



Superintendencia  
Bancaria de Colombia

## Boletín jurídico

### No. 39

Octubre - Noviembre de 2004  
ISSN-1794-4538

Superintendente Bancario  
Jorge Pinzón Sánchez

Director Jurídico  
Segismundo Méndez Méndez

Subdirector de Representación  
Judicial y Ediciones Jurídicas  
María del Pilar De la Torre Sendoya

#### Edición Boletín Jurídico

Andrés Velandia Vásquez  
Luis Fernando López Garavito  
Myriam Stella Daza Correa

#### Colaboradores

Andrés Velandia Velásquez  
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](http://www.superbancaria.gov.co)

#### Impresión

STILO  
Impresores Ltda.

#### Portada:

"Bogotá Colonial 2005"

Foto de Julio Alberto Rincón Rodríguez  
Superintendencia Bancaria de Colombia  
Año 2005 - Bogotá, Colombia

## CONTENIDO

### DE ESPECIAL INTERÉS

Ley 915 de 2004. Estatuto fronterizo del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina - Operaciones autorizadas a los establecimientos de crédito que allí se constituyan .....	6
Ley 905 de 2004. Microempresa - Democratización del crédito .....	8
Decreto 3420 de 2004. Composición y funciones de la comisión de coordinación interinstitucional para el control del lavado de activos .....	11
Decreto 3614 de 2004. Funciones Fogafín .....	21

### JURISPRUDENCIA

Juegos y sorteos promocionales .....	24
Pensión de Jubilación - Procedencia del amparo tutelar .....	36
Potestad sancionatoria del Estado .....	41
Redenominación de los créditos de vivienda (Pesos - UVR) .....	58
Reliquidación de créditos hipotecarios .....	65

### CONCEPTOS

Acciones - Patrimonio autónomo - Fiducia mercantil .....	74
Crédito de vivienda - Centrales de información .....	87
Intervención del Estado - Actividad financiera .....	93
Lista Clinton .....	98

### TEMAS DE CONSULTA

Protección al consumidor - Recepción de moneda legal colombiana en billetes y moneda metálica .....	106
Revisor Fiscal - Auxiliares y colaboradores .....	108

### RESEÑA GENERAL

Normas .....	112
Jurisprudencia .....	114
Conceptos .....	115

***E**ste número del Boletín Jurídico presenta cuatro temas en su sección ‘De Especial Interés’, que llamarán la atención de nuestros lectores por la importancia de las materias financieras que desarrollan. Se trata del nuevo Estatuto Fronterizo de Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que autoriza algunas operaciones para los establecimientos de crédito que se establezcan en el archipiélago; se seleccionaron también apartes de la Ley 905 de 2004 relacionados con la democratización de crédito para el caso de las microempresas y pymes.*

*En la sección ‘Jurisprudencia’ se incluyen cinco pronunciamientos de las altas corporaciones judiciales y en la de ‘Conceptos’ se presentan cuatro consultas resueltas por la Superintendencia Bancaria de Colombia relacionadas con temas de actualidad como son i) la Lista Clinton como causal objetiva del sector vigilado para no asumir riesgos y ii) reportes en centrales de información financiera y políticas de administración del riesgo crediticio, entre otros.*

*En la sección ‘Temas de consulta’ se presentan la Carta Circular 78 de 2004 y la Circular Externa 047 de 2004 de la Superintendencia Bancaria de Colombia, las cuales hacen referencia a la recepción de moneda legal colombiana por parte del sistema financiero y a la competencia del revisor fiscal para nombrar y remover al personal de auxiliares y colaboradores que están bajo su dirección y responsabilidad, en su orden.*

**Subdirección de Representación Judicial  
y Ediciones Jurídicas**



## **De especial interés**

*Ley 915 de 2004. Estatuto fronterizo  
del Departamento Archipiélago de San Andrés,  
Providencia y Santa Catalina - Operaciones  
autorizadas a los establecimientos de crédito  
que allí se constituyan*

*Ley 905 de 2004. Microempresa -  
Democratización del crédito*

*Decreto 3420 de 2004. Composición  
y funciones de la comisión de coordinación  
interinstitucional para el control  
del lavado de activos*

*Decreto 3614 de 2004. Funciones Fogafin*

*ESTATUTO FRONTERIZO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE  
SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA -  
OPERACIONES AUTORIZADAS A LOS ESTABLECIMIENTOS  
DE CRÉDITO QUE ALLÍ SE CONSTITUYAN*

El Estatuto Fronterizo para el desarrollo económico y social de San Andrés y Providencia incorpora nuevas disposiciones con relación a las operaciones de las entidades vigiladas. Por ello, se presentan los apartes pertinentes relativos al régimen financiero y a las actividades de las entidades crediticias.

**Ley 915 de 2004\***  
(octubre 21)

Por la cual se dicta el Estatuto Fronterizo para el Desarrollo Económico y Social del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

El Congreso de Colombia

Decreta:

(...)

**Capítulo IV**  
Del régimen financiero

**Artículo 21.** *Operaciones autorizadas a los establecimientos de crédito.* Con el fin de facilitar la consolidación del Centro Financiero Internacional creado mediante la Ley 47 de 1993, las operaciones que realicen los establecimientos de crédito que se constituyan en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se regirán por lo previsto en el presente capítulo, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas que les sean aplicables.

**Artículo 22.** Los establecimientos constituidos conforme al artículo anterior, además de las operaciones autorizadas en moneda legal, podrán realizar operaciones en moneda extranjera exclusivamente en el departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, siempre que correspondan a operaciones autorizadas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y demás normas aplicables según la clase particular de institución financiera. El Gobierno Nacional podrá establecer normas especiales con el objeto de regular las operaciones en moneda extranjera de tales establecimientos, con sujeción a los objetivos y criterios establecidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La Superintendencia Bancaria tendrá las mismas facultades de supervisión atribuidas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sobre los establecimientos de crédito así constituidos.

---

\* Diario Oficial 45.714 del 27 de octubre de 2004.

