superintendencia Bancaria, sino que las mismas son fijadas por cada entidad en sus manuales y reglamentos internos y estipuladas en los respectivos contratos de apertura de cuenta de ahorros -o cuenta corriente-, según el caso.

En tal sentido, resulta importante recordar que el vínculo que surge entre un banco y los titulares de sus cuentas derivan de la celebración de un negocio jurídico en el cual se establecen las obligaciones que surgen a cargo de las partes, obligaciones que deberán ser respetadas durante el tiempo de vigencia del mismo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil. (...).⁸

Así las cosas, en relación con los cupos de retiro diario y los límites de cuantía por cada retiro, encontramos que en el numeral 8 del capítulo 1 del título II de la Circular Básica Jurídica 007 de 1996 expedida por esta Superintendencia relacionada con las reglas relativas a las transacciones a través de tarjetas de crédito y débito, terminales, cajeros automáticos, puntos de servicio en oficina y establecimientos comerciales, se estableció en el numeral 8.5 lo siguiente: "(...) Definición de límites en las cuantías. Cuando quiera que las entidades que expiden tarjetas débito por razones de seguridad deseen establecer límites por cuantía o monto al uso diario de tarjetas débito para pagos en establecimientos autorizados, deberán contar con autorización previa del titular de la cuenta a debitar y determinar dicho monto o cuantía de acuerdo con las instrucciones que para el efecto imparta dicha persona. En tal sentido, las entidades no pueden fijar límites por cuantía de manera unilateral al uso de tarjetas débito para pago en establecimientos autorizados."

En conclusión, tenemos que los límites de utilización de los cajeros de nuestras entidades vigiladas por parte de sus usuarios son condiciones fijadas por cada entidad en sus manuales y reglamentos internos, a los cuales se adhieren sus clientes al momento de suscribir los respectivos contratos de apertura de la cuenta de ahorros o corriente, según el caso, condi-

8 Superintendencia Bancaria, oficio 2001010105-1 del 5 de marzo de 2001.

ciones que bajo ninguna circunstancia podrán ser modificadas unilateralmente por parte de banco.

e) Libertad contractual para contratar servicios financieros:

Respecto de la libertad contractual, este Despacho expresó en el oficio 2000044902-1 del 24 de julio de 2000 lo siguiente:

"(...) Ahora bien, pese a que la gran mayoría de los contratos celebrados entre las entidades financieras y su clientela son de adhesión, ello en modo alguno desvirtúa que las obligaciones y derechos que surgen para las partes necesariamente deben originarse en un acuerdo de voluntades, el cual constituye ley para los contratantes de conformidad con lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil.

'Conforme al presupuesto legal expuesto, toda persona natural o jurídica con capacidad de goce y de ejercicio puede legalmente, adquirir derechos y contraer obligaciones para asumir la realización de hechos, prestaciones o la simple abstención de las mismas. De igual manera, en virtud del presupuesto de la autonomía de la voluntad, por el cual una persona tiene la potestad y el libre albedrío de contratar u obligarse con otra, cada individuo tiene plena facultad de autorregularse en materia de negocios y obligaciones, con la libertad de escoger con quien contratar en sus transacciones particulares.

Por consiguiente, los usuarios del sistema financiero deben, antes de firmar el contrato de cuenta corriente, informarse suficientemente acerca de los requisitos, derechos y obligaciones que enmarcarán sus relaciones jurídico-comerciales con el establecimiento bancario, a fin de adoptar la decisión que más le resulte apropiada con sus intereses, habida cuenta que la prestación de los servicios bancarios, determinan y fundamentan el cobro y otorgamiento de una serie de servicios que son ofrecidos en paquete por cada entidad, y ante los cuales el cuenta corrientista debe estar atento para aceptar o rechazar al momento de abrir la cuenta, gozando de la opción de acudir ante otro de los establecimientos bancarios que autorizados por esta Superintendencia, ofrezcan los mismos servicios en las condiciones que el cliente requiera'.⁹

Bajo este contexto, se considera que un servicio prestado por una institución financiera a un cliente presupone la existencia de una oferta por parte de la misma y de una aceptación del segundo, de tal suerte que el cobro que al respecto se efectúe en el convenio y en la efectiva prestación del servicio correspondiente, siendo indiferente si anteriormente la entidad cobraba o no por el mismo, pues, se reitera, lo importante es que el usuario sea previamente informado con el propósito de que decida si acepta o se abstiene de continuar con el servicio. (...)"

Bajo los anteriores parámetros, si revisado el contrato de depósito de ahorros celebrado con el establecimiento de crédito Usted advierte alguna irregularidad con lo anteriormente anotado, Usted podrá acudir a la Subdirección de Protección y Servicio al Cliente de esta Superintendencia y/o al Defensor del Cliente de la respectiva entidad, (...) ¹⁰, para que se inicien las respectivas investigaciones relacionadas con el caso descrito.»

9 Oficio 1998005106 del 9 de febrero de 1998.

10 El defensor del cliente del Banco (...).

Upac - Crédito de vivienda - Alivio - Banco de la República - UVR - Intereses - Reestructuración

Concepto 2005017144-1 del 8 de abril de 2005

Síntesis: *Aplicación de abonos resultantes de reliquidación de créditos de vivienda a saldos vigentes en 31 de diciembre de 1999. Los abonos se deben aplicar a saldos de crédito expresados en pesos y no en UPAC. Reliquidación en el caso de créditos en mora. Consideración de los abonos ordinarios y extraordinarios en procesos de reliquidación como movimientos registrados durante la vida del crédito. La reliquidación de los créditos de vivienda obligatoriamente debió tener en cuenta el valor de la UPAC calculado y divulgado por el Banco de la República. Los valores de cotización de la UVR deben ser los registrados en la Resolución 2896 de 1999 incorporando en el cálculo los cuatro decimales en ella previstos. Los pagos registrados en las reliquidaciones deben corresponder al histórico de pagos y contabilizarse en las fechas en que se efectuaron. Causación y liquidación de intereses. Reestructuración de un crédito, definición; requisitos que deben verificarse para las solicitudes de reestructuración de créditos.*

«(...) plantea algunas inquietudes en relación con el procedimiento de reliquidación y aplicación de alivios previsto en la Ley 546 de 1999 y en la Circular Externa 007 de 2000 proferida por esta Entidad.

En primer lugar, debemos advertir que la respuesta a su comunicación se formulará de manera general y a título simplemente ilustrativo, circunscribiéndola al cumplimiento del objetivo inherente a la función de atender las consultas que eleven los particulares ante este organismo y que versen sobre las materias a su cargo¹. En ese sentido, es importante anotar que la tarea asignada a la Superintendencia Bancaria para tales efectos tiene como propósito que ésta emita una opinión o dictamen de orden estrictamente dídactico sobre el tema puesto a su consideración², sin que de modo alguno dicho pronunciamiento implique el definir obligaciones, establecer derechos puntuales o fijar las consecuencias que se deriven de determinada actuación.

Por otro lado no puede perderse de vista que la Superintendencia Bancaria de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993 con sus modificaciones y adiciones), es un orga-

1 El literal e) del numeral 3 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (modificado por el artículo 79 de la Ley 795 de 2003) establece como función de esta Superintendencia la de "Absolver las consultas que se formulen relativas a las instituciones bajo su vigilancia y decidir las solicitudes que presenten los particulares en ejercicio del derecho de petición de información.

2 El derecho de petición en la modalidad de formulación de consultas, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, "tiene por objeto obtener un parecer, un dictamen o una opinión sobre determinada temática por parte de las autoridades competentes. Se trata sin lugar a dudas de una labor eminentemente pedagógica a cargo de las entidades públicas, la cual busca ilustrar a los particulares sobre temas propios de su órbita de competencia, sin que la respuesta que se emita obligue o sea de imperativo cumplimiento para sus destinatarios" Superintendencia Bancaria, concepto No. 1999029601-6 del 15 de octubre de 1999.

nismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al que le corresponde ejercer funciones en su condición de máxima autoridad de vigilancia y control de las entidades que integran los sistemas financiero, asegurador y previsional del país, las cuales se encuentran determinadas en el numeral 2 del citado artículo. Así, dentro de las funciones y facultades que tiene este Organismo de Control se encuentra la consagrada en el literal a) del numeral 3 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero³ el cual otorga a esta Entidad la función de instrucción en los siguientes términos:

"a) Instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación".

En ejercicio de la anterior función legal este Organismo de Control ha proferido diferentes circulares, las cuales son actos administrativos orientadores del cumplimiento de la ley que tienen la finalidad señalada por el legislador, esto es, indicar a las entidades vi-

giladas la forma como deben cumplir la normatividad que regula su actividad o fijar criterios o procedimientos que faciliten

su acatamiento, lo cual se traduce en que cuando dicha facultad se ejerce tiene siempre un fundamento legal.

En ejercicio de la anterior función legal este Organismo de Control ha proferido diferentes circulares, las cuales son actos administrativos orientadores del cumplimiento de la ley que tienen la finalidad señalada por el legislador, esto es, indicar a las entidades vigiladas la forma como deben cumplir la normatividad que regula su actividad o fijar criterios o procedimientos que faciliten su acatamiento, lo cual se traduce en que cuando dicha facultad se ejerce tiene siempre un fundamento legal.

Tales instrucciones como actos administrativos que son se encuentran revestidos de la presunción de legalidad y, por lo tanto, son de obligatorio cumplimiento para las entidades vigiladas mientras se encuentren vigentes o hasta tanto sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa⁴. En este sentido ha señalado el Consejo de Estado "(...) las resoluciones, instrucciones, circulares, etc., proferidas por la Superintendencia Bancaria en desarrollo de la facultad de inspección y vigilancia que le ha sido adscrita por la ley, constituyen actos administrativos de carácter general,

amparados por la presunción de legalidad, y son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades vigiladas (sic) al control y

3 El artículo citado fue modificado por la Ley 795 de 2003.

4 Artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

vigilancia de la Superintendencia Bancaria (...)"⁵.

Así pues, la Circular Externa No. 007 del 27 de enero de 2000 es un acto administrativo de carácter general y abstracto que tiene como destinatarios los representantes legales y revisores fiscales de los establecimientos de crédito sometidos a la inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia, expedida como lo indica su encabezado "Con el fin de aclarar algunas dudas que se han presentado a raíz de la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999 y sus decretos reglamentarios (...) en cuanto al régimen de transición previsto en el Capítulo VIII de la norma". Así a través de la citada circular se instruyó a los establecimientos de crédito, entre otros aspectos, respecto de procedimiento de reliquidación y aplicación de alivios en los créditos otorgados para la financiación de vivienda individual a largo plazo, con el fin de facilitar el cumplimiento de lo ordenado a los establecimientos de crédito en los artículos 40, 41 y 42 de la Ley 546 de 1999.

Valga destacar que el Consejo de Estado mediante sentencias del 27 de noviembre de 2002⁶ y del 27 de febrero de 2003⁷ declaró la legalidad de la mencionada circular con excepción de los numerales 1) y 2) que contenían la definición de "créditos al día" y "créditos en mora". En tal virtud, la Circular Externa 007 de 2000 no sólo goza de la presunción de legalidad sino que ya fue objeto de pronunciamiento por parte de la citada autoridad jurisdiccional en los cuales se declaró su legalidad con excepción de los numerales citados; en tal virtud, insistimos, el instructivo en cita es un acto administrativo de obligatorio cumplimiento para las entidades vigiladas.

Sin perder de vista las anteriores precisiones procedemos a absolver cada uno de los

En tal virtud, la Circular Externa 007 de 2000 no sólo goza de la presunción de legalidad sino que ya fue objeto de pronunciamiento por parte de la citada autoridad jurisdiccional en los cuales se declaró su legalidad con excepción de los numerales citados; en tal virtud, insistimos, el instructivo en cita es un acto administrativo de obligatorio cumplimiento para las entidades vigiladas.

interrogantes en el mismo orden formulado insistiendo en que las consideraciones que a continuación se exponen sobre cada uno de los temas planteados se efectuarán en forma general.

"1. ¿Está acorde con lo preceptuado legal y reglamentariamente que el valor del abono resultante de la reliquidación de un crédito de vivienda individual a largo plazo, se le aplique al saldo real en UPAC registrado por la contabilidad de la entidad financiera como adeudado a 31/12/99, o se le puede aplicar a un saldo diferente".

5 Consejo de Estado, Sentencia del 18 de octubre de 1994, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M.P. Delio Gómez Leyva, Exp. 5256.

6 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M.P. Lilia López Díaz (Rad. 11001-03-27-000-2000-0913-01-11354).

7 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, M.P. María Inés Ortiz Barbosa (Rad. 11001-03-27-000-2001-0325-01-12712).

"2. ¿Contradice lo preceptuado legal y reglamentariamente que el abono resultante de la reliquidación de un crédito de vivienda individual a largo plazo, se aplique al saldo UVR resultante de la misma? ¿Esta forma de aplicación del abono, implicaría que al crédito se le aplique un abono mayor al que el Gobierno Nacional le concedió?".

Antes de dar respuesta a las anteriores preguntas resulta necesario establecer la finalidad buscada por el legislador al consagrar el procedimiento de reliquidación y la aplicación de unos alivios a los créditos vigentes al 31 de diciembre de 1999 otorgados por los establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo en la Ley 546 de 1999. A este respecto se advierte que debido a la crisis ocasionada con el sistema UPAC y los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia⁸, se hizo necesaria la expedición de un cuerpo normativo que regulara íntegramente el tema, en el cual se incorporaron unas medidas transitorias para subsanar la situación presentada con el sistema de financiación de vivienda.⁹

Es así como la metodología de la reliquidación consagrada en los artículos 40 y siguientes de la citada ley para obtener el cálculo de los alivios que se aplicarían para esta clase de créditos no hizo otra cosa distinta que ordenar el recálculo de los préstamos sustituyendo la anterior unidad de poder adquisitivo constante "UPAC" por la nueva unidad de valor real "UVR", con el propósito de eliminar el ingrediente de intereses del DTF incorporado en el cálculo de la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC) y que fue declarado nulo por el Consejo de Estado¹⁰.

En otros términos, con el procedimiento previsto en la ley se buscó eliminar el incremento causado en los créditos por la inclusión de la DTF en el cálculo de la UPAC para lo cual se ordenó reliquidar tales obligaciones teniendo en cuenta la Unidad de Valor Real "UVR" creada por la ley y cuyo

cálculo se basa exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor I.P.C. certificado por el DANE¹¹. En tal sentido, se expresó en la exposición de motivos de la Ley de Vivienda, en el aparte relacionado con el procedimiento de reliquidación, que: "(...) Se busca fundamentalmente moderar el crecimiento de los saldos de las deudas para hacerlos compatibles con la evolución de la capacidad de pago de los deudores y concentrar esta ayuda en los deudores de menores ingresos (...) los saldos de la deuda se reducirán un monto igual a la resultante de la diferencia entre la corrección monetaria que hubiere resultado de aplicar la UVR y la corrección monetaria efectivamente pagada (...). Es importante recalcar que este abono que hace el Gobierno a las entidades de crédito en beneficio

8 Véase sentencias Corte Constitucional C-383, C-700, C-747 todas de 1999.

9 En tal sentido señala la exposición de motivos de la Ley 546 de 1999 al referirse al régimen de transición consagrado en la ley lo siguiente: "*Las causas que llevan a la actual crisis del sistema de financiación de vivienda han sido ampliamente estudiadas; dentro de ellas se destacan la caída de los precios de la vivienda, deudas que exceden la capacidad de pago de los deudores, vulnerabilidad de los establecimientos de crédito a captaciones inestables y una ausencia de marco jurídico. Como resultado, los actores del sistema de vivienda: deudores, intermediarios, ahorradores y el Estado enfrentan una situación de evidente y acelerado deterioro en los más importantes indicadores del sistema: la cartera morosa ha alcanzado índices superiores al 14% (...)*". Publicada en Gaceta del Congreso No. 371 del martes 12 de octubre de 1999.

10 Sobre este tema debe tenerse en cuenta que el Consejo de Estado en sentencia del 21 de mayo de 1999, exp. 9280 declara la nulidad del art. 1º de la Resolución Externa 18 de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República que determinaba los factores determinantes para realizar el cálculo de la UPAC. Así mismo, la Sentencia C-383 de la Corte Constitucional declaró inexecutable un aparte contenido en el literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992. A su turno el Consejo de Estado en sentencia del 21 de mayo de 1999, exp. 9280 declara la nulidad del art. 1º de la Resolución Externa 18 de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República que determinaba los factores determinantes para realizar el cálculo de la UPAC.

11 El artículo 3º de la Ley 546 de 1999 define la Unidad de Valor Real como "*una unidad de cuenta que refleja el poder adquisitivo de la moneda, con base exclusivamente en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE*".

del deudor implica necesariamente una reducción en las cuotas, lo cual hará más llevadero el servicio de la deuda y de esta manera protegerá la propiedad de la vivienda" (Gaceta del Congreso No. 371 del 12 de octubre de 1999).