**Artículo 23.** La Junta Directiva del Banco de la República reglamentará la forma como los establecimientos de crédito realizarán operaciones en moneda extranjera en el territorio continental, así como la unidad de cuenta y unidad de pago especiales de las operaciones en moneda extranjera realizadas en el Archipiélago, de tal forma que se cumpla con los propósitos de esta ley.

Para efectos de lo dispuesto en el presente capítulo, el Banco de la República y su Junta Directiva podrán establecer normas especiales en relación con los establecimientos constituidos conforme con el presente capítulo, para el ejercicio de sus funciones como prestamista de última instancia o para regularla circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda; y en particular, las señaladas en la Ley 9ª de 1991 artículo 3º parágrafo 1º.

Así mismo, el Gobierno Nacional señalará las normas generales conforme a las cuales la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafín, organizará el seguro de depósito para las operaciones en moneda extranjera realizadas por las entidades de que trata el presente capítulo.

(...)

## Capítulo IX

### Del régimen de fomento económico

**Artículo 64.** *Entidades crediticias.* Finagro, Bancóldex y todas las entidades financieras y de fomento de naturaleza pública de Colombia, en el ámbito de sus competencias, crearán líneas especiales de crédito o fomento para empresarios, cooperativas, asociaciones de pequeños productores, microempresarios, asociaciones que representen a la comunidad raizal famiempresas, mujeres cabeza de hogar, asociaciones de tercera edad; jóvenes referentes al desarrollo de empresas en los campos de artesanías, pesca, turismo, la actividad agropecuaria, industria, exportación, cultura y educación.

**Artículo 65.** *Beneficiarios de créditos.* Las anteriores líneas de crédito y de fomento se otorgarán exclusivamente a raizales y residentes del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

**Artículo 66.** *Inversiones.* Las inversiones de cualquier naturaleza que se adelanten en el departamento Archipiélago deberán respetar su ambiente, el interés social, su grupo étnico y su patrimonio cultural.

**Artículo 67.** *Contratación.* En las licitaciones de contratos cuyo objeto deba ser desarrollado en el territorio del departamento Archipiélago, las entidades licitantes propenderán por una participación real y efectiva de los raizales y residentes, valorando esta circunstancia. En igualdad de condiciones se preferirá a los raizales y residentes del departamento Archipiélago.

**Artículo 68.** El fondo territorial que se cree de conformidad con lo establecido en la Ley General de Cultura, Ley 397 de 1997, en el departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia propenderá por el desarrollo de todas las manifestaciones de la cultura autóctona

del departamento Archipiélago. Y en la selección de los beneficiarios se consultará las listas elaboradas por parte del Consejo Departamental de Cultura, dispuesto por el artículo 55 de la Ley 47 de 1993.

### Capítulo XI

#### De las disposiciones varias

**Artículo 69.** Facúltase al Gobierno Nacional, para que gestione con el sector privado o público los recursos para la construcción del Centro de Convenciones de San Andrés.

**Artículo 70.** Los recaudos de que trata el artículo 23 de la Ley 793 de 2002, deberán ser entregados al departamento Archipiélago dentro del mes siguiente a su causación.

**Artículo 71.** Las autorizaciones de gasto otorgadas al Gobierno Nacional en virtud de esta ley, se incorporarán en los Presupuestos Generales de la Nación, de acuerdo con las normas orgánicas en materia presupuestal, en primer lugar, reasignando los recursos hoy existentes en cada órgano ejecutor, sin que ello implique un aumento del presupuesto. Y en segundo lugar, de acuerdo con las disponibilidades que se produzcan en cada vigencia fiscal.

**Artículo 72.** Esta ley rige a partir de la fecha de su sanción.

(...)

## *MICROEMPRESA - DEMOCRATIZACIÓN DEL CRÉDITO*

### Ley 905 de 2004\*

(agosto 2)

por medio de la cual se modifica la Ley 590 de 2000 sobre promoción del desarrollo de la micro, pequeña y mediana empresa colombiana y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

Decreta:

### Capítulo I

#### Disposiciones generales

**Artículo 1º.** El literal b) del artículo 1º de la Ley 590 de 2000 quedará así:

b) Estimular la promoción y formación de mercados altamente competitivos mediante el fomento a la permanente creación y funcionamiento de la mayor cantidad de micro, pequeñas y medianas empresas, Mipymes.

\* Diario Oficial 45.628 del 2 de agosto de 2004.

**Artículo 2°.** El artículo 2° de la Ley 590 de 2000 quedará así:

*Artículo 2°. Definiciones.* Para todos los efectos, se entiende por micro incluidas las Famiempresas pequeña y mediana empresa, toda unidad de explotación económica, realizada por persona natural o jurídica, en actividades empresariales, agropecuarias, industriales, comerciales o de servicios, rural o urbana, que responda a dos (2) de los siguientes parámetros:

1. Mediana empresa:

- a) Planta de personal entre cincuenta y uno (51) y doscientos (200) trabajadores, o
- b) Activos totales por valor entre cinco mil uno (5.001) a treinta mil (30.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

2. Pequeña empresa:

- a) Planta de personal entre once (11) y cincuenta (50) trabajadores, o
- b) Activos totales por valor entre quinientos uno (501) y menos de cinco mil (5.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes o,

3. Microempresa:

- a) Planta de personal no superior a los diez (10) trabajadores o,
- b) Activos totales excluida la vivienda por valor inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes (.)

*Parágrafo.* Los estímulos beneficios, planes y programas consagrados en la presente ley, se aplicarán igualmente a los artesanos colombianos, y favorecerán el cumplimiento de los preceptos del plan nacional de igualdad de oportunidades para la mujer.

## Capítulo II

### Marco institucional

(...)

**Artículo 6°.** El artículo 7° de la Ley 590 de 2000 quedará así:

*Artículo 7°. Atención a las Mipymes por parte de las entidades estatales.* Sin perjuicio de la dirección y diseño de las políticas dirigidas a las Mipymes a cargo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, las entidades estatales integrantes de los Consejos Superiores de pequeña y mediana empresa, Consejos regionales, Secretaría Técnica permanente y Secretarías Técnicas Regionales, cuyo objeto institucional no sea específicamente la atención a las Mipymes, el Fondo Nacional de Garantías, el SENA, Colciencias, Bancoldex, Proexport, Finagro, Fondo Agropecuario de garantías, Banco Agrario, las Compañías Promotoras y Corporaciones Financieras y las demás entidades vinculadas al sector, establecerán dependencias especializadas en la atención a estos tipos de empresas y asignarán responsabilidades para garantizar la materialidad de las acciones que se emprendan de conformidad con las disposiciones de la presente ley, en el ámbito de sus respectivas competencias.



*Parágrafo.* Competerá exclusivamente al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo o quien haga sus veces la Coordinación General de la actividad especializada hacia las Mipymes que desarrollen las entidades de que trata este artículo.

**Artículo 7º.** El artículo 8º de la Ley 590 de 2000 quedará así:

*Artículo 8º. Informes sobre acciones y programas.* Las entidades estatales integrantes de los Consejos Superiores de Pequeña y Mediana Empresa, y de Microempresa, así como el Fondo Nacional de Garantías, el SENA, Colciencias, Bancoldex, Proexport, Finagro, Fondo Agropecuario de Garantías, Banco Agrario, las Compañías Promotoras y Corporaciones Financieras y las demás entidades vinculadas al sector, informarán semestralmente a la Secretaría Técnica de los consejos sobre la índole de las acciones y programas que adelantarán respecto de las Mipymes, la cuantía de los recursos que aplicarán a la ejecución de dichas acciones, programas y resultados de los mismos.

(...)

## Capítulo V

### Acceso a mercados financieros

**Artículo 18.** El artículo 34 de la Ley 590 de 2000 quedará así:

*Artículo 34. Préstamos e inversiones destinados a las Mipymes.* Para efecto de lo establecido en el artículo 6º de la Ley 35 de 1993, cuando el Gobierno Nacional verifique que existen fallas del mercado u obstáculos para la democratización del crédito, que afecten a las micro, pequeñas y medianas empresas, en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República determinará de manera temporal la cuantía o proporción mínima de los recursos o líneas de crédito, que, en la forma de préstamos o inversiones, deberán destinar los establecimientos que realicen actividades de otorgamiento de créditos al sector de las Micro, pequeñas y medianas empresas.

**Artículo 19.** El artículo 40 de la Ley 590 de 2000 quedará así:

*Artículo 40. Condiciones especiales de crédito a empresas generadoras de empleo.* El Fondo Nacional de Garantías S. A. podrá otorgar condiciones especiales de garantía a empresas especialmente generadoras de empleo, por un setenta por ciento (70%) del valor del crédito requerido para el emprendimiento, de conformidad con el reglamento que expida el Gobierno Nacional, el cual se debe llevar a cabo dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley.

*Parágrafo.* El Gobierno Nacional establecerá condiciones especiales que permitan al Fondo Nacional de Garantías, la venta de los bienes recibidos como dación en pago, con el fin de volverlos líquidos a la mayor brevedad, y así otorgar nuevamente, con esos recursos, garantías a las micro, pequeñas y medianas empresas, Mipymes.

## Capítulo VI

### Creación de empresas

(...)

**Artículo 22.** El artículo 45 de la Ley 590 de 2000 quedará así:

*Artículo 45. Líneas de crédito para creadores de empresa.* El Instituto de Fomento Industrial o quien haga sus veces y el Fondo Nacional de Garantías establecerán, durante el primer trimestre de cada año el monto y las condiciones especiales para las líneas de crédito y para las garantías dirigidas a los creadores de micro, pequeñas y medianas empresas.

(...)

**Artículo 25.** La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

**COMPOSICIÓN Y FUNCIONES DE LA COMISIÓN DE COORDINACIÓN  
INTERINSTITUCIONAL PARA EL CONTROL DEL LAVADO DE ACTIVOS**

**Decreto 3420 de 2004\***

(octubre 20)

Por el cual se modifica la composición y funciones de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos y se dictan otras disposiciones.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades que le otorgan el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución y los artículos 45 y 54 de la Ley 489 de 1998, y el artículo 66 de la Ley 4 de 1913, y

Considerando:

Que mediante Decreto 950 de 1995, se creó la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, como organismo consultivo del Gobierno Nacional y ente coordinador de las acciones que desarrolla el Estado para combatir el lavado de activos. A través de los Decretos 754 de 1996 y 200 de 2003 se modificó la composición y funciones de la Comisión;

Que las organizaciones criminales y terroristas, constituyen una amenaza para la seguridad, la convivencia y el desarrollo social, pues fomentan la corrupción, socavan los valores de la comunidad, distorsionan de manera general el buen funcionamiento de la economía, especialmente perturbando los mercados de divisas y otros mercados financieros, así como estimulando el contrabando;

Que para evitar el fortalecimiento económico de las organizaciones terroristas y de la delincuencia organizada en general es necesario adoptar medidas integrales para impedir que se utilicen instituciones y actividades legítimas para canalizar, ocultar o dar apariencia de legali-

\* Diario Oficial 45.708 del 21 de octubre de 2004, pág. 1.

dad a activos emanados del delito o destinados al mismo. Estas medidas deben estar dirigidas a la prevención, control, detección y represión del lavado de activos y la financiación del terrorismo;

Que para este propósito y dado el carácter transnacional de las conductas es imperante contar con una eficaz cooperación internacional. En consecuencia, es necesario velar y hacer seguimiento permanente al cumplimiento de los estándares internacionales en estas materias y apoyar a las instancias de coordinación o de contacto con organismos, instancias o foros internacionales relativos al lavado de activos y al enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas;

Que conforme a lo dispuesto en el artículo 113 de la Constitución Política, los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Las autoridades públicas deben en consecuencia actuar bajo los principios de eficacia, economía, celeridad, coordinación, complementariedad, cooperación y especialización;