Sin perder de vista la anterior precisión y para absolver las inquietudes antes trascritas debe tomarse en consideración que los artículos 41 y 42 de la Ley 546 de 1999 al referirse a los abonos de los créditos al día y en mora para los créditos otorgados por los establecimientos de crédito para la financiación de vivienda individual a largo plazo, disponen expresamente el procedimiento aplicable a efectos de generar el valor del abono, señalando el primer artículo citado que "Los abonos vigentes a que se refiere el artículo anterior se harán sobre los saldos vigentes a 31 de diciembre de 1999 (...)", para lo cual *"el establecimiento de crédito tomará el saldo en pesos a 31 de diciembre de 1999 de cada uno de los préstamos"*¹² (resaltamos).

Luego, conforme a lo señalado en el numeral 2 de la norma en estudio, deberá reliquidarse "el saldo total de cada uno de los créditos, para cuyo efecto utilizará la UVR que para cada uno de los días comprendidos entre el 1° de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999, publique el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (...)".

Atendiendo las anteriores disposiciones y para dar cumplimiento a las mismas, la Circular Externa 007 de 2000 proferida por este Organismo de Control señaló el procedimiento de reliquidación y aplicación de alivios que debían adelantar los establecimientos de crédito respecto de cada uno de los préstamos, en los siguientes términos:

"4) Proceso de reliquidación

"Se toma el saldo del crédito a 31 de diciembre de 1992, o el monto desembolsado si el crédito fuere posterior a dicha fecha, así:

"a) Para créditos denominados en UPAC:

"i) Si el crédito fue desembolsado con anterioridad al 1° de enero de 1993, se toma el saldo en UPAC a 31 de diciembre de 1992 y se convierte a pesos con base en la cotización de la UPAC en esa fecha. El resultado se divide por el valor en pesos de la UVR correspondiente al 1° de enero de 1993.

"ii) Si el crédito fue desembolsado con posterioridad al 1° de enero de 1993, se toma el saldo en UPAC a la fecha del desembolso y se convierte a pesos utilizando la cotización de la UPAC en esa misma fecha. El resultado se divide por el valor en pesos de la UVR de ese día.

"b) Para créditos denominados en moneda legal colombiana:

"i) Si el crédito fue desembolsado con anterioridad al 1° de enero de 1993, se divide el saldo en pesos a 31 de diciembre de 1992, por el valor en pesos de la UVR el 1° de enero de 1993.

"ii) Si el crédito se desembolsó con posterioridad al 1° de enero de 1993, se divide el monto del mismo, en la fecha del desembolso, por el valor en pesos de la UVR de ese día.

"El número de UVR resultantes de aplicar lo indicado en los literales a) y b), según sea el caso, constituye el monto o saldo inicial del crédito para efectos de la reliquidación.

"(...)".

Luego de indicar los pasos a seguir para la aplicación de los pagos y movimientos registrados durante la vida del crédito y la tasa de interés, continúa la circular:

"Efectuada la reliquidación en la forma descrita, incluido el crédito otorgado por Fogafin, cuando fuere el caso, se establecerá la diferencia en moneda legal colombiana entre el saldo registrado por la entidad a 31 de diciembre de 1999 y el que para esa misma fecha se haya obtenido con el proceso de reliquidación. La diferencia entre uno y otro es el valor del abono que le corresponde a cada crédito y que se aplicará a la deuda contraída con el establecimiento de crédito".

12 Numeral 1 del artículo 41 de la Ley 546 de 1999.

Resumiendo: a través del procedimiento de reliquidación dispuesto por la Ley 546 de 1999 e instruido por esta Entidad en la circular en cita, reiteramos, se buscó sustituir el valor de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) que se utilizaba para la liquidación de cada una de las cuotas de los créditos otorgados para financiar vivienda y que incorporaba un componente de intereses, como atrás se expresó, por el valor de la Unidad de Valor Real UVR creada por la Ley 546 de 1999, que solo incorpora o tiene en cuenta, como también atrás se expresó, en su cálculo exclusivamente la variación del índice de precios al consumidor (I.P.C.) certificado por el DANE y determinada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la Resolución 2896 de 1999. Llevado a cabo el anterior proceso en la forma señalada en la circular, según se

tratara de créditos denominados en UPAC o en pesos, debían las entidades proceder a establecer la diferencia en pesos entre el saldo registrado por la entidad a 31 de diciembre de 1999 y el obtenido con la reliquidación. Esa diferencia resultante expresada en moneda legal equivalía al valor del abono que se debía aplicar al saldo de la obligación en pesos a 31 de diciembre de 1999, conforme lo ordena la ley.

En este sentido la Subdirección de Actuaría de esta Entidad¹³ manifestó: "El monto del alivio de reliquidación corresponde a la diferencia entre el saldo histórico en pesos a 31 de diciembre de 1999 y el saldo obtenido en la reliquidación expresado en pesos al mismo corte, si el crédito estaba al día (...). Por lo expuesto, al alivio no se aplica al saldo de la reliquidación sino al saldo histórico".

Con base en lo ordenado por la ley y reiterado en la circular en estudio, se concluye que los establecimientos de crédito debieron aplicar los abonos resultantes del procedimiento de reliquidación de los créditos otorgados para la financiación de vivienda individual a largo plazo a los saldos vigentes al 31 de diciembre de 1999. En esta medida resultaría contrario al mandato legal y a las instrucciones contenidas en la Circular Externa 007 de 2000 la aplicación del abono resultante a un saldo diferente, advirtiendo que ese saldo debe expresarse en pesos y no en UPAC o en una unidad diferente.

"3. Esta acorde con lo preceptuado legal y reglamentariamente el hacer la reliquidación de un crédito de vivienda individual a largo plazo que esté en mora a 31 de diciembre de 1999, sin hacer la simulación de las cuotas que para esa fecha estén en mora? ¿Es necesario de conformidad con lo ordenado por la Superintendencia Bancaria, en la Circular Externa 007 de 2000, hacer la simulación de dichas cuotas?".

Con base en lo ordenado por la ley y reiterado en la circular en estudio, se concluye que los establecimientos de crédito debieron aplicar los abonos resultantes del procedimiento de reliquidación de los créditos otorgados para la financiación de vivienda individual a largo plazo a los saldos vigentes al 31 de diciembre de 1999.

13 Memorando Interno de la Subdirección de Actuaría a la Dirección Jurídica de la Superintendencia Bancaria de fecha marzo 30 de 2005.

En tratándose de créditos en mora la circular en mención señaló:

"Créditos en mora a 31 de diciembre de 1999

Para la reliquidación de los créditos que se encontraban en mora a 31 de diciembre de 1999, se utilizará el procedimiento antes descrito, asumiendo para cada fecha de amortización de las cuotas que se encuentren atrasadas a 31 de diciembre de 1999, que el pago efectivamente se hizo, como si el deudor no hubiere incurrido en estas moras. Este mismo cálculo se hará por el sistema inicialmente contratado, de manera que a 31 de diciembre de 1999, se obtenga el saldo que el crédito hubiere tenido en UPAC o en pesos de haberse atendido oportunamente su amortización. Los dos saldos se compararán y la diferencia entre uno y otro será el alivio a que el deudor moroso tiene derecho.

En este caso, la circular remite al procedimiento de reliquidación, advirtiendo en el texto que subrayamos que deberá "asumirse" para cada fecha de las cuotas atrasadas a 31 de diciembre de 1999 que el pago se hizo efectivamente, esto significa "hacer una simulación" como si el crédito se hubiera atendido puntualmente y la mora nunca se hubiera presentado. En tal virtud, no sólo desconoce la instrucción citada, sino que contradice el procedimiento señalado por esta Entidad el no llevar a cabo la reliquidación con la simulación anotada.

"4. ¿Contradice lo preceptuado legal y reglamentariamente el que en la reliquidación de un crédito de vivienda a largo plazo se consideren los abonos del Fogafín y los abonos extras hechos por el deudor al crédito, como un cobro en exceso hecho por la entidad financiera?"

Establecido el monto o saldo inicial del crédito para llevar a cabo la reliquidación conforme lo señala el numeral 4) de la circular y a que se alude en la respuesta a su segunda inquietud, continúa el instructivo diciendo:

"La reliquidación se hará a partir dicho monto o saldo inicial, y de ahí en adelante se tomarán uno a uno los pagos realizados por el deudor en cada una de las fechas en que se hicieron, tal como si el crédito efectivamente desde su inicio se hubiera denominado en unidades de valor real. Los pagos se aplicarán teniendo en cuenta lo siguiente:

"a) Movimientos registrados durante la vida del crédito: Del valor de cada amortización ordinaria o extraordinaria en pesos se descontarán los cobros por concepto de primas de seguros y la porción de intereses moratorios, si fuere el caso. Hecho los descuentos anteriores, el monto en pesos resultante se divide por el valor de la UVR correspondiente a la fecha de cada pago y esa cantidad de UVR serán las que se abonarán al saldo del crédito. Esto se hará sucesivamente para cada uno de los movimientos que aparezcan registrados durante la vida del crédito hasta el 31 de diciembre de 1999. Por ejemplo, si se hiciera un abono extraordinario, en la fecha de ese registro se hará la operación descrita para conocer exactamente cuál fue el monto del pago y en cuánto se redujo la obligación por efecto del mismo. Igualmente, si la entidad financiera hubiere ampliado el crédito mediante nuevos desembolsos, en las fechas de tales desembolsos se hará la conversión a UVR para determinar el nuevo saldo".

Atendiendo lo anterior, la reliquidación deberá llevarse a cabo partiendo de ese monto o saldo inicial y tomando cada uno de los pagos realizados por el deudor como si se hubiese denominado en UVR. Para ello del valor de cada amortización ordinaria o extraordinaria en pesos, tal como lo preceptúa la circular, deberá hacerse los descuentos que correspondan para luego convertir el monto resultante en UVR las cuales serán las que se abonen al préstamo. A título de ejemplo la instrucción señala cómo proceder en caso de abono extraordinario.

Los créditos otorgados por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras "Fogafín" en desarrollo de lo dispuesto por los artículos 11 y 12 del Decreto 2331 de 1998, deberán tenerse en cuenta para efectos de determinar el saldo total de la obligación, pues así lo ordena el inciso 2º del numeral 1 del artículo 41 de la Ley 546 de

1999. En igual sentido la circular señaló que para la reliquidación debería incluirse el crédito otorgado por Fogafin, advirtiendo que "la reliquidación correspondiente al crédito de Fogafin se abonará al saldo del préstamo con el establecimiento de crédito".

Al tenor de lo ordenado por la circular y frente a su inquietud, se advierte que en el procedimiento de reliquidación reglamentado por la circular tantas veces citada, deberán considerarse los abonos tanto ordinarios como extraordinarios efectuados por el deudor como movimientos registrados durante la vida del crédito. Adicionalmente y si existe un crédito otorgado por el Fogafin en los términos del decreto en cita, la ley ordena tomarlo en consideración para determinar el saldo de la obligación para lo cual la reliquidación de dicho crédito se abonará al crédito otorgado por la entidad vigilada.

"5. Sírvase informar si a las sumas que, producto del proceso de reliquidación, resultan como canceladas en exceso período a período (comparación entre el UPAC y el UVR), hay que calcularle por aparte unos rendimientos adicionales o si por el contrario esta compensación ya está implícita en la reliquidación reglamentada por la Superintendencia Bancaria".

En punto a esta inquietud (...) el procedimiento de reliquidación ordenado por la Ley 546 de 1999 ordenó la sustitución de la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC) por la Unidad de Valor Real (UVR) sin que tal proceso implicara un recálculo de intereses, rendimientos u otros conceptos. En esta medida y tal como se lee en el literal a) transcrito en la respuesta precedente y para efectos de llevar a cabo el procedimiento de reliquidación y alivios previsto en la Ley 546 de 1999, la circular ordena tomar el valor de cada amortización, descontarle los cobros por concepto de seguros e intereses de mora -si a ello hay lugar- y el monto resultante en pesos dividirlo por el valor de la UVR de cada fecha de pago, siendo esa cantidad de UVR resultante la que se debe apli-

car al saldo del crédito. Este proceso deberá aplicarse respecto de todos los movimientos registrados durante la vida del crédito.

Así, es claro que ni la ley ni el instructivo ordenaron el cálculo de unos rendimientos adicionales, en otras palabras, como lo señala en su pregunta, la compensación ordenada por la ley ya está implícita en el procedimiento de reliquidación reglamentado por la Superintendencia Bancaria.

"6. El Banco de la República certificó hasta su vigencia (31/12/99) la cotización diaria de la UPAC y la Resolución Externa 2896 de 1999, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público certificó el valor de la cotización de la UVR para el período comprendido entre el 1° de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999. ¿Sírvase indicar si éstos valores a la luz de lo preceptuado legal y reglamentariamente son de obligatorio acatamiento para el proceso de reliquidación de los créditos de vivienda individual a largo plazo?"

Tanto el valor de la cotización de la UPAC calculado y divulgado por el Banco de la República hasta el 31 de diciembre de 1999 (último día de existencia de la citada unidad) en desarrollo de sus atribuciones legales¹⁴ como el valor en pesos de la UVR certificado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la Resolución No. 2896 de 1999, son los valores que debieron tener en cuenta obligatoriamente las entidades vigiladas al momento de adelantar el procedimiento de reliquidación previsto en la Ley 546 de 1999 y la Circular Externa 007 de 2000.

En efecto, conforme a lo ordenado por el numeral 2 del artículo 41 de la citada ley corresponde a los establecimientos de crédito reliquidar el saldo total de la obligación "para cuyo efecto utilizará la UVR que para cada uno de los días comprendidos entre el 1°

14 Artículo 20 de la Ley 31 de 1992.

de enero de 1993 y el 31 de diciembre de 1999, publique el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con la metodología establecida en el Decreto 856 de 1999". Es de anotar que el Consejo de Estado en sentencia del 1º de octubre de 2002, se pronunció respecto de la legalidad de la citada resolución.

En igual medida y comoquiera que de acuerdo con lo previsto en la Ley 31 de 1992 correspondía al Banco de la República el cálculo y divulgación de la UPAC hasta el último día de su existencia, tales valores son los que obligatoriamente debieron tener en cuenta las entidades para la aplicación del procedimiento de reliquidación a que venimos aludiendo.

Utilizar valores diferentes a los anotados contraría abiertamente las disposiciones legales.

"7. ¿Contradice lo preceptuado legal y reglamentariamente el que en la reliquidación de los créditos de vivienda individual a largo plazo se utilicen cotizaciones de UVR con sólo 2 decimales y no los 4 decimales que señala el Ministerio de Hacienda? ¿Se afecta el resultado de la reliquidación al no tomar los valores con todos los decimales que estableció la referida entidad?".

(...) el numeral 2 del artículo 41 de la Ley 546 de 1999 ordenó utilizar los valores de equivalencia de la UVR señalados en la Resolución 2896 de 1999, los cuales, como usted lo afirma, se encuentran expresados en cuatro decimales. Así pues, se entiende que el mandato legal ordenó la aplicación de los valores conforme a la equivalencia consagrada en la norma, esto es, tomando en su integridad los valores allí expresados con todos sus dígitos y no solo unos cuantos.

Para dar cumplimiento a la ley las entidades debieron emplear los valores publicados con los cuatro dígitos, en un caso contrario es claro que no se está atendiendo en su integridad el precepto legal en comento. A este respecto señaló la Subdirección de Actuaría "Los valores de cotización de la unidad de valor real deben ser los registrados en la Resolución 2896 de 1999 (con cuatro decimales). Al trabajarse con valores aproximados o truncados se pierde precisión en el resultado"¹⁵.

Para cualquier persona medianamente ilustrada es claro que entre más decimales se utilicen en un cálculo matemático más exacto es el resultado.

"8. Acata lo preceptuado legal y reglamentariamente la reliquidación que utiliza fechas de pago diferentes de aquellas en las que realmente pagó el deudor?".

En igual medida y comoquiera que de acuerdo con lo previsto en la Ley 31 de 1992 correspondía al Banco de la República el cálculo y divulgación de la UPAC hasta el último día de su existencia, tales valores son los que obligatoriamente debieron tener en cuenta las entidades para la aplicación del procedimiento de reliquidación a que venimos aludiendo.

¹⁵ Memorando cit.

"9. Acata lo preceptuado legal y reglamentariamente la reliquidación que aplica valores diferentes (superiores e inferiores) a los efectivamente cancelados por el cliente? ¿Altera esta situación el resultado real de la reliquidación?".

Para absolver las inquietudes precedentes basta remitirnos al siguiente aparte que trae la Circular Externa 007 de 2000:

"La reliquidación se hará a partir de dicho monto o saldo inicial, y de ahí en adelante se tomarán uno a uno los pagos realizados por el deudor en cada una de las fechas en que se hicieron (...)".