Que es política de Estado mejorar la prevención, detección, investigación y sanción de las actividades delictivas a partir del intercambio eficaz de información entre las autoridades competentes, haciendo uso de las tecnologías de información y comunicación. Así mismo, para una adecuada acción del Estado es conveniente disponer de un sistema de seguimiento estadístico con el objeto de compilar y difundir las cifras oficiales del sistema integral de lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo;

Que el diseño de una política integral de lucha contra el lavado de activos y la financiación del terrorismo parte del fortalecimiento de los espacios de coordinación entre las autoridades competentes. En este marco, es imperante la generación de canales operativos entre las instancias de prevención, detección, investigación y juzgamiento;

Que en consecuencia es indispensable modificar la composición y organización de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos para garantizar su operatividad, definiendo claramente funciones y responsabilidades de las distintas autoridades involucradas;

Que en mérito de lo anterior,

Decreta:

**Artículo 1º.** *Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA.* La Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA, creada por el Decreto 950 de 1995, tendrá la siguiente composición:

1. El Ministro del Interior y de Justicia o el Viceministro de Justicia, quien la presidirá.
2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado, quien deberá ser un viceministro.
3. El Ministro de Defensa Nacional o su delegado, quien deberá ser un viceministro.
4. El Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o su delegado quien será el Subdirector del Departamento.

5. El Fiscal General de la Nación o su delegado quien deberá ser el Vicefiscal General de la Nación.

**Parágrafo 1º.** El Director General de la Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero o su delegado, quien deberá ser Subdirector, ejercerá la Secretaría Técnica de la CCICLA en los términos que le señale el presente Decreto y el reglamento de la CCICLA.

**Parágrafo 2º.** Como miembro no permanente podrá asistir el Vicepresidente de la República. Cuando él esté presente presidirá la sesión.

**Artículo 2º.** *Funciones de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA.* La Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA, ejercerá las siguientes funciones:

1. Formular la política de Gobierno en contra de los fenómenos asociados al lavado de activos, el enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas. Consolidar y evaluar las propuestas de política presentadas por los Comités Operativos y recomendar a la instancia pertinente su adopción.
2. Coordinar, orientar y apoyar a las entidades estatales en la ejecución de las funciones relacionadas con la lucha contra las conductas asociadas al lavado de activos, enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas.
3. Conocer las propuestas de modificación normativa presentadas por los Comités Operativos y canalizarlas hacia la autoridad y/o Comité Operativo competente. Hacer seguimiento al proceso de estudio y adopción de estas, a través de la Secretaría Técnica.
4. Conocer los nuevos sectores o actividades de riesgo y posibles tipologías para orientar las acciones de las diferentes entidades. Promover la adopción de mejores prácticas.
5. Medir y evaluar el impacto social y económico de las conductas asociadas al lavado de activos, el enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas.
6. Velar por el seguimiento permanente al cumplimiento de los estándares internacionales en materia de lavado de activos, enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas y hacer las recomendaciones a que haya lugar.
7. Apoyar a la instancia nacional de coordinación o de contacto con organismos, instancias o foros internacionales relativos al lavado de activos, el enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas.
8. Definir mecanismos de retroalimentación entre las diferentes entidades relacionadas con el proceso de prevención-detección-investigación-sanción de las conductas asociadas al lavado de activos, el enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas.
9. Apoyar a las diferentes entidades en el acceso a nuevas fuentes de información, útil para las actividades de prevención, detección e investigación judicial.

10. Velar por la operatividad de un Sistema de Seguimiento Estadístico con el objeto de compilar y difundir las cifras oficiales del sistema integral de lucha contra el lavado de activos.

11. Rendir los informes que sean necesarios al Presidente de la República, sobre el funcionamiento de la Comisión, así como sobre las acciones que las distintas entidades estatales estén adelantando para dar cumplimiento a las políticas trazadas.

12. Aprobar la inclusión de nuevas entidades en los Comités Operativos y establecer si participarán como miembros permanentes o no permanentes.

13. Adoptar su reglamento de funcionamiento, así como de los Comités Operativos.

**Parágrafo 1º.** La Comisión podrá formular invitación a cualquier funcionario, dependencia del Estado o representante del Sector Privado, cuya presencia sea considerada conveniente para el cumplimiento de las funciones de la Comisión.

**Parágrafo 2º.** La Comisión se reunirá por lo menos una vez cada cuatro (4) meses, por convocatoria de la Secretaría Técnica o por solicitud que a esta le formule cualquiera de sus miembros, o en forma extraordinaria cuando sea necesario, y funcionará conforme al reglamento interno que para el efecto deberá expedir la misma Comisión.

**Artículo 3º.** *Funciones de la Secretaría Técnica.* La Secretaría Técnica de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA, cumplirá las siguientes funciones:

1. Convocar a las sesiones de la Comisión Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA.

2. Hacer seguimiento al proceso de estudio y adopción de las propuestas de modificación normativa presentadas por los Comités Operativos.

3. Asistir a las reuniones de cualquiera de los Comités Operativos.

4. Mantener la memoria institucional de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA, y de los Comités Operativos.

5. Las demás que establezca el reglamento.

**Artículo 4º.** *Comité Operativo de Cultura Antilavado.* Créase el Comité Operativo de Cultura Antilavado para prestar apoyo permanente a la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA, el cual está integrado por:

1. El Ministro de Educación Nacional o su delegado.

2. El Ministro de Comunicaciones o su delegado.

3. El Viceministro de Justicia o su delegado, quien lo coordinará.

**Parágrafo.** Los delegados al Comité Operativo de Cultura Antilavado deben ser del nivel directivo o asesor.

**Artículo 5º.** Objetivos del Comité Operativo de Cultura Antilavado. Son objetivos del Comité Operativo de Cultura Antilavado:

1. Formular estrategias de orden educativo y cultural tendientes a la formación ciudadana en el respeto a los valores y normas jurídicas. Estas estrategias deberán estimular y difundir:

a) El rechazo de todos los sectores de la sociedad a las finanzas ilícitas;

b) La colaboración efectiva con las autoridades;

c) La disuasión al ciudadano de la comisión de conductas asociadas con el fenómeno del lavado de activos, el enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas.

2. Recuperar experiencias en materia de campañas institucionales, especialmente aquellas relacionadas con la formación en valores ciudadanos, la prevención y disuasión de conductas punibles.

**Artículo 6º.** *Comité Operativo para la Prevención y Detección.* Créase el Comité Operativo de Prevención y Detección para el apoyo permanente a la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA, el cual está integrado en forma permanente por:

1. El Gerente General del Banco de la República o su delegado.

2. El Viceministro de Justicia o su delegado.

3. El Superintendente Bancario o su delegado.

4. El Superintendente de Economía Solidaria o su delegado.

5. El Superintendente de Notariado y Registro o su delegado.

6. El Superintendente de Sociedades o su delegado.

7. El Superintendente de Valores o su delegado.

8. El Superintendente Nacional de Salud o su delegado.

9. El Director General de Impuestos y Aduanas Nacionales o su delegado.

10. El Director General de la Unidad de Información y Análisis Financiero o su delegado, quien lo coordinará.

Son miembros no permanentes del Comité Operativo de Prevención y Detección:

1. El Ministro de Comercio, Industria y Turismo o su delegado.

2. El Superintendente de Industria y Comercio o su delegado.

3. El Superintendente de Puertos y Transporte o su delegado.
4. El Superintendente de Vigilancia y Seguridad Privada o su delegado.
5. El Director General del Instituto Colombiano del Deporte, Coldeportes, o su delegado.
6. El Director General de la Junta Central de Contadores o su delegado.

**Parágrafo 1º.** Serán miembros no permanentes del Comité Operativo de Prevención y Detección, los ministros, directores de departamento administrativo o de unidad administrativa especial, superintendentes, representantes legales de organismos o entidades que posean una estructura independiente y autonomía administrativa o sus delegados, cuando a juicio de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA, la entidad que representan deba hacer parte de este en razón de las funciones que cumplen.

**Parágrafo 2º.** Los delegados al Comité Operativo de Prevención y Detección deben ser del nivel directivo o asesor.

**Artículo 7º.** Objetivos del Comité Operativo de Prevención y Detección. Son objetivos del Comité Operativo de Prevención y Detección:

1. Proponer políticas en relación con el cumplimiento de las normas legales sobre prevención y control de las conductas asociadas con el fenómeno del lavado de activos, el enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas, tanto para la acción estatal como de los particulares.
2. Sugerir modificaciones normativas para la efectiva prevención y detección de las conductas asociadas con el fenómeno del lavado de activos, el enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas.
3. Intercambiar la experiencia institucional con el fin de mejorar la oportunidad, eficiencia, eficacia y coherencia de la acción estatal.
4. Identificar debilidades, mejores prácticas, necesidades, nuevos sectores o actividades de riesgo, posibles tipologías, con el fin de optimizar los niveles de prevención y detección y la eficacia de las herramientas administrativas sancionatorias.
5. Identificar nuevas fuentes de información, propia o ajena, útil para las actividades de prevención y detección.
6. Proponer mecanismos de autorregulación en sectores no sometidos a la inspección, control o vigilancia por parte del Gobierno Nacional, cuando hubiere lugar a ello.
7. Realizar seguimiento permanente al cumplimiento de los estándares internacionales en materia de lavado de activos, el enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas, y proponer las acciones necesarias para su implementación.

**Artículo 8º.** Comité Operativo de Investigación y Juzgamiento. Crease el Comité Operativo de Investigación y Juzgamiento para prestar apoyo permanente a la Comisión de



Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos el cual está integrado en forma permanente por:

1. El Viceministro de Justicia o su delegado.
2. El Director Nacional de Fiscalías o su delegado que será el Fiscal Jefe de la Unidad Nacional para la Extinción del Dominio y contra el Lavado de Activos, quien lo coordinará.
3. El Director Nacional del Cuerpo Técnico de Investigación, CTI, o su delegado que será el Coordinador del Grupo para la Extinción del Dominio y contra el Lavado de Activos del CTI.
4. El Director General Operativo del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o su delegado que será el Jefe del Área Especializada en Investigaciones Financieras del DAS.
5. El Director Central de Policía Judicial de la Policía Nacional, DIJIN, o su delegado que será el Jefe del Área Investigativa de Delitos Especiales de la DIJIN.
6. El Director Nacional de Estupefacentes o su delegado que será el Subdirector Jurídico de la Dirección Nacional de Estupefacentes.
7. Un Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, designado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.
8. Un Juez Penal del Circuito Especializado de Bogotá, designado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

**Parágrafo.** Podrán asistir como miembros no permanentes del Comité Operativo de Investigación y Juzgamiento los servidores públicos que coordinen el cumplimiento de las funciones de policía judicial en los organismos de control y en las entidades públicas que ejerzan funciones de inspección, vigilancia y control.

**Artículo 9º.** Objetivos del Comité Operativo de Investigación y Juzgamiento. Son objetivos del Comité Operativo de Investigación y Juzgamiento:

1. Proponer modificaciones normativas para la efectiva investigación y sanción penal de las conductas asociadas con el fenómeno del lavado de activos, el enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas.
2. Intercambiar la experiencia institucional con el fin de mejorar la oportunidad, eficiencia, eficacia y coherencia de la acción judicial.
3. Identificar nuevas fuentes de información, propia o ajena, útil para las actividades de investigación judicial.
4. Realizar seguimiento permanente al cumplimiento de los estándares internacionales en materia de lavado de activos, enriquecimiento y financiación de las organizaciones crimina-



les y terroristas, desde la perspectiva del proceso penal y proponer las acciones necesarias para su implementación.

5. Estudiar las dificultades en la interpretación y aplicación de los tipos penales asociados con el fenómeno del lavado de activos, el enriquecimiento y financiación de las organizaciones criminales y terroristas.

6. Analizar las técnicas y métodos de investigación empleados, así como la idoneidad de los medios probatorios, para garantizar la eficacia de la acción penal.