En igual sentido el literal a), numeral 4 de la circular, el cual señala el procedimiento a seguir para la aplicación de cada uno de los pagos (...) el mismo se aplicará "sucesivamente para cada uno de los movimientos que aparezcan registrados durante la vida del crédito".¹⁶

De la lectura de los anteriores apartes se deduce sin ninguna duda que para llevar a cabo correctamente el proceso de reliquidación de los créditos al día¹⁷ se debieron tomar cada uno de los pagos efectivamente realizados por el deudor por el valor exacto cancelado y en la fecha en que el pago realmente se produjo y, en general, todos los movimientos registrados durante la vida del crédito. En virtud de ello, resulta contrario a las

De la lectura de los anteriores apartes se deduce sin ninguna duda que para llevar a cabo correctamente el proceso de reliquidación de los créditos al día se debieron tomar cada uno de los pagos efectivamente realizados por el deudor por el valor exacto cancelado y en la fecha en que el pago realmente se produjo y, en general, todos los movimientos registrados durante la vida del crédito.

instrucciones citadas utilizar fechas de pago diferentes a las reales o valores distintos a los que efectivamente se cancelaron, pues, se insiste, tal proceder contraría abiertamente lo ordenado por la Circular. Frente a estas inquietudes la Subdirección de Actuaría de esta Superintendencia manifiesta: "Los pagos registrados en las reliquidaciones deben corresponder al histórico de pagos, su monto no se debe afectar porque generaría errores en el proceso. En caso de no pago, se deben seguir las instrucciones para pagos ficticios"¹⁸.

"10. Acata lo preceptuado legal y reglamentariamente la reliquidación que, en caso de haberse realizado en un mismo mes varios pagos por el deudor, en fechas diferentes, contabiliza estos en una misma fecha? ¿O por el contrario estos deben ser contabilizados en cada una de las fechas en que fueron realizados?".

So pena de resultar reiterativos se advierte que utilizar un procedimiento diferente al dispuesto en la circular a que nos hemos referi-

16 Aparte del literal a), numeral 4 de la Circular Externa 007 de 2000 expedida por la Superintendencia Bancaria.

17 En el caso de créditos en mora la circular señala que se debe llevar a cabo una simulación de las cuotas atrasadas.

18 Memorando cit.

do o desconocer alguno o algunos de los pasos a seguir, no sólo desconoce las instrucciones impartidas para el efecto las cuales, como se expuso al inicio de la presente comunicación, se encuentran vigentes y son de obligatorio acatamiento para las vigiladas, sino que se altera el resultado del proceso de reliquidación.

Para dar respuesta (...) basta nuevamente remitirnos al aparte que dispone: "se tomarán uno a uno los pagos realizados por el deudor en cada una de las fechas que se hicieron" (resaltamos). La anterior instrucción es lo suficientemente clara para entender que los pagos efectuados por el deudor se debieron tomar en las fechas en que efectivamente se llevaron a cabo y no en otras distintas como lo señala en su pregunta. En consecuencia, como lo señala el memorando dirigido por la Subdirección de Actuaría: "Los pagos se deben contabilizar en las fechas en que realmente se efectuaron, no es correcto un reemplazo de varios pagos por una sumatoria de los mismos"¹⁹.

"11. Está acorde con lo preceptuado legal y reglamentariamente el que la reliquidación de un crédito de vivienda se elabore asumiendo para algunos períodos que los montos de pago del mismo son los informados por la entidad bancaria en el extracto para el próximo pago y no el realmente pagado por el deudor en el período liquidado?".

(...) la circular señala expresamente que se deben tener en cuenta los pagos efectuados por el deudor en cada una de las fechas en que efectivamente se realizaron.

"12. Está acorde con lo preceptuado legal y reglamentariamente el que la reliquidación de un crédito de vivienda se haga calculando los intereses con base en períodos iguales de treinta días, así ésta no sea la fecha real de pago? ¿O por el contrario para la liquidación de los intereses se debe trabajar con períodos que van de fecha de pago real a fecha de pago real, así no sea la pactado, debido a que el deudor cancela su cuota en fechas posteriores a la pactada?".

Sobre el tema debe tenerse en cuenta que los períodos de causación y liquidación de intereses de las cuotas de los créditos otorgados para la financiación de vivienda responden a lo que se haya pactado en el respectivo contrato. Sin embargo, al llevar cabo la liquidación de los mismos deberá tenerse en cuenta la fecha de pago real de las cuotas, pues es claro que si el deudor efectúa el pago del instalamento antes del período de causación pactado en el respectivo contrato, la liquidación de los intereses deberá hacerse teniendo en cuenta el tiempo real de utilización del dinero.

En caso contrario, esto es, cuando el pago de la cuota se haga después del período de causación pactado en el contrato, deberán liquidarse los intereses remuneratorios según el período pactado (V. Gr. Mensual), teniendo en cuenta además que por los días posteriores a la fecha de pago se causa el interés de mora estipulado en el contrato.

"13. A quienes les es permitido intervenir en la reestructuración del crédito? ¿Cuál es la definición de esta figura y que (sic) se requiere para ella?".

Sobre este tema es pertinente señalar que no existe definición legal sobre lo que debe entenderse por reestructuración de un crédito. Sin embargo, dentro de nuestra competencia, la Superintendencia Bancaria en el subnumeral 2.2.1.1 del Capítulo Segundo de la Circular Externa 100 de 1995 (Circular Básica Financiera y Contable) define la anterior figura en los siguientes términos, aclarando el subnumeral siguiente que no se consideran reestructuraciones los alivios crediticios ordenados por las leyes como sucedió con los ordenados por la Ley 546 de 1999²⁰.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ En efecto, el subnumeral 2.2.1.2 del Capítulo Segundo de la Circular Externa 100 de 1995 proferida por esta Entidad dispone: "No se considerarán reestructuraciones los alivios crediticios ordenados por leyes, como fue el caso de los establecidos en la Ley 546 de 1999".

"Se entiende por reestructuración de un crédito cualquier mecanismo excepcional, instrumentado mediante la celebración y/o ejecución de cualquier negocio jurídico, que tenga por objeto modificar las condiciones originalmente pactadas con el fin de permitirle al deudor la atención adecuada de su obligación ante el real o potencial deterioro de su capacidad de pago. Para estos efectos, se considerarán reestructuraciones las novaciones".

Tal como se desprende de la definición transcrita, la refinanciación o reestructuración de créditos constituye un negocio jurídico en el cual deben intervenir las partes contractuales (acreedor y deudor), ya que tiene como finalidad la modificación de alguna o varias de las condiciones contenidas en el contrato inicialmente celebrado.

En punto a los créditos otorgados para la financiación de vivienda individual a largo plazo, debe tenerse en cuenta que a partir de la expedición de la Ley 546 de 1999, el artículo 20 impuso a los establecimientos de crédito la obligación de enviar a todos sus deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda una información clara y comprensible en la cual se incluya, como mínimo, una proyección²¹ de los intereses del crédito a pagar en el próximo año y los que se cobrarán con las cuotas mensuales, de acuerdo con las instrucciones de la Superintendencia Bancaria de Colombia²². Adicionalmente, señaló la norma en mención que con base en la anterior información y durante los dos primeros meses de cada año, los deudores podrán solicitar a la institución financiera respectiva la reestructuración del crédito²³.

Respecto de la citada norma se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-955 de 2000²⁴ en cuya parte resolutive declaró su exequibilidad "en el entendido de que la reestructuración del crédito pedida por el deudor dentro de los dos primeros meses de cada año, si hay condiciones objetivas para ello, debe ser aceptada y efectuada por la institución financiera. En caso de controversia sobre tales condiciones objetivas, decidirá la Superintendencia Bancaria".

Atendiendo lo dispuesto por la citada Corporación y en desarrollo de la facultad de instrucción señalada en la ley, esta Superintendencia estableció en el numeral 12 del Capítulo Cuarto, Título Tercero de la Circular Básica Jurídica -Circular Externa 007 de 1996- los supuestos que deben verificar las entidades al evaluar las solicitudes de reestructuración de crédito que presenten los deudores en los siguientes términos:

"Para el ejercicio por parte de los deudores de la prerrogativa prevista en el artículo 20 de la Ley 546 de 1999, norma cuya exequibilidad fue condicionada por la Sentencia N° C-955/2000 proferida por la H. Corte Constitucional, la entidad acreedora al momento de hacer la evaluación de la solicitud de reestructuración de una obligación de este tipo, deberá

21 De acuerdo con el artículo 20 en mención, dicha proyección se debe acompañar de los supuestos que se tuvieron en cuenta para efectuarla, indicando expresamente que "los cambios en tales supuestos, implicarán necesariamente modificaciones en los montos proyectados".

22 Las instrucciones en esta materia se encuentran contenidas en el numeral 6.3 del Capítulo Cuarto, Título Tercero de la Circular Externa 007 de 1996 – Circular Básica Jurídica.

23 De acuerdo con la norma tal solicitud debe tener como propósito ajustar el plan de amortización a la real capacidad de pago del deudor para lo cual se podrá ampliar el plazo inicialmente previsto para el pago de la obligación hasta treinta (30) años.

24 En cuanto a la citada norma la Corte manifiesta en el análisis que lleva a cabo en la parte considerativa lo siguiente: "El precepto debe ser entendido y aplicado en armonía con la parte final del artículo 20 de la Ley 546 de 1999, y con el condicionamiento que a él introduce esta Corporación. Allí se indica que, con base en la información clara y comprensible que deberán recibir los deudores de créditos individuales hipotecarios, en la cual está comprendido el tema de los intereses a pagar anualmente, los que se cobrarán con las cuotas mensuales en el mismo período, podrán solicitar a los establecimientos de crédito acreedores, durante los dos primeros meses de cada año calendario, la reestructuración de sus créditos para ajustar el plan de amortización a su real capacidad de pago, pudiéndose, de ser necesario, ampliar el plazo inicialmente previsto para su cancelación total. Lo cual condicionará esta Corte, en punto de su exequibilidad, en el sentido de que *las entidades financieras no pueden negarse a la reestructuración solicitada si se dan las condiciones objetivas para ello*". (se resalta).

verificar que se cumplan los siguientes requisitos para que resulte viable la reestructuración:

"a) Que la primera cuota del crédito una vez reestructurado, que esté dispuesto a pagar el deudor, en ningún caso represente más del treinta por ciento (30%) de los ingresos familiares, de conformidad con el Decreto 145 de 2000.

"b) Que el saldo de la obligación a la fecha de solicitud de la reestructuración no exceda el setenta por ciento (70%) del valor del inmueble o el ochenta por ciento (80%) tratándose de vivienda de interés social.

"El valor del inmueble se establecerá mediante avalúo técnico realizado por profesionales, personas naturales o jurídicas, inscritos en el Registro Nacional de Avaluadores conformado por la lista de las entidades autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, de conformidad con el Decreto 422 de 2000.

"c) Que el plazo contemplado para reestructurar la obligación no supere treinta (30) años, contados a partir de la fecha del desembolso del crédito.

"d) Que el reporte de endeudamiento con el sector financiero permita concluir que el deudor está en capacidad de cumplir con la obligación hipotecaria de vivienda.

"e) (...) "²⁵ El requisito establecido en este literal no se encuentra vigente dado que fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 27 de noviembre de 2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Cuarta, C.P. Ligia López Díaz (Rad. 11001-03-27-000-2000-0913-01-11354).

"f) Que no existan embargos sobre la garantía a la fecha de solicitud de la reestructuración.

"g) Que el deudor no se encuentre tramitando un proceso concursal.

"h) Que la solicitud de reestructuración del crédito sea presentada dentro de los dos primeros meses de cada año calendario y sea suscrita por todos los obligados, así como los documentos a través de los cuales se instrumente la obligación.

"Lo anterior, debe entenderse sin perjuicio de la facultad que tiene la entidad acreedora de acordar con sus deudores reestructuraciones de un crédito en cualquier momento, de acuerdo con la percepción de riesgo que en cada caso se tenga".

Como se deduce del anterior entorno legal, los deudores de los créditos otorgados para financiación de vivienda individual a largo plazo se encuentran facultados para solicitar la reestructuración de sus acreencias dentro del plazo fijado en la norma, pero solamente en el evento en que se acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos por la circular transcrita para determinar la viabilidad de la reestructuración, las entidades deberán proceder a reestructurar el crédito, conforme al pronunciamiento de la Corte Constitucional en Sentencia C-955 de 2000 a que antes se aludió.»

25 Señalaba el literal e) lo siguiente: "Que la entidad no haya presentado demanda ejecutiva en contra del deudor por la obligación respecto de la cual se solicita la reestructuración".

*RELACIÓN DE ALGUNOS CONCEPTOS PROFERIDOS RECIENTEMENTE
POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA
MARZO – ABRIL DE 2005*

Actividad aseguradora

Contrato de seguros. Fraccionamiento y provisión de primas.

Concepto 2004053918-3 del 11 de marzo de 2005.

Agencia de seguros

Régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Concepto 2004054891-4 del 16 de marzo de 2005.

Banco Ganadero

Naturaleza jurídica.

Concepto 2005005689-8 del 28 de marzo de 2005.

Captación masiva y habitual

Condiciones para su configuración. Intermediación financiera.

Concepto 2005008841-5 del 7 de abril de 2005.

Cartera

Reglas de alineamiento o arrastre.

Concepto 2005016856-1 del 19 de abril de 2005.

Casas de cambio

Lavado de activos; reglas mínimas que deben observar las entidades en el diseño de sus sistemas de prevención y control.

Concepto 2005005534-2 del 15 de abril de 2005.

CDT

Liquidación de intereses; descuento de retención en la fuente.

Concepto 2004012876-2 del 7 de abril de 2005.

CISA

Central de inversiones. S.A. Objeto.

Concepto 2005005326-3 del 10 de marzo de 2005.

Concepto 2005014485-2 del 1 de abril de 2005.

Créditos de vivienda

Disposiciones generales. Régimen de financiación. Vivienda de interés social.

Concepto 2005010218-2 del 15 de marzo de 2005.

Ley 546 de 1999. Procedimiento para su reliquidación. Circular Externa 007 de 2000.

Concepto 2005017144-1 del 8 de abril de 2005.

Reliquidación de créditos; requisitos.

Concepto 2005003879-2 del 4 de marzo de 2005.

Concepto 2005007117-2 del 1 de abril de 2005.
Concepto 2005014936-3 del 1 de abril de 2005.
Concepto 2004060067-4 del 15 de abril de 2005.

Cheque

Canje; restricción de negociabilidad.
Concepto 2005001053-7 del 2 de marzo de 2005.

Cheques fiscales; banco librado obligaciones de carácter legal.
Concepto 2005016030-2 del 25 de abril de 2005.

Establecimientos de crédito

Inversiones autorizadas en el sector financiero y de seguros del exterior.
Concepto 2005001841-1 del 18 de marzo de 2005.

FINDETER

Operaciones de redescuento.
Concepto 2005012169-1 del 10 de marzo de 2005.

Intereses

Interés remuneratorio; límite de interés moratorio. Usura.
Concepto 2005006889-4 del 1 de abril de 2005.

Límites a las tasas. Interés remuneratorio y moratorio. Usura.
Concepto 2005008141-2 del 4 de marzo de 2005.

Límites a las tasas de interés; interés remuneratorio.
Concepto 2005000930-5 del 4 de marzo de 2005.

Intermediarios de seguros

Objeto de los agentes colocadores.
Concepto 2004048034-4 del 4 de marzo de 2005.

Intermediación financiera

Actividad propia de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Medidas cautelares.
Concepto 2005015789-1 del 19 de abril de 2005.

Ley 546 de 1999

Objetivos y criterios. Sistemas de amortización.
Concepto 2005016441-2 del 28 de abril de 2005.

Reglamentación. Disposiciones generales. Recursos para la financiación de vivienda. Régimen de financiación.
Concepto 2005007116-2 del 14 de abril de 2005.

Representante legal

Incompatibilidades e inhabilidades.
Concepto 2005005773-1 del 11 de abril de 2005.

Revisor fiscal

Auxiliares y colaboradores; Circular Externa 047 de 2004.

Concepto 2005000980-3 del 15 de marzo de 2005.

Concepto 2004065284-4 del 16 de marzo de 2005.

Concepto 2004064998-1 del 17 de marzo de 2005.

Concepto 2005008622-2 del 18 de marzo de 2005.

Normatividad. Objetivos. Funciones. Características.

Concepto 2005003856-2 del 27 de abril de 2005.

Seguros

De vida grupo deudores; reticencia.

Concepto 2005003674-1 del 9 de marzo de 2005.

Financiación y fraccionamiento de primas.

Concepto 2004053918-3 del 11 de marzo de 2005.

Sistema general de riesgos profesionales

Reembolsos de las prestaciones asistenciales.

Concepto 2004035146-1 del 4 de marzo de 2005.

Regulación prescripción extintiva del derecho al reembolso.

Concepto 2004035147-1 del 4 de marzo de 2005.

SOAT

Régimen legal. Indemnización. Pruebas.

Concepto 2004068463-1 del 8 de marzo de 2005.

Superintendencia Bancaria

Competencia. Publicación de los actos administrativos.

Concepto 2005008741-2 del 2 de marzo de 2005.

Facultades y funciones de certificación.

Concepto 2005003037-3 del 15 de marzo de 2005.

Concepto 2005004338-3 del 15 de marzo de 2005.

Concepto 2005009151-2 del 4 de abril de 2005.

Concepto 2005002969-2 del 25 de abril de 2005.

UPAC

Redenominación de créditos expresados en UPAC.

Concepto 2005007101-3 del 16 de marzo de 2004.

UPAC - Crédito de vivienda

Aplicación de abonos. Los abonos se deben aplicar a saldos de crédito expresados en pesos y no en UPAC. Reliquidación en el caso de créditos en mora.

Concepto 2005017144-1 del 8 de abril de 2005.