7. Analizar el funcionamiento de la cooperación judicial y policial internacional, y proponer las acciones que sean necesarias para garantizar su efectividad.

8. Concertar las formas de colaboración entre la Fiscalía General de la Nación y los diferentes organismos de policía judicial para que actúen bajo los principios de eficacia, economía, celeridad, coordinación, complementariedad, y especialización en el desarrollo de la investigación penal de las conductas enunciadas.

**Artículo 10.** Comité Operativo para la Implementación del Sistema Centralizado de Consultas de Información (SCCI). Créase el Comité Operativo para la Implementación del Sistema Centralizado de Consultas de Información (SCCI) para apoyar permanentemente a la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, mediante la coordinación de la ejecución del proyecto intersectorial "Sistema Centralizado de Consultas de Información (SCCI)". El Comité está integrado por:

1. El Viceministro de Comunicaciones o su delegado que será el Director del Programa Agenda de Conectividad, quien lo coordinará.

2. El Subgerente de Informática del Banco de la República.

3. El Jefe de la Oficina de Sistemas e Informática de la Contraloría General de la República.

4. El Jefe de la Oficina de Informática del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

5. El Jefe de la Oficina de Servicios Informáticos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

6. El Subdirector de Informática de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

7. El Director del Centro de Información sobre Actividades Delictivas, CISAD, de la Fiscalía General de la Nación.

8. El Asesor Jefe del Área de Informática del Ministerio de Transporte.

9. El Jefe de la Oficina Asesora de Telemática de la Dirección Central de Policía Judicial de la Policía Nacional.

10. El Jefe de la Oficina de Sistemas de la Procuraduría General de la Nación.

11. El Gerente de Informática de la Registraduría Nacional del Estado Civil.
12. El Director de Planeación e Informática de la Superintendencia Bancaria de Colombia.
13. El Jefe de la Oficina de Informática de la Superintendencia de Notariado y Registro.
14. El Director de Informática y Desarrollo de la Superintendencia de Sociedades.
15. El Jefe de la Oficina de Sistemas de la Superintendencia de Valores.
16. El Subdirector de Análisis de Operaciones de la Unidad de Información y Análisis Financiero.

**Parágrafo 1º.** Podrá asistir al comité, como miembro no permanente, un representante de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia.

**Parágrafo 2º.** Serán miembros permanentes del Comité Operativo para la Implementación del Sistema Centralizado de Consultas de Información (SCCI), los directores o jefes del área de sistemas o informática de las entidades que a juicio de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA, deban hacer parte de este, dada su vinculación al proyecto.

**Parágrafo 3º.** Las entidades representadas en el Comité, son las entidades participantes en la implementación del Sistema Centralizado de Información (SCCI).

**Artículo 11.** *Objetivos del Comité Operativo para la Implementación del Sistema Centralizado de Consultas de Información (SCCI).* Son objetivos del Comité Operativo para la Implementación del Sistema Centralizado de Consultas de Información (SCCI):

1. Coordinar la gestión de información, recursos humanos o técnicos que se necesiten para la implementación y utilización del SCCI, así como para garantizar estándares y complementariedad en dicho proceso.
2. Establecer y aplicar indicadores y criterios de evaluación para medir el desarrollo de los objetivos del proyecto SCCI.
3. Proponer soluciones que racionalicen los trámites, los procesos y los procedimientos de intercambio de información entre las entidades participantes.
4. Velar que las entidades participantes permitan la instalación del SCCI, colaboren en forma eficaz para la realización de las pruebas necesarias para la implementación, provean la infraestructura de comunicaciones necesaria para el acceso de la entidad al SCCI, participen adecuadamente en el desarrollo del componente del SCCI que accede a los datos de la entidad, suministren al Operador la información que se requiera para adelantar adecuadamente el SCCI y permitan la capacitación y transferencia de conocimiento a quienes manejarán el SCCI al interior de las mismas.
5. Velar porque el sistema sea utilizado una vez entre en operación en cada entidad y su empleo sea conforme a lo indicado por el operador.

6. Velar por el adecuado manejo técnico y de información entregada para la operación del sistema, así como por el mantenimiento de la absoluta reserva sobre la información que intercambien las partes en la implementación del sistema y su posterior operación, utilizándola en forma discreta y racional.

7. Velar por que el operador imparta la capacitación y transferencia de conocimiento a quienes manejarán el SCCI al interior de las entidades participantes y haga entrega a las entidades participantes de las respectivas licencias del uso del sistema SCCI.

8. Velar por el cumplimiento de las obligaciones de informar con anticipación al administrador del SCCI los cambios en los aplicativos y las estructuras de datos al interior de la entidad que puedan afectar el debido funcionamiento del SCCI así como de desarrollar, directamente o a través de terceros, las modificaciones.

9. Velar porque las entidades participantes colaboren oportunamente con los requerimientos hechos por el programa Agenda de Conectividad, FONADE o la UIAF, tanto técnicos, humanos o de información que se necesiten para optimizar la ejecución e implementación del SCCI, y atender las inquietudes y solicitudes que en desarrollo de la implementación del sistema soliciten las entidades participantes.

10. Analizar y recomendar a la Comisión Intersectorial propuestas de las entidades de la administración pública en materia de inversiones para la adquisición, reposición, actualización, integración, mantenimiento y sostenimiento de sistemas de información, equipos de procesamiento de datos, programas informáticos y comunicación de datos, con el fin de verificar su pertinencia y compatibilidad en el marco de las políticas generales.

11. Proponer a la CCICLA y al Comité Técnico de la Comisión Intersectorial de Políticas y de Gestión de la Información para la Administración Pública mecanismos de negociación conjunta con los proveedores que permitan ahorros y ventajas financieras para la administración pública en el caso de la ampliación vertical u horizontal del SCCI o sostenibilidad.