Temas de Consulta

*Gravamen a los movimientos financieros.
Cheque. Remesa negociada*

*Leasing. Arrendamiento financiero.
Depreciación para efectos fiscales*

*Oficinas de representación. Servicios
financieros. Instituciones financieras del
exterior en Colombia*

Régimen sancionatorio. Margen de solvencia

*Sociedades fiduciarias. Información.
Fondo común ordinario.
Fondo común especial*

*GRAVAMEN A LOS MOVIMIENTOS FINANCIEROS - CHEQUE -
REMESA NEGOCIADA*

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

Concepto 008521
(febrero 16)

«(...) consulta, se precise, si se causa el gravamen a los movimientos financieros cuando son devueltas remesas que inicialmente fueron negociadas.

Según concepto No. OJ-092 del 26 de abril de 1982, emitido por la Superintendencia Bancaria, ha de entenderse por remesa negociada "(...) cuando el tenedor legítimo de un cheque sobre otra plaza, negocia el instrumento con el banco quien lo recibe en propiedad y por lo mismo faculta al cliente para disponer de inmediato de la suma respectiva, por haberle abonado su importe en la cuenta corriente, procediendo a presentar el cheque para su pago ante el banco girado".

Teniendo en cuenta la anterior definición y el contenido del Concepto general del Gravamen a los Movimientos Financieros (00002 de julio 8 de 2003), para efectos del impuesto acorde con lo dispuesto por el artículo 871 del Estatuto Tributario, constituye hecho generador, la disposición de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros entre otros, de tal manera que una vez negociada la remesa el banco pone a disposición del usuario los recursos; por ende la disposición que haga de ellos se encuentra gravada con el GMF.

Por otra parte, si por alguna circunstancia se debita la cuenta posteriormente, por ejemplo por devolución del cheque negociado, también constituye hecho generador como en efecto dispone el párrafo ibídem cuando señala, que para efectos de este artículo se entiende por transacción financiera toda disposición de recursos provenientes de cuentas corrientes, de ahorro, o de depósito que implique entre otros: retiro en efectivo mediante cheque, talonario, tarjetas débito, cajero electrónico, puntos de pago, notas débito o a través de cualquier otra modalidad, así como los movimientos contables en los que se configure el pago de obligaciones o el traslado de bienes, recursos o derechos a cualquier título, incluidos los realizados sobre carteras colectivas y títulos, o la disposición de recursos a través de contratos o convenios de recaudo a que se refiere este artículo.

Lo señalado sin perjuicio del numeral 1o del artículo 879 ibídem, cuando sea del caso y se cumplan las condiciones para la procedencia del beneficio allí contemplado, acorde con el artículo 6° del Decreto 405 de 2001, modificado por el artículo 1° del Decreto 518 del citado año.»

*LEASING - ARRENDAMIENTO FINANCIERO - DEPRECIACIÓN
PARA EFECTOS FISCALES*

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

Concepto 006471
(febrero 8)

«(...) Damos respuesta a su consulta (...), en la que a propósito de los registros contables observados en el análisis efectuado por esa Entidad (Superintendencia Bancaria de Colombia), a una de sus sociedades vigiladas, pregunta si en la venta de un bien objeto de contrato de leasing procede la pérdida fiscal por la diferencia entre el valor en libros y el valor fiscal del bien, originada por la depreciación contable del bien, no solicitada fiscalmente.

Al respecto es necesario precisar que de conformidad con el artículo 2° del Decreto Reglamentario 2913 de 1991, aplicable a los contratos de leasing operativo de que trata el numeral 1° del artículo 127-1 del Estatuto Tributario, a partir de 1992, los bienes objeto de los contratos de arrendamiento financiero que realizan las compañías de leasing, pueden depreciarse por éstas, para efectos fiscales, en la vida del contrato respectivo, utilizando para tal fin el mismo sistema que para efectos contables les exija la Superintendencia Bancaria.

En este orden de ideas, no hay lugar a que existan diferencias entre el valor en libros y el costo fiscal del bien, y en consecuencia, en el caso planteado en su consulta, no procede la pérdida fiscal, en la parte que corresponda a la deducción por depreciación que se debió solicitar en años anteriores.

Lo anterior en el entendido que la fórmula consignada en la Circular Externa No. 049 del 25 de junio de 1992, expedida por esa Entidad, admite la depreciación de los terrenos, al margen de las normas contables (artículo 64 del Decreto 2649 de 1993) y tributarias (artículo 135 del Estatuto Tributario), según las cuales los terrenos son bienes no depreciables.»

Los bienes objeto de los contratos de arrendamiento financiero que realizan las compañías de leasing, pueden depreciarse por éstas, para efectos fiscales, en la vida del contrato respectivo, utilizando para tal fin el mismo sistema que para efectos contables les exija la Superintendencia Bancaria.

*OFICINAS DE REPRESENTACIÓN - SERVICIOS FINANCIEROS -
INSTITUCIONES FINANCIERAS DEL EXTERIOR EN COLOMBIA*

**Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Dirección General de Regulación Financiera**

Concepto 01-2005-007692 de 2005
(marzo 28)

«(...) comunicación en la cual solicitan concepto respecto de la interpretación del Decreto 2951 de 2004 "Por el cual se dictan normas sobre la actividad de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior" y de la Resolución de la Sala de Valores número 948-1 de 2004 "Por la cual se modifica la Resolución 400 de 1995 de la Sala General de la Superintendencia de Valores" (...):

De conformidad con lo anterior, por la expresión "institución financiera" en el contexto del Decreto 2951 de 2004 debe entenderse cualquier ente económico que realice actividades de intermediación financiera o que realice cualquier operación autorizada a los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros o las sociedades de capitalización.

El espíritu del Decreto 2951 y de la Resolución 948-1 es regular la oferta de servicios financieros por parte de instituciones financieras del exterior en Colombia o dirigida a sus residentes. Lo anterior tiene como fundamento la existencia de un interés público en la realización de actividades de promoción y publicidad de servicios financieros por parte de instituciones que quieren impactar en el mercado doméstico, lo que necesariamente se traduce en la necesidad de regular y supervisar la realización de tales actos de promoción y publicidad. Bajo este criterio, tanto el decreto como la resolución buscan establecer la regulación para aquellas relaciones entre un consumidor residente en Colombia y una institución financiera del exterior que ha sido iniciada por parte de la entidad del exterior.

En ese sentido, cuando la relación entre la institución del exterior y el consumidor financiero residente en Colombia es iniciada por el consumidor, no existe el interés público que pretende regular tanto el decreto como la resolución, ya que actualmente la legislación vigente permite al consumidor financiero residente en Colombia realizar inversiones y mantener activos en el exte-

rior (Ley 9/1991 artículo 17), así como a endeudarse en el exterior con las instituciones financieras del exterior que señale el Banco de la República (Resolución Externa 8/2000 del Banco de la República artículo 24).

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

A continuación, los conceptos de esta Dirección en relación con las preguntas puntales de la petición:

1. **Consulta:** "¿Qué debe entenderse por la expresión "instituciones financieras" utilizada a lo largo del Decreto 2951 de 2004 (el "decreto")? Una interpretación sistemática del decreto nos lleva a concluir de manera preliminar que al hacer referencia a "instituciones financieras" debe entenderse que éstas son las entidades dedicadas a realizar actividades de intermediación financiera, esto es, a la realización de actividades que suponen la captación de dineros del público en forma masiva y habitual. Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta que el concepto de "institución financiera" varía de una jurisdicción a otra, de la manera más respetuosa solicitamos a ustedes indicar cuál es el significado de la expresión "institución financiera" en el contexto del decreto."

Concepto:

De conformidad con el *General Agreement on Trade in Services*, tratado suscrito por la República de Colombia y ratificado mediante la Ley 671 de 2001 "Por medio de la cual se aprueba el Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa" en el Anexo de Servicios Financieros artículo 5 literal b), se entiende por "proveedor de servicios financieros" toda persona física o jurídica que desee suministrar o que suministre servicios financieros. De conformidad con lo anterior, por la expresión "institución financiera" en el contexto del Decreto 2951 de 2004 debe entenderse cualquier ente económico que realice actividades de intermediación financiera o que realice cualquier operación autorizada a los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros o las sociedades de capitalización.

2. **Consulta:** "El numeral 1 del artículo 1º del decreto establece que "las instituciones financieras del exterior que pretendan promover o publicar los productos y servicios que constituyen su objeto social en el territorio colombiano o a sus residentes deberán establecer una oficina de representación". Teniendo en cuenta lo anterior, en el evento en que una institución financiera del exterior que opere en el contexto de una jurisdicción en la cual exista el concepto de "multibanca" o "Banca Universal", y, por lo tanto, realice en desarrollo de su objeto social actividades que podrían ser calificadas como actividades financieras, por una parte, y actividades del mercado de valores o asegurador, por otra, ¿Puede dicha institución financiera promover todos los productos que constituyen su objeto social, aun cuando algunos de ellos no se refieran propiamente actividades de captación de dineros del público en forma masiva y habitual?"

Concepto:

En relación con la promoción o publicidad de los productos y servicios que constituyen el objeto social de una institución financiera del exterior cuando en el objeto social de esta se incluyan actividades que podrían ser calificadas como actividades financieras, por una parte,

y actividades del mercado de valores o asegurador, por otra, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

➤ La promoción o publicidad de actividades de intermediación financiera o cualquier operación autorizada a los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros o las sociedades de capitalización solo podrá efectuarse por parte de la institución del exterior con base en lo dispuesto en el Decreto 2951, esto es, a través de una oficina de representación o directamente, y con las limitaciones del caso, tratándose de instituciones que se encuentren en alguna de las excepciones señaladas en el artículo 2º del mismo decreto.

➤ En relación con la promoción o publicidad de actividades de seguros o cualquier operación autorizada a las entidades aseguradoras o a los intermediarios de seguros o de reaseguros, debe considerarse que está en algunos casos prohibida y en otros limitada conforme lo señalado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículos 39, 108-3, 188, por lo que de ser realizadas en territorio colombiano o ser dirigidas a residentes en Colombia, la respectiva entidad podrá ser objeto de sanción por parte de la Superintendencia Bancaria en los términos señalados en los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 2951 artículo 11);

➤ Finalmente, la promoción o publicidad de actividades del mercado de valores lo podrá hacer atendiendo las prescripciones señaladas en la Resolución 948-1; es decir, a través de la celebración de contratos de corresponsalía con sociedades comisionistas de bolsa debidamente constituidas en Colombia (artículo 2.2.12.2).

3. **Consulta:** "En el evento en que entre los productos o servicios de una institución financiera del exterior con oficina de representación debidamente autorizada en Colombia, existan productos o servicios del mercado de valores, ¿Puede dicha entidad promover dichos productos a través de su oficina de representación o debe respecto de los mismos celebrar además un contrato de corresponsalía con una sociedad comisionista de bolsa en los términos de la Resolución 948-1 de 2004 expedida por la Superintendencia de Valores (la "Resolución")?"

Concepto:

Tal y como quedó señalado en el punto 2 del presente escrito, si una institución del exterior pretende promocionar o publicitar servicios de intermediación financiera así como los propios del mercado de valores, podrá realizarlos siempre que cuente con una oficina de representación y celebre un contrato de corresponsalía, y no exista una prohibición en el régimen cambiario colombiano. Lo anterior teniendo de presente que, contrario a lo que estaba establecido bajo el régimen anterior, hay una clara distinción entre lo que se puede realizar a través de una oficina de representación y de un contrato de corresponsalía.

4. **Consulta:** "En cuanto a lo previsto en el numeral 5 del artículo 2 del decreto, vemos que dicha excepción al régimen de apertura de oficinas de representación hace referencia únicamente a los eventos en que "un residente en el país le haya requerido a la institución financiera del exterior la prestación de *servicios* financieros (...)" (el resaltado es nuestro). Al respecto, comedidamente solicitamos a ustedes dar respuesta a los siguientes interrogantes:

¿Quiere decir lo anterior que la excepción no procede para los casos que involucren productos financieros requeridos o solicitados por un residente?

Por otro lado ¿Qué implicaciones tiene el que la entidad resulte celebrando respecto de un mismo producto o servicio financiero transacciones solicitadas por residentes colombianos

cuando el número total de residentes es superior a noventa y nueve (99)? En otras palabras, aun cuando se trate de operaciones solicitadas por residentes sin que haya mediado promoción o mercadeo por parte de la entidad extranjera, ¿Deben tenerse en cuenta las normas aplicables a una oferta pública de valores por superarse el número máximo de inversionistas a pesar de que los productos o servicios ofrecidos sean financieros y no del mercado de valores?"

Concepto:

La expresión "servicios financieros" sobre la cual se plantea la primer consulta, debe entenderse en su sentido más amplio, esto es, incluyendo tanto los "productos" financieros como los servicios "financieros" propiamente dichos. Es de señalar que las instituciones financieras ofrecen productos financieros a través de la prestación de servicios financieros, por lo que restringir la interpretación del citado numeral a los "servicios" haría inaplicable la disposición al tratar de establecer una diferencia entre un "producto" y un "servicio" financiero.

En relación con las implicaciones que tiene el hecho que una institución resulte celebrando respecto de un mismo producto o servicio financiero transacciones solicitadas por residentes colombianos cuando el número total de residentes es superior a noventa y nueve (99), y siempre que se trate de operaciones solicitadas por residentes sin que haya mediado promoción o publicidad por parte de la institución extranjera; debe considerarse que en tal caso no habría emisión de valores en territorio colombiano, razón por lo cual no son aplicables las disposiciones de la oferta pública.

5. **Consulta:** "En virtud de lo previsto en el numeral 7 del artículo 2° del decreto, entendemos que en el evento en que una institución financiera del exterior tenga una oficina de representación autorizada en Colombia, pueden promoverse a través de dicha oficina los productos y servicios de sus filiales o subsidiarias, siempre y cuando esta última informe previamente a la Superintendencia Bancaria que la oficina de representación realizará actos de promoción respecto de la matriz y de sus filiales o subsidiarias. Teniendo en cuenta lo anterior, si la institución financiera representada tiene dentro de sus filiales o subsidiarias compañías dedicadas a la venta de productos y/o servicios que no tienen propiamente relación con actividades de captación de dineros del público en forma masiva y habitual, como por ejemplo, productos o servicios relacionados con el mercado de valores o productos o servicios relacionados con banca de inversión, ¿Pueden dichos servicios o productos promocionarse a través de la oficina de representación que la matriz ya haya establecido en Colombia?"

Concepto:

El criterio establecido en el punto 2 sirve como base de interpretación a fin de absolver esta consulta. Como se dijo, una institución financiera del exterior al pretender ofrecer productos y servicios en territorio colombiano o a sus residentes deberá observar las distintas formas que debe asumir para efectos de realizar el respectivo ofrecimiento.

Así, si los productos y servicios que pretende ofrecer en territorio colombiano o a sus residentes corresponden a aquellos propios de actividades de intermediación financiera o a cualquier operación autorizada a los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros o las sociedades de capitalización; debe tenerse en cuenta que solo los podrá promover o publicitar a través de una oficina de representación, de conformidad con lo señalado en el Decreto 2951.

De otro lado, si los productos y servicios que pretende ofrecer en territorio colombiano o a sus residentes corresponden a aquellos propios de actividades del mercado de valores, debe tenerse en cuenta que solo los podrá promover a través de la celebración de contratos

Cualquier ente económico que quiera promocionar en Colombia o a sus residentes productos y servicios del mercado de valores deberá hacerlo a través de un contrato de corresponsalía.

de corresponsalía con sociedades comisionistas de bolsa de conformidad con lo señalado en la Resolución 948-1.

6. **Consulta:** "En caso de que la respuesta a la pregunta 5 anterior sea afirmativa y que, por lo tanto, se viable para las filiales o subsidiarias de la matriz con oficina de representación promocionar sus productos y servicios a través de dicha oficina de representación, ¿Dichas filiales o subsidiarias tendrían que celebrar además contratos de corresponsalía con sociedades comisionistas de bolsa en los términos de la resolución?"

Por otra parte, y con base en situaciones que creeríamos podrían presentarse en la práctica, ¿A qué estaría obligada una entidad del exterior que ofrezca principalmente productos o servicios del mercado de valores (e.g. inversión en fondos de inversión del exterior) pero que a su vez impliquen la entrega o prestación a los clientes de productos o servicios asociados al producto o servicio del mercado de valores principalmente adquirido pero que por su naturaleza sean más productos o servicios financieros (e.g. entrega de chequeras y/o tarjetas débito/ crédito que operan con cargo a los recursos invertidos por el cliente en el fondo de inversión)? ¿Basta con que la entidad del exterior tenga celebrado un contrato de corresponsalía?"

Concepto:

En la medida en que la institución financiera del exterior no puede a través de su oficina de representación ofrecer productos y servicios del mercado de valores la primera parte de la consulta carece de objeto. Ahora, en la medida en que para la promoción de productos y servicios del mercado de valores de instituciones del exterior no hay previstas excepciones, como sí lo hay en el régimen de las oficinas de representación (artículo 2), cualquier ente económico que quiera promocionar en Colombia o a sus residentes productos y servicios del mercado de valores deberá hacerlo a través de un contrato de corresponsalía. De lo contrario, se dará lugar a lo señalado en el parágrafo del artículo 2.2.12.2.

Respecto del evento en que un producto o servicio financiero por sus características involucre actividades de intermediación financiera y del mercado de valores a su vez, lo primero que debería establecerse es si corresponde a operaciones autorizadas a los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros o las sociedades de capitalización, evento en el cual podrá promoverse o publicitarse dicho producto o servicio con base en lo señalado en el Decreto 2951. En caso contrario, y al tratarse de operaciones autorizadas a instituciones del mercado de valores, la promoción de tal producto o servicio se realizará conforme la Resolución 948-1.

Si el producto o servicio encaja dentro de las operaciones reguladas tanto por el decreto como por la resolución, y bajo el entendido que es una operación autorizada, la institución podría escoger dentro de las dos alternativas para promover su producto o servicio la que mejor satisfaga sus intereses.

En el hipotético caso de que se trate de operaciones no autorizadas a los establecimientos de crédito, a las sociedades de servicios financieros, a las sociedades de capitalización, ni a las instituciones que desarrollan actividades en el mercado de valores, debe considerarse que se trata de operaciones no autorizadas en territorio colombiano sobre las cuales no se pueden realizar actos de promoción o publicidad en Colombia o hacia sus residentes.

7. **Consulta:** "En relación con operaciones de derivados, ¿Dichas operaciones deben considerarse como un producto o servicio financiero o del mercado de valores y, por tanto, sujetos al régimen establecido en el decreto y/o la resolución?"

Concepto:

El concepto de operaciones de derivados puede ser muy amplio para efectos de la respuesta precisa. En efecto, por ejemplo una operación *swap* sobre valores es un derivado propio del mercado de valores, mientras que un *non delivery forward* sobre divisas parece más un servicio financiero. Sin embargo, el criterio establecido en la respuesta a la pregunta 6 puede ser un criterio que permita precisar el régimen para efectos de realizar la promoción de la operación.

8. **Consulta:** "El decreto establece en su artículo 7º una lista de prohibiciones respecto de las actividades realizadas por una oficina de representación y los representantes y funcionarios de ésta, entre las que se incluyen las siguientes:

3. Formular ofertas sobre los servicios financieros de la institución representada, en los términos señalados en el artículo 845 del Código de Comercio.

En relación con esta restricción, ¿Puede el representante de una oficina de representación, o cualquiera de los funcionarios de ésta, suscribir ofertas en nombre y representación de la entidad financiera representada si cuentan con un poder especial otorgado directamente por la entidad representada para el efecto? En caso negativo, ¿Puede la entidad representada otorgar un poder especial a una persona domiciliada en Colombia, distinta del representante de la oficina de representación o de sus funcionarios, para que formule ofertas en los términos antes indicados?"

Concepto:

La prohibición, como señala su encabezado, cubre tanto a la oficina de representación como a sus representantes y funcionarios, razón por la cual el representante de una oficina de representación, o cualquiera de los funcionarios de ésta, no puede suscribir ofertas en nombre y representación de la institución financiera representada así cuente con un poder especial otorgado directamente por la institución representada para el efecto, puesto que incurriría en la prohibición señalada en el numeral 3 del citado artículo.

Frente a la posibilidad de que sea un tercero el que suscriba ofertas en nombre y representación de la institución financiera representada debe señalarse que en ese evento la institución estaría realizando una actividad no autorizada bajo la legislación colombiana, lo que necesariamente daría lugar a la aplicación de las sanciones a que haya lugar, incluso a las de tipo penal si se trata de captación masiva y habitual de dineros (Ley 599 de 2000 artículo 316).

En todo caso, es necesario precisar que si la relación la inicia un residente en Colombia, la institución del exterior podrá enviar a territorio colombiano a una persona con poder especial para que formule la oferta solicitada, siempre y cuando se respeten las normas sobre el régimen cambiario.

Consulta: "4. Representar a la institución financiera del exterior para suscribir o perfeccionar los contratos celebrados con residentes en el territorio nacional.

Al igual que en la prohibición a la cual nos referimos en la sección anterior, ¿Puede el representante de una oficina de representación, o cualquiera de los funcionarios de ésta, suscribir o perfeccionar contratos celebrados por la entidad financiera representada con residentes en Colombia si cuentan con un poder especial otorgado directamente por la entidad representada para el efecto? En caso negativo, ¿Puede la entidad representada otorgar un poder especial a una persona domiciliada en Colombia, distinta del representante de la oficina de representación o de sus funcionarios, para que suscriba o perfeccione contratos celebrados por la entidad financiera representada con residentes en Colombia en los términos antes indicados?"

Concepto:

La respuesta es exactamente igual que la anterior. No puede el representante de la institución financiera del exterior representar a la misma institución para suscribir o perfeccionar los contratos celebrados con residentes en el territorio nacional, así cuente con un poder especial otorgado directamente por la institución representada para el efecto, puesto que incurriría en la prohibición señalada en la norma.

Frente a la posibilidad de que sea un tercero el que suscriba ofertas en nombre y representación de la institución financiera representada, la respuesta es igualmente negativa por las mismas razones y con las mismas consecuencias señaladas en la respuesta a la pregunta anterior.

En el mismo sentido, es necesario precisar que si la relación la inicia un residente en Colombia, la institución del exterior podrá enviar a territorio colombiano a una persona con poder especial para que suscriba o perfeccione el contrato solicitado por el residente en Colombia, siempre y cuando se respeten las normas sobre el régimen cambiario.

Consulta: "6. Efectuar o recibir, directamente o por interpuesta persona, dinero o valores en pago de operaciones realizadas por la institución financiera del exterior representada, o cualquier otro acto que implique el ejercicio de actividades prohibidas por decreto.

Sin perjuicio de la anterior prohibición, el decreto prevé en su artículo 6(2)(a) que la oficina de representación puede servir de enlace entre la institución financiera representada y los clientes y usuarios residentes en Colombia, para lo cual podrá, entre otros, entregar o recibir de los clientes la documentación requerida por la institución financiera del exterior para la prestación del servicio financiero ofrecido. Así, en desarrollo de las operaciones realizadas por entidades financieras del exterior puede ocurrir que los clientes colombianos de la entidad utilicen a la oficina de representación como canal o enlace para remitir a la entidad dicha documentación la cual, en operaciones tales como banca privada (private banking) podría incluir la entrega de cheques la oficina de representación para su posterior remisión a la entidad representada? Teniendo en cuenta lo anterior ¿Podría la oficina de representación, en desarrollo de sus actividades de enlace, recibir cheques para su remisión a la entidad representada, por tratarse de documentos requeridos en el contexto de los servicios financieros contratados?"

Concepto:

La labor de la oficina de representación, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2951, es servir como un instrumento de promoción de productos y servicios de una institución financiera que no está establecida en Colombia. Por lo mismo, las labores de ella se

deben circunscribir a esos aspectos, no a otros. Si un cliente desea remitir dinero o valores al exterior debe directamente contratar estos servicios con las instituciones autorizadas legalmente para el efecto.

El Decreto 2951 quiso dejar en claro esa situación y explícitamente prohibió la recepción de dinero o valores en pago de operaciones realizadas por la institución financiera del exterior representada. Con esto, y las demás prohibiciones a que se refiere el artículo 7º, se quiere evitar el uso indebido de las oficinas de representación para la realización de actividades distintas a las que por su naturaleza les corresponde, esto es, servir de vehículos de promoción o publicidad.

Es de señalar, que de conformidad con lo establecido en la Resolución 948-1, la sociedad comisionista de bolsa corresponsal de la institución del exterior, podrán adelantar las labores de entrega y recepción de dinero, títulos y documentos complementarios y no podrán actuar como representantes en la celebración de negocios jurídicos en nombre cualquiera de las partes intervinientes, tomar posición propia o proveer financiación a tales operaciones (artículo 2.2.12.3. numeral 4).

Consulta: "5. Realizar cualquier actividad relacionada con el cierre, registro o autorización final de las operaciones relacionadas con la prestación de servicios financieros por parte de la institución financiera del exterior.

¿Qué debe entenderse por actividades de cierre, registro o autorización final de las operaciones relacionadas con la prestación de servicios financieros? Cabe resaltar que, en la práctica, cuando ocurre un cierre, típicamente ocurre un intercambio de documentación entre las partes. Así, el deudor entrega documentos tales como (i) certificados de existencia y representación, (ii) certificados expedidos por el representante legal y/o revisor fiscal de la entidad, (iii) estados financieros y (iv) para los casos de operaciones de crédito, el pagaré otorgado a favor de la entidad financiera del exterior. Por su parte, el acreedor (e.g. entidad financiera del exterior) usualmente tiene la obligación de entregar ejemplares firmados de los documentos de la operación con el fin de que el deudor pueda proceder a realizar lo registros correspondientes. Teniendo en cuenta lo anterior ¿Puede la oficina de representación, en virtud de su función de enlace prevista en el artículo 6(2)(a) del decreto, recibir la anterior documentación o dicha actividad debe entenderse vedada por la prohibición a que se refiere el encabezado de esta sección?"

Concepto:

Las realización de actividades de cierre, registro o autorización final de operaciones relacionadas con la prestación de servicios financieros por parte de instituciones financieras es lo que corresponde a las actividades de *back office*, las cuales están prohibidas por el Decreto 2951.

Se quiere evitar el uso indebido de las oficinas de representación para la realización de actividades distintas a las que por su naturaleza les corresponde, esto es, servir de vehículos de promoción o publicidad.

En relación con los servicios autorizados a las oficinas de representación para servir de enlace entre la institución financiera del exterior y los clientes y usuarios residentes en Colombia, debe señalarse que ésta sólo está autorizada para entregar o recibir del cliente o potencial cliente la documentación que exige la institución financiera del exterior para efectos de la prestación del servicio financiero ofrecido, dentro de los cuales se incluiría los que se mencionan en la consulta, siempre y cuando las actividades de cierre, registro o autorización final de las operaciones las realice directamente la institución del exterior.

9. **Consulta:** "En la resolución no encontramos una disposición en la cual se exceptúe expresamente a una entidad del exterior de celebrar contratos de corresponsalía cuando, sin haber mediado ningún acto de promoción, un residente en el país haya le haya solicitado directamente a la entidad la venta o prestación de productos o servicios del mercado de valores. Así, de la manera más atenta solicitamos a ustedes dar respuesta a los siguientes interrogantes:

¿Debe entenderse que tal excepción está implícita en la resolución o en alguna otra norma del mercado de valores?

En caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa, ¿Qué implicaciones tiene el que la entidad resulte celebrando respecto de un mismo producto o servicio transacciones solicitadas por residentes colombianos cuando el número total de residentes es superior a noventa y nueve (99)? En otras palabras, aun cuando se trate de operaciones solicitadas por residentes sin que haya mediado promoción o mercadeo de la entidad extranjera, ¿Deben tenerse en cuenta las normas aplicables a una oferta pública de valores por superarse el número máximo de inversionistas?"

Concepto:

Si bien la Resolución 948-1 no hace referencia a la excepción mencionada, ésta se encuentra implícita en ella. No de otro modo se puede interpretar el artículo 2.2.12.2. que señala las prohibiciones a las instituciones del exterior que deseen realizar actos de promoción de sus productos y servicios cuando no suscriben contratos de corresponsalía con sociedades comisionistas de bolsa de valores. Si la institución no va a realizar actos de promoción por cuanto es contactada directamente, no requiere la celebración de dichos contratos.

En relación con la hipótesis de la oferta pública, debe usarse el criterio señalado en la respuesta a la pregunta 4 de este escrito. En la medida en que no haya mediado promoción o publicidad por parte de la institución extranjera no hay lugar a un oferta pública puesto que no habría oferta.

10. **Consulta:** "El artículo 2.2.12.1 de la Resolución 400 de 1995 modificado por el artículo primero de la resolución establece que el objeto de los contratos de corresponsalía será la promoción de "productos y servicios del mercado de valores" ofrecidos por intermediarios de valores, firmas de valores, sociedades administradoras de fondos de valores, fondos de inversión o esquemas de inversión colectiva y bancas de inversión establecidas fuera del territorio colombiano. El artículo 2.2.12.2 de la Resolución 400 de 1995 modificado por la resolución dispone que para que una entidad del exterior pueda realizar actos de promoción de "productos y servicios del mercado de valores" en territorio colombiano o a sus residentes, o realizar cualquier clase de "operación propia del mercado de valores", debe haber suscrito previamente contratos de corresponsalía con sociedades comisionistas de bolsa establecidas en Colombia. Teniendo en cuenta lo anterior, comedidamente le solicitamos dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿Qué

debe entenderse por "productos y servicios del mercado de valores"? y ¿Qué debe entenderse por "operación propia del mercado de valores"?"

Concepto:

Por la expresión "operación propia del mercado de valores" en el contexto de la Resolución 948-1 debe entenderse cualquier actividad relacionada con la emisión, suscripción, negociación o intermediación de valores o cualquier otra relacionada con la captación de ahorro a través de valores; o cualquier otra autorizada a una institución sometida a supervisión por parte de la Superintendencia de Valores. Por "productos y servicios del mercado de valores" los productos o servicios relacionadas con las actividades y operaciones ya descritas.

11. **Consulta:** "En el evento en que una entidad del exterior, según sea el caso, haya establecido una oficina de representación o celebrado un contrato de corresponsalía para la promoción de sus productos o servicios, ¿Deberá dicha entidad cumplir además con las normas comerciales relativas al desarrollo de actividades permanentes en Colombia y, en consecuencia, establecer una sucursal o subsidiaria?"

Concepto:

El parágrafo 2 del artículo 1º del Decreto 2951 señala que "Las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior deberán cumplir con los deberes de todo comerciante, atendiendo las particularidades propias de su naturaleza."

En la medida en que las oficinas de representación realizan profesionalmente actividades de promoción de negocios (Código de Comercio artículo 20 numeral 17), y a la necesidad de dotar de publicidad sus actividades, el decreto consideró oportuno señalar que éstas deben cumplir con ciertas obligaciones que son propias de los comerciantes, reconociendo que la naturaleza especial de las oficinas de representación conlleva a que necesariamente no le sean aplicables algunas de ellas.

En efecto, señala el Código de Comercio que son obligaciones de todo comerciante:

Artículo 19. Es obligación de todo comerciante:

1. Matricularse en el registro mercantil;
2. Inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad;

Por la expresión "operación propia del mercado de valores" en el contexto de la Resolución 948-1 debe entenderse cualquier actividad relacionada con la emisión, suscripción, negociación o intermediación de valores o cualquier otra relacionada con la captación de ahorro a través de valores; o cualquier otra autorizada a una institución sometida a supervisión por parte de la Superintendencia de Valores. Por "productos y servicios del mercado de valores."

3. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales;
4. Conservar, con arreglo a la ley, la correspondencia y demás documentos relacionados con sus negocios o actividades;
5. Derogado. L. 222/95.
6. Abstenerse de ejecutar actos de competencia desleal.

Siendo éstas las obligaciones que debe atender el comerciante, y teniendo como presente que la asimilación a comerciante de que habla el decreto se refiere a la oficina y no la institución del exterior ni los funcionarios de la oficina, lo que sería objeto de obligación sería las mencionadas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 6; con la precisión de que estas obligaciones corresponden a la oficina de representación y no a la institución que representa. En ese sentido, la obligación de inscribir en el registro mercantil todos los actos, libros y documentos respecto de los cuales la ley exija esa formalidad, corresponderá a los actos, libros y documentos que deban ser inscritos atendiendo a la naturaleza de la oficina de representación. En relación con la contabilidad, será la que determine la Superintendencia Bancaria como propia de este tipo de entidades.

En relación con el establecimiento de sucursales o subsidiarias en Colombia para el desarrollo de actividades permanentes, debe tomarse en consideración que las normas aplicables a las instituciones extranjeras son las del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las especiales en materia del mercado de valores dictadas por la Sala de Valores, las cuales señalan que los vehículos apropiados son la oficina de representación y el contrato de corresponsalía.

12. **Consulta:** "Finalmente, en los casos en que se desarrollen actividades de promoción de productos y/o servicios financieros o del mercado de valores a través de una oficina de representación o de un contrato de corresponsalía, según sea el caso, y teniendo en cuenta que las labores de la oficina de representación y del corresponsal se limitan exclusivamente al desarrollo de actividades de promoción (según se define ésta tanto en el decreto como en la resolución) ¿En qué momento cesa la actividad desarrollada por la oficina de representación o el corresponsal e inicia el contacto directo entre el residente colombiano y la entidad representada para la celebración de una transacción? ¿Cuándo puede la entidad del exterior contactar sus potenciales clientes en Colombia?"

Concepto:

Tal y como lo establece el decreto y la resolución, por promoción y publicidad debe entenderse cualquier comunicación o mensaje, realizado personalmente o utilizando cualquier medio de comunicación, sea este masivo o no, destinado a iniciar, directa o indirectamente, la contratación de un producto o la prestación de un servicio financiero o del mercado de valores. En ese sentido, el límite de actuación de las oficinas de representación o del objeto del contrato de corresponsalía será la realización de dichas actividades, pero este podrá variar dependiendo del producto o servicio financiero, del tipo de institución o de lo que acuerden las partes (institución representada y oficina de representación o corresponsal) en el respectivo acto de poder o contrato de corresponsalía.»

RÉGIMEN SANCIONATORIO - MARGEN DE SOLVENCIA

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. Flavio Rodríguez Arce. Concepto del 22 de marzo de 2001. Expediente 1.325.