12. Evaluar y proponer al Ministerio de Comunicaciones y al Fondo de Comunicaciones modelos de sostenibilidad del SCCI.

**Artículo 12.** *Carácter Técnico de los Comités Operativos.* Los Comités Operativos tendrán carácter estrictamente técnico y podrán para el cumplimiento de su misión, invitar a cualquier funcionario, dependencia del Estado o representante del Sector Privado, cuya presencia sea considerada conveniente.

**Artículo 13.** *Sistema de Seguimiento Estadístico.* Las entidades involucradas directa o indirectamente en el tema del lavado de activos, deberán reportar trimestralmente a la Unidad de Información y Análisis Financiero, la información estadística sobre el avance y desarrollo de sus funciones, en la forma que esta entidad establezca, con el objeto de compilar y difundir las cifras oficiales del sistema integral de lucha contra el lavado de activos.

**Artículo 14.** *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su expedición, y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial los artículos 3°, 5° y 6° del Decreto 950 de 1995, 3° y 4° del Decreto 754 de 1996 y, 39 del Decreto 200 de 2003.

*FUNCIONES FOGAFÍN*

**Decreto 3614 de 2004\***

(noviembre 3)

Por el cual se modifica el Decreto 1814 de 2000, modificado por los Decretos 2542 de 2001 y 2374 de 2004.

El Presidente de la República de Colombia,

en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, el numeral 7 del artículo 320 y literal a) del numeral 1 del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, e informada previamente la Junta Directiva del Banco de la República,

Decreta:

**Artículo 1º.** El artículo 1º del Decreto 1814 de 2000, modificado por el artículo 1º del Decreto 2542 de 2001 y 2374 de 2004 quedará así:

"*Artículo 1º.* Autorízase al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para realizar aportes de capital en sociedades anónimas de naturaleza pública, cuyo objeto principal sea la adquisición, la administración y la enajenación de activos improductivos, incluidos los derechos en procesos liquidatorios, cuyos propietarios sean dicho Fondo, el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, los establecimientos de crédito de naturaleza pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

**Artículo 2º.** El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que resulten contrarias.

---

\* Diario Oficial 45.721 del 3 de noviembre de 2004.



# Jurisprudencia

*Juegos y sorteos promocionales*

*Pensión de Jubilación - Procedencia  
del amparo tutelar*

*Potestad sancionatoria del Estado*

*Redenominación de los créditos de vivienda  
(Pesos - UVR)*

*Reliquidación de créditos hipotecarios*

JUEGOS Y SORTEOS PROMOCIONALES

Corte Constitucional. M. P. Álvaro Tafur Galvis. Sentencia C-169 del 2 de marzo de 2004. Expediente D-4758.

**Síntesis:** *En concepto de la Corte, el Constituyente de manera directa no crea los arbitrios rentísticos monopolísticos sino que señala las reglas básicas que ha de atender el legislador para crear en cada caso el monopolio rentístico y, según sean las características del mismo, sujetarlo a las finalidades y condiciones básicas que señala la Constitución. Los sorteos de las sociedades de capitalización están excluidos del ámbito de la ley sobre monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.*

«(...)

## II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de la disposición acusada:

"Ley 643 de 2001  
(enero 16)

por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

El Congreso de Colombia

DECRETA

Capítulo I  
Aspectos generales

(...)

Artículo 5°. Definición de juegos de suerte y azar. Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar, a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad.

Son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales se participa sin pagar directamente por hacerlo, y que ofrecen como premio un bien o servicio, el cual obtendrá si se acierta o si se da la condición requerida para ganar.

Están excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, así como las competiciones de puro pasatiempo o recreo; *también están excluidos los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados, los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados directamente por estas entidades.*

(...)."

## IV. INTERVENCIONES

### 4. Intervención de la Federación de Aseguradores Colombianos.

(...)

Al respecto como razones de la defensa señala las siguientes:

(...)

Sobre las exclusiones de las sociedades de capitalización de los sorteos que realizan los comerciantes e industriales para impulsar las ventas, señala como razones tenidas en cuenta por el legislador, el carácter accesorio de dichas promociones respecto de una actividad principal que es industrial o comercial y

que las sociedades capitalizadoras realizan ellas mismas los sorteos en los planes de capitalización. Destaca al respecto cómo dichos sorteos han sido parte de la estructura de los contratos de capitalización desde cuando las sociedades de capitalización se regularon por primera vez. En ese orden de ideas trae a colación las disposiciones de la Ley 66 de 1947 y las reglas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero sobre los sorteos en los contratos de capitalización para aseverar que desde su organización las socie-

dades de capitalización tenían previsto en su objeto la posibilidad de realizar sorteos de amortización para permitir el reembolso anticipado. Estos sorteos, señala, son pues parte fundamental de la actividad de capitalización y como toda actividad de las sociedades de capitalización está sujeta al control de la Superintendencia Bancaria la cual aprueba los diferentes elementos técnicos en los cuales se funda el sistema, como son los planes y proyectos de contratos, las bases técnicas, las formulas para el cálculo de las cuotas, reservas, los sorteos de amortización, etc.

Así mismo el interviniente pone de presente que los sorteos que realizan las sociedades de capitalización tienen un contenido diferente al que realizan los operadores que ex-

plotan juegos de suerte y azar. En ese sentido destaca que las actividades que desarrollan las capitalizadoras no pueden considerarse un juego, ya que el juego es un "contrato en virtud del cual cada jugador se compromete en caso de que pierda, a pagar al ganador cierta suma de dinero u otra cosa que constituye el premio de la partida.

La apuesta es con contrato por el que dos personas, que tienen concepto distinto de un suceso pasado o futuro, que ambas ignoran, se comprometen a pagar una cantidad o especie una a otra, según que se realice o se haya realizado dicho suceso. (Arturo Alessandri. Manuel Somarriva. Derecho Civil Tomo IV. Numero 1203 ed. Nascimento 1942)".

(...)