Síntesis: *Alcances de la Sentencia C-1161 de 2000, de la Corte Constitucional, en relación con la competencia de la Superintendencia Bancaria para imponer sanciones por incumplimiento de los márgenes de solvencia de los establecimientos de crédito.*

NOTA DEL EDITOR: *Mediante Auto del 29 de marzo de 2005 se ordenó levantar la reserva dispuesta en el artículo 110 del Código Contencioso Administrativo.*

«(...)

El señor Ministro de Hacienda y Crédito Público formula consulta a la Sala acerca de los alcances de la Sentencia C-1161 de 2000, de la Corte Constitucional, en relación con la competencia de la Superintendencia Bancaria para imponer sanciones por incumplimiento de los márgenes de solvencia o niveles adecuados de patrimonio, en los siguientes términos:

"1. ¿Cuál es el alcance de la decisión adoptada por la Honorable Corte Constitucional en los términos de la Sentencia C-1161 del 6 de septiembre del 2000 respecto del artículo 52 del Decreto Ley 663 de 1993?

2. ¿Debe entenderse que a partir de la declaratoria de inexecutable de dicha disposición ha perdido fundamento legal el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 en punto a la facultad sancionatoria atribuida a la Superintendencia Bancaria en la materia de que se trata?

3. ¿Puede afirmarse que como consecuencia del fallo a que se acaba de aludir recobra vigencia el derogado artículo 83, numeral 1º, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que facultaba a la Superintendencia Bancaria para imponer sanciones a los establecimientos de crédito por incumpli-

miento en los márgenes de solvencia o niveles adecuados de patrimonio?

4. De concluirse que el efecto de la decisión que se comenta es la pérdida de vigencia del artículo 14 del Decreto 673 de 1994 y que por ese hecho no recobra vigor el antiguo artículo 83, numeral 1º, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ¿puede la Superintendencia Bancaria imponer las respectivas sanciones con base en los artículos 209 y 211 del mismo cuerpo normativo, que la facultan para reprimir los comportamientos violatorios de cualquier norma legal a que las entidades vigiladas deban sujetarse?."

La Sala considera

Antes de 1968 el Gobierno estaba facultado para ejercer la inspección necesaria sobre los Bancos de Emisión y demás establecimientos de crédito y sobre las sociedades mercantiles, conforme a las leyes, mediante la expedición de decretos reglamentarios o ejecutivos -art. 120.15 de la Carta de 1886 -.

A partir de la expedición del Acto Legislativo No. 1 de 1968, correspondía al Presidente de la República como atribución constitucional propia y exclusiva, ejercer la intervención del Estado en el Banco de Emisión y regular las actividades de intermediación financiera y el manejo, aprovechamiento e in-

versión de los fondos provenientes del ahorro privado, a través de los denominados decretos autónomos -art. 120.14 ibídem-. A su vez el numeral 15 disponía que el Presidente ejercía la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes.¹

Desde la vigencia de la Constitución de 1991, se eliminó la competencia exclusiva del Presidente respecto de estas materias y se sometió el ejercicio de tales funciones a las disposiciones de la ley marco expedida al efecto, supuesto indispensable de sus atribuciones², consagrándose un sistema concurrente y diferenciado de competencias.

Así, conforme al artículo 150.19, literal d), corresponde al Congreso dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para "regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público"³; y según el artículo 335 las mismas actividades "(...) son de interés público y sólo

pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias (...)".

El Congreso, según el artículo 150.8 constitucional, debe expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución, a las que se refieren los numerales 24 y 25 del artículo 189 ibídem, así: "ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles", y "(...) ejercer la intervención" en las mismas actividades.

La financiera es una actividad de interés público⁴ -cuyo ejercicio requiere previa autorización del Estado-, que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional constituye un servicio público⁵, características que implican -además de lo previsto en

1 C. S. de J. Sala Plena. Sentencia de agosto 18 de 1972, citada en la Sentencia C-700 de 1999 de la Corte Constitucional: "(...) el Constituyente de 1968 en este aspecto, hizo sin vacilaciones un cambio de competencias al trasladar al Gobierno una que normalmente había venido correspondiendo al Congreso, como era la de legislar en materia bancaria e intervenir en ese aspecto de la vida económica con apoyo en el antiguo artículo 32, sin que pudiera desprenderse de ella a través de la concesión de facultades extraordinarias". Así, para la época existían dos modalidades de intervención estatal en la economía: por el Congreso, fundada en el artículo 32, directamente o mediante las facultades extraordinarias previstas en el artículo 76.12, y por el Gobierno, atribución propia consagrada en el artículo 120.14.

2 Por tal razón, no se podrían conferir facultades extraordinarias para intervenir y regular las actividades en mención si el Congreso no ha expedido la ley marco respectiva. La Corte Constitucional -Sentencias C-417/92, C-608 y 700/99- ha entendido que la remisión que hace el art. 150.10 de la Carta al numeral 20 debe entenderse referida al 19. En la C-1316/00, la entiende referida a los servicios de las cámaras.

3 Sentencia C-700/99: "(...) el Constituyente quiso sustraer a la influencia y decisión exclusivas del Ejecutivo la regulación de los importantes temas que venían siendo de su privativo resorte, y, por el contrario, entregar al Congreso, por la vía de las leyes "marco", la autoridad suficiente para sujetar, mediante pautas y criterios legislativos -formales y orgánicos-, la futura actividad administrativa del Presidente de la República".

4 Sentencia SU-157/99: "(...) en la actividad bancaria, esta noción -la de interés público- se materializa en estas premisas: El acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado. En pocas palabras, no todas las personas pueden prestar el servicio público bancario, pues en razón del alto riesgo social que implica esa actividad, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional, justifican la previa licencia gubernamental".

5 Ibídem: "Pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. La importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público.

la Carta- su regulación legal y su sujeción a la especial inspección y vigilancia del Gobierno a través de la Superintendencia Bancaria, la cual interviene para garantizar el goce de los derechos fundamentales de los usuarios frente a los prestatarios del servicio, impedir que el interés en mención sea puesto en peligro o lesionado -especialmente el de los ahorradores-, y para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito.

La cláusula del Estado social de derecho y el modelo de economía intervenida que imperan en Colombia -arts. 1º y 334 de la C. P.- suponen límites a las libertades individuales y por lo tanto a la autonomía privada y a las actividades de los particulares, así como el ejercicio de las funciones de policía administrativa mediante controles directos por la Superintendencia del ramo para asegurar el cumplimiento por las entidades bancarias de determinadas condiciones objetivas indispensables para la prestación del servicio público, entre ellas algunas de carácter preventivo, como la comprobación de la suficiente capacidad económica que garantice el ahorro y los depósitos de los usuarios, esto es sus condiciones de solvencia y solidez.

La Corte Constitucional en Sentencia SU-517 de 1999 expresó:

"En conclusión, al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa privada y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido. Por ende, se distinguen casos en donde la intervención es obligatoria, a través de cláusulas de mandato y, situaciones en donde la intervención es facultativa. Un ejemplo de la intervención obligatoria es el control y vigilancia estatal para las" entidades financieras, que contempla el artículo 335 superior. El inciso 24 del artículo 189

de la Carta concreta la inspección, vigilancia y control sobre las personas que prestan actividades financieras, en cabeza del Presidente de la República, quien la ejercerá de acuerdo con la ley. Por su parte, el artículo 10 de la Ley 35 de 1993 señala que el Presidente de la República, a través de la Superintendencia Bancaria, ejercerá la inspección, vigilancia y control de quienes desempeñen las actividades financieras. Y, el artículo 2º del Decreto 1284 de 1994 señala que esa entidad vigilará los establecimientos bancarios, compañías de seguros y las corporaciones de ahorro y vivienda, entre otros."

El Decreto 663 de 1993, en el artículo 325, numeral 1, literales a) y d) señala a la Superintendencia Bancaria, entre otros objetivos, los de asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones y prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe. El 2. a) atribuye a la misma entidad la vigilancia e inspección de los establecimientos de crédito -bancarios, corporaciones, etc.-.

Régimen legal

El artículo 25 de la Ley 45 de 1990⁶ confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir "(...)un estatuto orgánico del sistema financiero, de numeración continua, con el objeto de sistematizar, integrar y armonizar en un solo cuerpo jurídico las normas vigentes que regulan las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y que contengan las facultades y funciones asignadas a ésta", el cual fue adoptado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, mediante el Decreto Ley 1730 del 4 de julio de 1991⁷.

6 Declarado exequible en Sentencia C-252/94.

7 La Sentencia C-558/92 declaró la constitucionalidad de la palabra "sustituye" contenida en el art. 4.3.0.0.5 del decreto 1730/91. En cuanto al efecto sustitutivo de las disposiciones precedentes objeto de incorporación al Estatuto, dijo: "Así pues, la sustitución de las normas incorporadas es una facultad inherente y consustancial a la de expedir estatutos orgánicos, códigos o cuerpos legales integrales como quiera que la incorporación a estos de las normas que conforman la legislación existente sobre una determinada materia produce como obligada consecuencia, su derogatoria tácita."

Al regular lo relativo al capital adecuado de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria el Estatuto dispuso en su artículo 1.3.1.3.2 que "por los defectos en que incurran los establecimientos bancarios (...) respecto de las relaciones máximas de activos a patrimonio señaladas por la Junta Monetaria, la Superintendencia Bancaria impondrá una multa a favor del Tesoro Nacional por el equivalente al tres punto cinco por ciento (3.5 %) del defecto patrimonial que presenten mensualmente, sin exceder, respecto de cada incumplimiento, del uno punto cinco (1.5 %) del patrimonio requerido para dar cumplimiento a dichas relaciones", con un reconocimiento de intereses hasta la fecha de pago de la sanción impuesta, todo (...) sin perjuicio de las sanciones que puede imponer la Superintendencia Bancaria en desarrollo del artículo 1.7.1.2.1 del presente estatuto."⁸

Este precepto tuvo origen en el Decreto 934 de 1990⁹, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la atribución asignada por el ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución de 1886, y fue modificado por el Decreto 1984 de 1992¹⁰ en el sentido de suprimir la referencia a la Junta Monetaria -eliminada por la Carta de 1991- y en su lugar remitir, para efectos de determinar las relaciones máximas de activos a patrimonio, "a las señaladas en las disposiciones vigentes"; también excluyó la causación de intereses, los cuales estaban ya previstos en el régimen común sancionatorio -artículo 1.7.3.0.1 del Decreto 1730 de 1991-.

En cuanto al régimen sancionatorio, este decreto previo:

Régimen personal.

"Artículo 1.7.1.2.1 Régimen general. Cuando cualquier director, gerente, revisor fiscal

u otro funcionario o empleado de una entidad sujeta a la vigilancia del Superintendente Bancario, autorice o ejecute actos violatorios del estatuto de la entidad, de alguna ley o reglamento, o de cualquier norma legal a que el establecimiento deba sujetarse, el Superintendente Bancario podrá sancionarlo, por cada vez, con una multa hasta de un millón de pesos (\$1'000.000.00) a favor del Tesoro Nacional. El Superintendente Bancario podrá, además, exigir la remoción inmediata del infractor y comunicará esta determinación a todas las entidades vigiladas. Esta suma se ajustará anualmente, a partir de la vigencia del Decreto 2920 de 1982, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE. Las multas previstas en este artículo, podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento de la norma y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1.7.1.1.1, 1.7.1.1.2 y 1.7.1.1.3 del presente estatuto."

Régimen institucional.

"Artículo 1.7.2.1.1 Régimen general. Cuando el Superintendente Bancaria, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que éstos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá al establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional no menor de quinientos mil pesos (\$500.000) ni mayor de dos millones de pesos (\$2'000.000), graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores. Estas sumas se ajustarán anualmente, a partir de la vigencia del Decreto 2920 de 1982, en el mismo senti-

⁸ Las otras sanciones se remitían a los hechos punibles tipificados en los artículos 1.7.1.1.1 a 1.7.1.1.3

⁹ Incorporado al Estatuto y sustituido, conforme a sus artículos 4.3.0.0.1 y 4.3.0.0.5.

¹⁰ Expedido por el Gobierno en ejercicio de las facultades otorgadas por el artículo transitorio 50 de la Constitución de 1991.

do y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE, Las multas previstas en este artículo, podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento de la norma y se aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1.7.1.1.1, 1.7.1.1.2 y 1.7.1.1.3 del presente estatuto.

Estas sanciones, incorporadas al Estatuto conforme al artículo 4.3.0.0.5¹¹, tienen origen en el Decreto Legislativo 2920 de 1982 -arts. 22 y 23-, expedido al amparo de la emergencia económica prevista en el artículo 122 de la Constitución de 1886, reformado por el Acto Legislativo No 1 de 1968, la cual preveía el control automático de la constitucionalidad de estos decretos. La Corte Suprema de Justicia al ejercer el control en este caso -sentencia de diciembre 2 de 1982-, admitió la posibilidad de establecer medidas de intervención económica mediante decretos legislativos.

Posteriormente la Ley 35 de 1993 "por la cual se dictan las normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora", previo el ejercicio de la intervención del Gobierno Nacional en la actividad financiera (arts. 1° y 3°), así como la posibilidad de imponer sanciones por la infracción de las disposiciones que el gobierno dicte en ejercicio de su función regulatoria (art. 7°), y facultó al Gobierno Nacional para incorporar al EOSF las modificaciones dispuestas por dicha ley y variar la ubicación de entidades y el sistema de titulación y numeración (art. 36).

Competencias sancionatorias anteriores a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 52 del Decreto 663 de 1993.

Las facultades otorgadas en el artículo 36 las materializó el Decreto 663 de 1993, "por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración", cuyo artículo 52, conforme a lo dispuesto el artículo 339, sustituyó e incorporó el artículo 7° de la Ley 35 de 1993 sobre imposición de sanciones, asunto objeto de la presente consulta. El texto del artículo 52 es el siguiente:

"El Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, podrá señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. En desarrollo de esta facultad sólo podrán establecerse sanciones pecuniarias, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas administrativas que resulten procedentes de acuerdo con la ley."

Este precepto atribuyó al gobierno la competencia para establecer las sanciones y calificó tal atribución como propia de las funciones de intervención del Estado en la actividad financiera.

De otra parte el Decreto 663, al modificar el sistema de titulación y numeración del EOSF, incorporó la sanción por los defectos en las relaciones máximas de activo a patrimonio prevista en el artículo 7° de la Ley 35, en el numeral 1° del artículo 83, capítulo IX sobre Régimen Patrimonial, bajo el título de Sanciones por Incumplimiento en Márgenes de Solvencia o Niveles Adecuados de Patrimonio. Este precepto, a su vez, corresponde al artículo 1.3.1.3.2 del

11 Art. 4.3.0.0.5: "INCORPORACIONES. El presente estatuto incorpora y sustituye las leyes y decretos dictados en ejercicio de las facultades concedidas por los artículos 76, numeral 12, 120, numeral 14 y 121 y 122 de la Constitución Política, que regulan las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y que establecen las facultades y funciones asignadas a ésta (...)."

Estatuto Orgánico originario expedido mediante el Decreto Ley 1730 de 1991.

Ahora bien, las sanciones administrativas por responsabilidad personal e institucional por violación de los estatutos de las entidades, reglamentos o de cualquier norma legal previstas en los artículos 1.7.1.2.1 y 1.7.2.1.1 del Decreto 1730 de 1991, fueron incorporadas en los artículos 209 y 211 respectivamente.

Régimen sancionatorio del Decreto 673 de 1994

El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades de regulación -arts. 3.c), Ley 35/93 y 48 c) del Decreto 663/93- y en uso del poder de intervención, esto es, de la facultad de "señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de la actividad financiera..." atribuida en el artículo 52 del Decreto 663/93 -que incorporó el 7º de la Ley 35/93-, expidió el Decreto 673 de 1994 y estableció el deber para los establecimientos de crédito de cumplir las normas sobre niveles de patrimonio adecuado, con el fin de proteger la confianza del público en el sistema financiero y de asegurar su desarrollo en condiciones de seguridad y competitividad (art. 1º).

Al efecto estableció como relación de solvencia, un nivel mínimo de patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito equivalente al 9 % del total de activos, en moneda nacional y extranjera, ponderados por nivel de riesgo, de tal manera que su patrimonio técnico, definido por el propio decreto (arts. 4º a 7º), no podía ser inferior al nivel adecuado de patrimonio señalado (art. 2º). La relación de solvencia debía cumplirse en forma individual por cada establecimiento de crédito y en forma consolidada (art. 3º).

El artículo 14 del Decreto 673 de 1994 dispuso:

"Sanciones. Por los defectos en que incurran los establecimientos de crédito en el patrimonio técnico necesario para el cumplimiento de la relación de solvencia, la Superintendencia Bancaria impondrá una multa a favor del Tesoro Nacional por el equivalente al 3.5 % del defecto patrimonial presentado por cada mes del período de control, sin exceder del 1.5 % del patrimonio requerido para su cumplimiento. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las demás sanciones o medidas administrativas que puede imponer la Superintendencia Bancaria conforme a sus facultades legales. Parágrafo. Cuando un mismo establecimiento de crédito incumpla la relación de solvencia individualmente y en forma consolidada, se aplicará la sanción que resulte mayor."

Dispuso además el Decreto 673, en su artículo 17 -sobre vigencia y derogatorias-, que "deja sin efecto lo previsto en (...) los numerales 1º y 3º del artículo 83 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero, así como las demás disposiciones que le sean contrarias", lo cual eventualmente tendría como consecuencia derogar un precepto, con fuerza de ley, que consignaba la competencia para la imposición de sanciones por la Superintendencia Bancaria, en los eventos particulares de incumplimiento de la relación de activos a patrimonio, esto es, el numeral 1º del artículo 83 del Decreto 663 de 1993, que correspondía al artículo 1.3.1.3.2 del EOSF originario, contenido en el Decreto Ley 1730 de 1991 -modificado por el Decreto 1984 de 1992-, cuya fuente -a su vez era el Decreto 934 de 1990-, como ya se reseñó.

La locución "deja sin efecto" que traía el artículo 17 no produjo la derogatoria del numeral 1º del artículo 83, pues en ejercicio de la potestad reglamentaria no le era dable al gobierno proveer por vía general de establecer sanciones ni retirar del ordenamiento normas de rango legal. Por lo demás, el Presidente de la República para expedir el Decreto 673 no estaba investido de facultades extraordinarias. En consecuencia los artículos 14 y 17 debieron ser inaplicados por ser manifiestamente contrarios a la Carta -artículo 4º-, en consideración a que la vigencia y eficacia del artículo 83.1 no se afectó, ya que

en nuestro sistema jurídico prima el principio constitucional de prevalencia de la norma fundamental frente al alcance de la presunción de legalidad del acto administrativo.

Inexequibilidad del artículo 52 del Decreto 663 de 1993

El artículo 52 del Decreto 663 de 1993, fundamento parcial del Decreto 673 de 1994 que previo la sanción por incumplimiento de los márgenes de solvencia, fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-1161 de 2000, por considerar la Corte Constitucional que es de reserva legal la atribución de determinar las sanciones por infracción de las normas de regulación de la actividad financiera. Dijo la Corte:

"11- Las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferírsele al Gobierno una facultad abierta en esta materia, como lo hace el artículo 52 del EOSF. En efecto, esa norma traslada al Ejecutivo la facultad de señalar las sanciones por la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Es cierto que la norma establece un límite, pues indica que las sanciones sólo pueden ser pecuniarias. Sin embargo, a pesar de ese límite, la facultad conferida al Gobierno es abierta, por lo cual, como bien lo destaca la Procuraduría, esa disposición desconoce el principio de legalidad en este campo. El artículo 52 del EOSF será entonces retirado del ordenamiento."¹²

Como la sentencia al declarar inexecutable el artículo 52 no determinó efectos jurídicos especiales de la decisión, en aplicación del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia¹³, estos se producen hacia el futuro -conforme lo ha sostenido tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de esta Corporación¹⁴-, el primero de los cuales es el de la "inejecutabilidad" del precepto retirado del ordenamiento, a partir de la notificación de la sentencia referida -11 de octubre de 2000, fecha de desfijación del edicto-.

Como consecuencia de la pérdida de vigencia de la norma inexecutable - artículo 52 - y por tanto de su inejecutabilidad, habría tenido como efecto revivir el precepto legal anterior¹⁵ que regulaba la materia, pero en el caso consultado -como se anotó- el artículo 83.1 nunca perdió vigencia.

De no haber existido la manifiesta inconstitucionalidad puesta de presente, para determinar los efectos de la decisión de inexequibilidad en relación con el régimen de imposición de sanciones por el incumplimiento de los márgenes de solvencia, debería haberse tenido en cuenta el precepto anterior de rango legal y de igual contenido sustancial, que no resultara contrario al ordenamiento constitucional, que estableciera la tipicidad y la sanción por tal infracción, que lo es el artículo 83.1 del Decreto 663 de 1993, el que habría sido -pero no le fue-, simultáneamente, sustituido en sus elemen-

12 Sentencia C-417/93, consideración de la Corte No 3. En el mismo sentido, ver Sentencia C-280 de 1996.

13 El artículo 45 de la Ley 270/96 dispone: "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario."

14 Sobre los efectos hacia el futuro de las sentencias de inexequibilidad ver: C-022/96, Concepto 385 de 1991 de esta Sala y Sentencia del 12 de marzo de 1999, Sección Segunda, Exp. 13.327.

15 En la Sentencia C-498 de 1995 sostiene la Corte Constitucional: "La declaratoria de inexequibilidad ya anunciada no deja un vacío normativo en cuanto al responsable del reconocimiento y liquidación de las pensiones del sector público nacional, pues el efecto de la inexequibilidad del texto jurídico acusado comporta la resurrección del acto normativo anterior que fue modificado. En virtud de la declaratoria de inexequibilidad se restauran ipso jure, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento constitucional, las normas que habían sido derogadas por los apartes del Decreto 1299 de 1994 que sean declarados inconstitucionales en esa sentencia, o sea, la alteración de la asignación de las funciones de reconocimiento y liquidación de las pensiones de orden nacional queda sin efecto, quedando atribuidas al organismo sobre el cual, antes de la vigencia del decreto encartado, estaban asignadas."

tos por el artículo 14 y derogado por el 17 del Decreto 673 de 1994.

Sin embargo, como consecuencia de la decisión de inconstitucionalidad del artículo 52 respecto de los artículos 14 y 17 de Decreto 673 desapareció el fundamento de derecho de los artículos en mención, lo que da lugar a la pérdida de su fuerza ejecutoria, todo sin perjuicio de la vigencia del artículo 83.1, cuya fuerza legal nunca se enervó mediante la expedición del acto administrativo contenido en el Decreto 673.

El efecto de la pérdida de fuerza ejecutoria está regulado por el artículo 66 numeral 2º del Código Contencioso Administrativo, que dispone:

"Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

(...)

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho."

Por tanto, los artículos 14 y 17 del Decreto 673 de 1994, perdieron su fuerza ejecutoria, pues como lo sostiene esta Sala en la consulta 1.132 de 1998, "los actos administrativos dictados con base en la ley que ha sido declarada inexecutable pierden su eficacia por

regla general, al carecer de fundamento de derecho".

En resumen, como el Decreto 673 reguló en su artículo 14 una materia del resorte exclusivo del legislador -determinar las sanciones por incumplimiento de los márgenes de solvencia- tal acto administrativo de carácter general, debió ser inaplicable por quebrantar manifiestamente la Constitución Política. Luego de la inexecutable, tanto el artículo 14 -que preveía la sanción- como el 17 -en cuanto a la presunta derogatoria del artículo 83.1-, perdieron su fuerza ejecutoria y toda eficacia y, por lo mismo, no producen efecto jurídico alguno, aunque en virtud de su decaimiento mantienen vigencia y hacen parte formal del ordenamiento jurídico pues, que sepa la Sala, no han sido revocados ni sobre ellos ha recaído sentencia de nulidad.

Las razones anteriores permiten concluir que la Superintendencia Bancaria no perdió su competencia para imponer sanciones por el incumplimiento de los márgenes de solvencia dado que el artículo 83.1 mantuvo siempre su vigencia y por tanto no dejó de producir efectos, ni antes ni después de la publicación del Decreto 673 de 1994, artículos 14 y 17.

Exequibilidad condicionada de los artículos 209 y 211

Los artículos 209 y 211 del Decreto 663 de 1993 -declarados condicionalmente exequibles mediante Sentencia C-1161 de 2000¹⁶, consagran una competencia general

16 "18- Conforme a lo anterior, la Corte declarará la constitucionalidad simple del inciso primero del artículo 209 del EOSF, con excepción del aparte "de alguna ley o reglamento", que será declarado exequible pero en el entendido de que se trata de leyes que se refieren a la actividad de esos funcionarios en las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Bancaria y que se trata de los reglamentos expedidos por el Gobierno en desarrollo de las leyes marco previstas por el artículo 150-19 literal c) y que no deben entenderse incluidos dentro de esos reglamentos las circulares o conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria.

19- El anterior análisis es para la Corte suficiente para concluir que el ordinal primero del artículo 211 del EOSF, acusado, también se ajusta a la Carta, pues en el fondo esa disposición sanciona un comportamiento similar. La diferencia básica es que en este caso, la sanción, que es más alta, es impuesta contra el establecimiento, y debe tratarse de una violación por parte del administrador o representante legal de una entidad sometida a control de "una norma del estatuto de la entidad o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido". La Corte encuentra que la palabra "reglamento" es también en este caso ambigua, por lo cual su alcance también será condicionado."

de la Superintendencia Bancaria para imponer sanciones por responsabilidad personal e institucional respectivamente, por la autorización o ejecución de actos violatorios de los estatutos o reglamentos de la institución sometida a su vigilancia, o de cualquier norma legal a la que estén sujetas, los cuales provienen de los artículos 1.7.1.2.1 y 1.7.2.1.1 del Decreto Ley 1730 de 1991, originarios a su vez del Decreto Legislativo 2920 de 1982, como se reseñó anteriormente.

Conforme al artículo 83.1 las sanciones por violación del deber de mantener una determinada relación de solvencia implica sanción "sin perjuicio de las sanciones que puede imponer la Superintendencia Bancaria en desarrollo del artículo 209 el presente Estatuto", esto es que se deducirá responsabilidad personal además de la institucional, como también la de carácter penal a que hubiere lugar por la remisión expresa del inciso final de este precepto.

En cuanto a los alcances del artículo 211, toda vez que consagra una responsabilidad institucional de índole general no cabría, por razón de la infracción mencionada ya sujeta a sanción conforme al artículo 83.1, otra pena, por cuanto se incurriría en violación del principio del "*non bis in idem*".

La Sala responde

1 y 2. La inexequibilidad del artículo 52 del Decreto 663 de 1993 declarada mediante Sentencia C-1161 de 6 de septiembre de 2000 de la Corte Constitucional, tiene efec-

tos hacia el futuro, lo hace inejecutable y les hizo perder fuerza ejecutoria a los artículos 14 y 17 del Decreto 673 de 1994, acto administrativo expedido con fundamento en aquél.

3. Los efectos jurídicos del artículo 83.1 del Decreto 663 de 1993 no perdieron vigencia ni eficacia con ocasión de la expedición de los artículos 14 y 17 del Decreto 673 de 1994, ni por virtud de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 52 del Decreto 663. Los artículos 14 y 17 debieron ser inaplicados por ser manifiestamente contrarios a la Constitución Política. Por tanto, la Superintendencia Bancaria no perdió competencia para imponer sanciones por los defectos en que incurran los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, respecto de las relaciones máximas de activos a patrimonio.

4. Por tratarse el artículo 83.1 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de norma especial sobre la materia que no perdió vigencia, es el precepto que debe aplicar la Superintendencia Bancaria para sancionar el incumplimiento de los márgenes de solvencia, sin perjuicio de las sanciones previstas en el artículo 209 del mismo Estatuto, relativas a la responsabilidad personal y a las penales a que hubiere lugar.

(...)»

*SOCIEDADES FIDUCIARIAS - INFORMACIÓN - FONDO COMÚN
ORDINARIO - FONDO COMÚN ESPECIAL*

Superintendencia Bancaria de Colombia

Circular Externa 003 de 2005
(febrero 21)

«(...) Referencia: Sociedades Fiduciarias - Información de los fondos comunes.

(...)

Como es de su conocimiento, la Superintendencia Bancaria de Colombia mediante la Circular Externa 032 de 2004 recientemente incorporó como anexo al Capítulo I del Título 5 de la Circular Externa 007 de 1996, el modelo de ficha técnica que deben diligenciar las sociedades fiduciarias con información de los fondos comunes ordinarios y fondos comunes especiales que administran y que deben difundir ya sea a través de su página Web u otro mecanismo de similar cobertura.

Ahora bien, atendiendo algunas sugerencias y con el fin de contribuir a que la información contenida en las fichas técnicas revele de manera más precisa el componente financiero de los fondos y las condiciones generales a las que están sujetos los adherentes, este Despacho, en uso de sus facultades legales, considera necesario introducir algunos ajustes al modelo de ficha previsto en los anexos 1 y 2 del Capítulo I del Título 5 de la Circular Externa 007 de 1996.

Para una mayor comprensión a continuación se explican los cambios introducidos:

1. Numeral 4.5. - Número de suscriptores o inversionistas adherentes

Se indica que el número de suscriptores o inversionistas adherentes que se relacionen en la ficha técnica debe corresponder al número de encargos registrados en el fondo a la fecha del respectivo corte.

2. Numeral 4.8. - Inversiones del Fondo

Se indica que las inversiones del fondo o cartera colectiva se deben clasificar en alguna de las tres categorías que se señalan para tal fin.

3. Numeral 4.12. - Retiro parcial máximo

Se indica que el monto correspondiente al retiro parcial máximo se debe expresar como un porcentaje que se debe calcular según lo estipulado en el respectivo reglamento de administración.

4. Numeral 4.14. - Tiempo de preaviso para retiro

Se indica que el tiempo de preaviso para retiro corresponde al determinado en el respectivo reglamento de administración.

5. Numeral 4.15. - Sanción o comisión por retiro anticipado

Se indica que el valor de la penalización a cargo del suscriptor o inversionista adherente por retiro anticipado del fondo o cartera colectiva se debe expresar como un porcentaje que se debe calcular según lo estipulado en el respectivo reglamento de administración.

6. Numeral 4.17. - Base de comisión

Se incluye el valor del fondo como uno de los conceptos que sirven de base para el cálculo de la comisión de administración a favor de la sociedad fiduciaria y a cargo del fondo o cartera colectiva.

7. Numeral 4.18. - Gastos del Fondo

Se indica que los gastos del fondo se calculan tomando los valores registrados en las cuentas 751 y 752 del PUC durante el último año (12 meses corridos) sobre el valor de los activos promedio del fondo para el mismo periodo. Así mismo, que este monto debe ser expresado en términos porcentuales.

8. Numeral 7.1. - Evolución de 100.000 COP invertidos hace tres años

Se indica que esta gráfica corresponde a la evolución que ha tenido una inversión de 100.000 COP en un fondo durante un período de tres años o en su defecto desde que el fondo inició su operación, si éste fuera inferior.

9. Numeral 7.2. - Evolución valor de la unidad en los últimos tres años

Se indica que esta gráfica corresponde a la evolución del valor de la unidad del fondo durante un período de tres años o en su defecto desde que el fondo inició su operación, si éste fuera inferior.

10. Numeral 8.1. - Rentabilidad efectiva

Se elimina del cuerpo de la ficha técnica el asterisco que hace el llamado a no efectuar la anualización en la columna de 30 y 180 días.

11. Numeral 8.2. - Volatilidad de la rentabilidad

Se incluye una fórmula para efectuar el cálculo de la volatilidad de la rentabilidad del fondo y se aclara que la misma se debe expresar en términos porcentuales y con dos decimales.

12. Numeral 8.3. - VeR (Valor en Riesgo)

Se indica que la información correspondiente a este numeral se debe revelar en los formatos y con la periodicidad que la SBC establezca para tal fin.

13. Numeral 10.1 - Composición portafolio de títulos de deuda por calificación

Se imparten instrucciones para facilitar la clasificación de los títulos de deuda que componen el respectivo portafolio según la calificación de riesgo asignada.

14. Numeral 10.3 - Composición del portafolio por sector económico

Se imparten instrucciones para facilitar la clasificación de los títulos que componen el respectivo portafolio según el sector económico al que pertenece el emisor.

15. Numeral 10.5 - Composición del activo del fondo

Se indica que esta gráfica debe ilustrar el porcentaje de participación de las cuentas mayores que componen el activo del fondo o cartera colectiva según el Plan Único de Cuentas (inversiones, repos, disponibles y otros activos).

Modificación al numeral 9.3., Capítulo I del Título 5 de la Circular Externa 007 de 1996

Con el propósito de seguir desarrollando mecanismos especiales de revelación de información al público, se considera necesario modificar el numeral 9.3., Capítulo I del Título 5 de la Circular Externa 007 de 1996, para que en adelante la ficha técnica se remita a los adherentes del fondo con la información correspondiente a los cortes de 30 junio y 31 de diciembre, dentro del mes siguiente al respectivo corte.

En consecuencia, ya no será necesaria la remisión de la ficha técnica con la rendición de cuentas semestral.

La presente circular rige a partir de la fecha de su publicación y aplica para la ficha técnica que contiene la información con corte a 31 de marzo de 2005, modifica el numeral 9.3., Capítulo I y los anexos 1 y 2 del Título 5 de la Circular Externa 007 de 1996, para lo cual se anexan las páginas correspondientes.»



Reseña General

Normas

Jurisprudencia

Otros Conceptos

NORMAS*

Congreso de la República

Pensión. Consignación de mesadas pensionales*

Ley 952 de 2005 (abril 4). Por la cual se modifica el artículo 2º de la Ley 700 de 2001. La norma autoriza que las cooperativas vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria también reciban las consignaciones para el pago de mesadas pensionales giradas por los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones. Esta facultad se encontraba reservada exclusivamente para las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria de Colombia. (*Diario Oficial 45.869 del 4 de abril de 2005*).

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Acciones. La Previsora S.A., Compañía de Seguros

Decreto 499 de 2005 (febrero 25). Modifica el Decreto 4409 de 2004 y autoriza a la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- adquirir la totalidad de la participación accionaria que posee Cajanal S.A. EPS en Liquidación en la sociedad La Previsora S.A., Compañía de Seguros. La disposición autoriza, para resolver situaciones de iliquidez y con el fin de atender gastos administrativos básicos de la entidad en liquidación, que la Nación pueda realizar un anticipo sobre el valor de la venta, calculado con base en el valor intrínseco de las acciones, debidamente certificado por el Revisor Fiscal de La Previsora S. A., Compañía de Seguros, con corte a 31 de diciembre de 2004. Se ordena también que el valor del anticipo se imputará al

pago final, una vez se elabore el avalúo de las acciones de acuerdo con la ley.

(*Diario Oficial 45.836 del 25 de febrero de 2005*).

Bancafé. Liquidación*

Decreto 610 de 2005 (marzo 7). Ordena la disolución y liquidación del Banco Cafetero Bancafé S.A.

(*Diario Oficial 45.843 del 7 de marzo de 2005*).

GranBanco S.A. y Bancafé

Resolución 509 de 2005 (marzo 8). Designa como Creador de Mercado a GranBanco S.A. en reemplazo de Banco Cafetero S.A. dentro del Programa de Creadores de Mercado para Títulos de Deuda Pública durante la vigencia 2005, para el efecto, ordena tener en cuenta el porcentaje total acumulado y el porcentaje de adjudicación en el mercado primario alcanzado por Banco Cafetero S.A. hasta la fecha de la operación de cesión de activos, pasivos y contratos a GranBanco S.A.

Títulos de Tesorería TES, Ley 546

Resolución 421 de 2005 (febrero 25). Por la cual se ordena el pago de abonos efectuados a las deudas hipotecarias con la expedición de Títulos de Deuda Pública Interna de la Nación denominados 'Títulos de Tesorería' TES, Ley 546. La disposición ordena el pago de los abonos efectuados a las deudas hipotecarias, debidamente certificada por los representantes legales y los revisores fiscales de los establecimientos de crédito relacionados, y la entrega de Títulos de Tesorería TES, Ley 546 por valor de 15.528.070 como abono en TES denominados en UVR. La resolución presenta los términos y condiciones de los títulos citados.

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

***Banco de la República -
Junta Directiva***

Mercado cambiario

Resolución Externa 01 de 2005 (febrero 18). Modifica la Resolución Externa 8 de 2000 en el sentido de incluir a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sociedades comisionistas de bolsa, Bancoldex, Fen, y a los establecimientos de crédito como intermediarios mediante los cuales el Banco Emisor podrá intervenir el mercado cambiario con el fin de evitar fluctuaciones indeseadas en la tasa de cambio y en el monto de reservas internacionales. Para el efecto, podrá comprar o vender divisas de contado y a futuro a tasas del mercado y emitir y colocar títulos representativos de divisas empleando para ello los sistemas y mecanismos de las operaciones interbancarias de divisas.

***Superintendencia Bancaria
de Colombia***

Microcrédito. Definición

Circular Externa 005 de 2005 (marzo 11). Modifica los numerales 2.1.1 y 2.1.4 de la Circular Externa 100 de 1995 con el fin de establecer una nueva definición de microcrédito en armonía con lo previsto en el artículo 2° de la Ley 905 de 2004, modificatoria de la Ley 590 de 2000. La nueva definición es la siguiente: "(...) son microcréditos el conjunto de operaciones activas de crédito otorgadas a microempresas cuyo saldo de endeudamiento con la respectiva entidad no supere veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por microempresa se entiende toda unidad de

explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, cuya planta de personal no supere los diez (10) trabajadores o sus activos totales sean inferiores a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes."

Superintendencia de Valores

Lavado de activos - mercado público de valores

Circular Externa 003 de 2005 (febrero 1). Se actualiza la Circular Externa 004 de 1998 de la Superintendencia de Valores con el fin de ajustar y mejorar los mecanismos para la prevención y control del lavado de activos proveniente de actividades delictivas que puedan producirse en el mercado de valores. La circular adopta mecanismos y reglas de conducta para las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores que se recogen en el Sistema Integral para la Prevención de Lavado de Activos - SIPLA. Estructura el SIPLA como parte integral del sistema general de control interno de las entidades vigiladas que realizan actividades en el mercado público de valores.

Icetex

Reglamentación crédito educativo

Resolución 197 de 2005 (marzo 28). Mediante esta Resolución el Instituto reglamenta los acuerdos 016 y 020 de 2004 del Consejo Directivo del Icetex mediante los cuales se adoptaron las políticas de la entidad para la prestación del servicio de crédito educativo.



JURISPRUDENCIA*

Corte Constitucional

Crédito hipotecario. Reliquidación. Aplicación de pagos. Falsa mora Sentencia T-199 de 2005 (marzo 3). Expediente T-1011038. Terminación de procesos ejecutivos hipotecarios en curso al entrar en vigencia la Ley 546 de 1999. Reliquidación en UVR de crédito pactado inicialmente en UPAC. Aplicación de pagos a capital y/o cuotas en mora. Falsa mora e inicio de cobro judicial.

Crédito hipotecario. Reliquidación. Respeto al acto propio Sentencia T-006 de 2005 (enero 19). Expediente T-974875. Se ordena a una entidad bancaria dejar sin efecto las actuaciones de reliquidación unilateral de una obligación hipotecaria que anteriormente certificó como cancelada pero que, para corregir un error, reliquidó y decidió cobrar un nuevo monto mediante los títulos valores otorgados para garantizar el pago de la obligación cancelada.

Entidades intervenidas. Aportes Sentencia T-1210 de 2004 (diciembre 3). Expediente T-969177. Acción de tutela contra particulares. Protección especial a personas en circunstancias de debilidad manifiesta y a personas de la tercera edad. Los accionantes reclaman a una cooperativa de ahorro y crédito autorizada para adelantar actividad financiera, hoy en liquidación, la devolución de sus aportes como asociados de la entidad solidaria intervenida. Se ordena a la cooperativa en liquidación la devolución de los aportes por tratarse de un monto pequeño y teniendo en cuenta la condición de pobreza de los peticionarios.

Pagaré

Sentencia T-022 de 2005 (enero 20). Expediente T-940463. Autenticidad de un pagaré de contragarantía para garantizar créditos asumidos. Objeciones sobre la correcta tramitación del pagaré y de su sujeción a la carta de instrucciones suscrita por las partes.

Pensión. Reajuste pensional

Sentencia T-110 de 2005 (febrero 10). Expediente T-985230. Reajuste pensional para el caso de ex congresistas. Casos en los cuales el valor de la pensión liquidada no corresponde al 75% de lo devengado por los congresistas al momento del reconocimiento pensional. Argumento del derecho fundamentado en el artículo 7° del Decreto 1359 de 1993. El perjuicio irremediable y la actividad del juez de tutela en el caso de reajustes pensionales.

Pensión de invalidez. Aportes mínimos. Mora del empleador en el pago de aportes

Sentencia T-138 de 2005 (febrero 17). Expediente T-999065. El derecho a la seguridad social. Derecho a la pensión de invalidez en conexidad con el mínimo vital. Excepcionalidad de su característica fundamental. Morosidad en el pago de aportes por parte del empleador.

Pensión de sobreviviente. Inclusión en nómina de pensionados. Tutela en actos de trámite

Sentencia T-163 de 2005 (febrero 24) Expediente T-1010667. Deber constitucional de defender a aquéllas personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Obligación de incluir en nómina

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

pensional a quien tiene derecho reconocido en una sentencia. Tutela como mecanismo idóneo para el cumplimiento de actos de trámite.

Pensión sanción. Pensión de vejez. Acción de tutela

Sentencia T-025 de 2005 (enero 20). Expediente T-978638. Pensión sanción vitalicia de jubilación, caso en el que se suspende su pago por el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Procedencia de la acción de tutela en el caso del pago oportuno de la pensión de las personas de la tercera edad. La devolución integral de una indemnización cuando el afectado se coloca en situación de vulnerabilidad de su mínimo vital.

Superintendencia Bancaria. Inspección y vigilancia*

Sentencia C-205 de 2005 (marzo 8). Expediente D-5381. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 35 (parcial) de la Ley 510 de 1999 y 72 de la Ley 795 de 2003. Delegación y desconcentración de funciones presidenciales en las superintendencias. Constitucionalidad de las normas demandadas. La posibilidad de crear superintendencias por medio de las cuales el Presidente ejerza las funciones de inspección, vigilancia y control previstas en la Carta hace parte del ejercicio de la potestad legislativa. Facultades de inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria frente a "las demás" personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye dichas funciones de manera permanente.

Tutela. Caxdac. Aportes. Inspección y vigilancia*

Sentencia T-122 de 2005 (febrero 17). Expediente T-1002685. Revisión de una sentencia en orden a garantizar el cumplimiento oportuno de las obligaciones legales de una empresa de aviación para con la Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac. Deber jurídico de realizar los apor-

tes necesarios para garantizar que Caxdac realice efectivamente el pago de las pensiones de los pilotos civiles con derecho y de los que en el futuro lo adquieran.

***Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil***

Cheque

Sentencia del 2 de marzo de 2005. Expediente 8946. El tenedor de un cheque impagado debe demandar al girador del título.

Seguro de automóviles

Sentencia del 10 de febrero de 2005. Expediente 7614. El seguro de responsabilidad civil, el favorecer de los intereses del asegurado y de los damnificados por el hecho dañoso del asegurado; presupuestos para legitimar la acción del damnificado contra el asegurador del responsable del siniestro. Documentos para reclamar del asegurador la indemnización del perjudicado. La responsabilidad se presume cuando los perjuicios han sido causados con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas.

***Consejo de Estado
Sala de lo Contencioso
Administrativo - Sección Primera***

Bases de datos. Centrales de información*

Sentencia del 3 de marzo de 2005. Expediente 8336. Al expedir el parágrafo único del artículo 2° del Decreto 181 de 2002 (31 de enero) el Presidente de la República no excedió la potestad reglamentaria, pues se limitó a hacer explícito que el alivio previsto en el artículo 19 de la Ley 716 de 2001 no borra el dato negativo histórico de los archivos de las entidades financieras, ni implicó la supresión de la historia crediticia sobre los hábitos o comportamientos de pago de los deudo-

res del sistema financiero, todo lo cual se conforma con la dimensión constitucional del derecho de Habeas Data, según lo preceptuó en su momento la disposición reglamentada. La permanencia temporal de la información negativa en el historial de los deudores no viola el derecho al buen nombre pues responde a la realidad en diferentes momentos históricos, sino que además es veraz en su contenido. Lejos de violar precepto constitucional alguno, hace posible que al desarrollar una labor de interés general, en los términos del artículo 335 de la Constitución Política, las entidades crediticias puedan asegurarse de la confiabilidad de sus clientes. La valoración de esta condición, desde luego supone poder conocer el comportamiento de pagos más reciente que hayan presentado, información que precisamente almacenan las centrales de información a las cuales ellos mismos han autorizado remitir sus datos.

***Consejo de Estado
Sala de lo Contencioso
Administrativo - Sección Cuarta***

Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Sentencia del 21 de febrero de 2005. Expediente 14077. Los apoderados de un banco comercial demandan una resolución proferida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN con el fin de que se declare su nulidad y en consecuencia la sociedad esté amparada por el Régimen de Es-

tabilidad Tributaria por el periodo 2001 a 2010. Lo anterior, por haber operado el silencio administrativo positivo. Este proceder traería como consecuencia la devolución de las sumas pagadas por concepto del gravamen a los movimientos financieros y otros gravámenes del orden nacional durante la vigencia del régimen citado.

Régimen sancionatorio. Superintendencia Bancaria*

Sentencia del 21 de febrero de 2005. Radicación 023101. Número interno 13837. Consideraciones sobre una sanción personal impuesta por la Superintendencia Bancaria de Colombia por el incumplimiento en una compañía de seguros de normas sobre: i) los plazos para el pago de reaseguros automáticos, ii) incumplimiento de inversiones forzosas, iii) pagos fraccionados de siniestros.

UPAC y UVR

Sentencia del 3 de marzo de 2005. Radicación 13176. Se demanda la nulidad del artículo 1° del Decreto 2703 de 1999 al señalarse que la equivalencia de la UPAC a UVR lo que hizo fue mantener la UPAC al conservarse en el factor de cómputo la DTF. Sobre este punto, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse en la sentencia del 10 de junio de 2004, expediente 2001-00302 (12631), M.P. Juan Ángel Palacio Hincapié, al resolver la demanda de nulidad contra el mismo artículo 1° del Decreto 2703 de 1999, motivo por el cual la Corporación falla estarse a lo resuelto en dicha providencia.

CONCEPTOS*

Consejo de Estado

Superintendencia Bancaria. Facultad sancionatoria

Concepto del 22 de marzo de 2005. Expediente 1325. Efectos de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 52 y de la exequibilidad condicional de los artículos 209 y 211 del Decreto Ley 663 de 1993. Facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Oficinas de representación. Servicios financieros*

Concepto 01-2005-007692 de 2005 (marzo 28). Instituciones financieras del exterior en Colombia. Interpretación del Decreto 2951 de 2004 con relación a la actividad de las oficinas de representación de instituciones financieras y reaseguradoras del exterior.

Ministerio de Protección Social

Riesgos catastróficos. Accidentes de tránsito. Fosyga

Concepto 26030 de 2004 (diciembre 20). Las víctimas de los eventos definidos en el artículo 30 del Decreto 1283 de 1996 tienen derecho con cargo a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fosyga, sin perjuicio de las acciones de reclamación civil y penal que contra los responsables directos corresponda adelantar por parte de la Nación, Fondo de Solidaridad y Garantía.

Riesgos profesionales

Concepto 0122 de 2005 (enero 11). Los empleadores y responsables que incumplan con la afiliación y cotización al Sistema General de Riesgos Profesionales serán sancionados conforme lo previsto en el Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 de 1993 y demás normas que la modifiquen.

Superintendencia Bancaria de Colombia

Tarjeta débito. Cajeros automáticos. Cuenta corriente o de ahorros*

Concepto 2004062721 de 2005 (enero 26). Tarifas de servicios financieros. Utilización de la tarjeta débito en la prestación de un servicio adicional o conexo a la obligación fundamental de restitución primaria de los recursos depositados. La tarifa que pueda cobrarse habrá de estarse a lo dispuesto por las partes en los contratos bancarios.

UPAC. Crédito de vivienda. Alivio. Reestructuración*

Concepto 2005017144-1 de 2005 (abril 8). Aplicación de abonos resultantes de reliquidaciones de créditos de vivienda a saldos vigentes en 31 de diciembre de 1999. Reliquidación en caso de créditos en mora. Reestructuración de un crédito, requisitos.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN

Bono pensional. Aportes obligatorios

Concepto 008755 de 2005 (febrero 17). El bono pensional y los aportes obligato-

* Los conceptos indicados con asterisco se publican en el presente Boletín.

rios en los fondos de pensiones de cualquiera de los regímenes del Sistema General de Pensiones, así como sus rendimientos, son recursos de naturaleza parafiscal que no se encuentran a disposición de los contribuyentes. Por ello, estos bonos y aportes no hacen parte del patrimonio bruto de los ciudadanos para fines tributarios.

Fondo de pensiones. Impuesto de ventas IVA

Concepto 006762 de 2005 (febrero 9). Los bienes y servicios no vinculados directamente con la seguridad social que se vendan a un fondo de pensiones y que se cancelen con recursos del fondo de pensiones se encuentran gravados con el IVA y el proveedor de los mismos está obligado a facturarlos.

Gravamen a los movimientos financieros. Remesa negociada*

Concepto 008521 de 2005 (febrero 16). Teniendo en cuenta la definición de la remesa negociada señalada en el Concepto No. OJ-092 del 26 de abril de 1982, emitido por la Superintendencia Bancaria, y el contenido del concepto general del gravamen a los movimientos financieros (00002 de julio 8 de 2003), para efectos del impuesto acorde con lo dispuesto por el artículo 871 del Estatuto Tributario, constituye hecho generador, la disposición de recursos depositados en cuentas corrientes o de ahorros entre

otros, de tal manera que una vez negociada la remesa el banco pone a disposición del usuario los recursos; por ende la disposición que haga de ellos se encuentra gravada con el GMF.

Leasing. Arrendamiento financiero. Depreciación para efectos fiscales*

Concepto 006471 de 2005 (febrero 8). Los contratos de leasing operativo previstos en el numeral 1 del artículo 127-1 del Estatuto Tributario, a partir de 1992, y los bienes objeto de contratos de arrendamiento financiero que realizan las compañías de leasing, pueden depreciarse para efectos fiscales durante la vida del contrato empleando para ello el sistema que autoriza la Superintendencia Bancaria de Colombia para fines contables.

Tarjeta de crédito. Persona natural

Concepto 016680 de 2005 (marzo 22). Si los ingresos y el patrimonio de una persona natural no superan los topes señalados para cumplir con la obligación de presentar la declaración del impuesto de renta y complementarios pero el valor de sus consumos realizados mediante tarjeta de crédito durante el año gravable llegan a exceder la suma fijada para ese año, dicha persona natural titular de la tarjeta de crédito queda obligada a presentar su declaración de impuesto de renta y complementarios.