Con base en los anteriores asertos señala que es claro que la actividad de las capitalizadoras es sustancialmente distinta de aquellas que se en-

cuentran naturalmente cobijadas por el monopolio de juegos de suerte y azar lo que justifica que el legislador no la hubiere incluido en dicho monopolio, además expresa como quiera que una parte de la estructura de los contratos de capitalización desde 1947 es la posibilidad de que existan amortizaciones en virtud de sorteos, el incorporar dichos sorteos dentro del régimen del monopolio hubiera implicado privar a las capitalizadoras de una actividad económica lícita que les ha sido reconocida por el ordenamiento y por lo mismo implicaría pagar una indemnización para que el monopolio pudiera serles aplicado, tal y como lo precisó en su oportunidad la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de abril de 1991 y lo establece hoy claramente el artículo 336 de la Constitución.

Destaca al respecto cómo dichos sorteos han sido parte de la estructura de los contratos de capitalización desde cuando las sociedades de capitalización se regularon por primera vez.



Así mismo señala que en la medida en que los sorteos de amortización anticipada forman parte del contrato de capitalización, el legislador al regular el monopolio del juego de suerte y azar consideró que debía excluirse dicha actividad, como una medida de fomento del ahorro lo cual es perfectamente posible de acuerdo con la jurisprudencia que él mismo transcribe en su estudio.

(...)

En el caso concreto -señala el interviniente- es evidente que existe una diferencia entre los comerciantes e industriales que realizan sorteos para impulsar sus ventas y quienes explotan los juegos de suerte y azar, así como entre estos últimos y las sociedades de capitalización, toda vez que en el primer caso, se trata de una actividad accesorio cuyo propósito es apoyar otra, en tanto que en el segundo caso, el juego es el objeto principal de la actividad; y así mismo existen diferencias entre las sociedades de capitalización y las demás personas que están sujetas al régimen de monopolio de juegos de suerte y azar, pues las sociedades de capitalización desarrollan una actividad financiera que involucra la captación de ahorro y por ello las mismas requieren autorización del Estado de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política.

Además, las sociedades de capitalización realizan dentro de dichas actividades sorteos dentro de los contratos de captación de ahorro, es decir, la diferencia entre las sociedades de capitalización y los demás sujetos resulta de una parte del propio trato constitucional que la Carta consagra para las entidades financieras el cual se traduce en los casos de las sociedades de capitalización en la sujeción a una regulación estricta en materia de su constitución, la formación de reservas, la inversión de las mismas, y la vigilancia y control por parte la Superintendencia Bancaria de los diversos aspectos del funcionamiento de las sociedades.

Finalmente el mecanismo utilizado por el legislador para lograr dicho propósito es proporcional pues el mismo consiste en excluir del monopolio los sorteos de los comerciantes e industriales y a las sociedades de capitalización que en sus contratos, de acuerdo con la ley prevén sorteos. Si en la estructura del contrato de capitalización se contemplan sorteos, la forma racional de impedir que se causaran tropiezos a dicha actividad era estableciendo que los mismos no formaban parte del monopolio.

(...)

**Existen diferencias entre las sociedades de capitalización y las demás personas que están sujetas al régimen de monopolio de juegos de suerte y azar, pues las sociedades de capitalización desarrollan una actividad financiera que involucra la captación de ahorro y por ello las mismas requieren autorización del Estado de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política.**

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

(...)

### 2. La materia sujeta a examen

(...)

Entonces, la Corte deberá determinar si el contenido acusado del artículo 5° de la Ley 643 de 2001 en cuanto excluye del régimen previsto en esa misma ley a los sorteos promocionales que realicen los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados directamente por estas entidades, resulta contrario a las reglas constitucionales y en especial a las invocadas por el demandante esto es los artículos 336 y 13.

Con tal propósito la Corte deberá recordar previamente el marco constitucional que rige lo relativo al establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos y en consecuencia la naturaleza y mayor o menor amplitud de las atribuciones que asisten al legislador en la materia.

### 3. La proyección y alcance del artículo 336 de la Constitución y la regulación de los monopolios rentísticos por el legislador.

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en varias ocasiones sobre el tema de los monopolios de suerte y azar y ha tenido oportunidad de recordar el origen del mismo, sus características, condiciones de funcionamiento y efectos jurídicos y administrativos.

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico con una finalidad de interés público y social y en virtud de la ley.

En ese orden de ideas cabe recordar que tradicionalmente la ley prohibía los juegos de suerte y azar con excepción, en principio, de las loterías cuyas rentas se destinaban a actividades de asistencia y salud públicas (Ley 64 de 1923).<sup>1</sup>

Así mismo es pertinente señalar que sucesivas leyes organizaron el monopolio de los juegos de suerte y azar como arbitrio rentístico del Estado en desarrollo del artículo 39 de la Constitución anterior. Entre ellas cabe mencionar la Ley 10 de 1990 cuyo artículo 42 dispuso: "Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes".

Como también da cuenta la jurisprudencia de esta Corte en varias de sus sentencias, en especial la Sentencia C-1191 de 2001 M. P. Doctor Rodrigo Uprimny, conforme al artículo 336 de la Constitución "ningún monopolio podrá establecerse sino como

1 En ese sentido ver sentencias C-1108 de 2001 Ms. Ps. Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil, C-1114 de 2001 M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-1070 de 2002 y C-031 de 2003 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-316 de 2003 M. P. Jaime Córdoba Triviño; C-571 de 2003 M. P. Jaime Araujo Rentería.

arbitrio rentístico con una finalidad de interés público y social y en virtud de la ley."<sup>2</sup>

En ese orden de ideas, esta Corporación ha entendido que solo podrá establecerse un monopolio con el propósito de generar rentas para una entidad del Estado, para fines de interés público o social; así las cosas, se excluye la posibilidad de que los particulares exploten por cuenta propia la actividad sobre la cual recae el monopolio. Entonces, "por un lado de la actividad monopolizada quedan excluidos los particulares, por otro, el monopolio que se establezca por la ley solo puede obrar a favor del Estado sin que resulte posible de acuerdo con la Constitución, el establecimiento de monopolios legales a favor de particulares".<sup>3</sup>

También la jurisprudencia, a partir del texto constitucional vigente ha hecho énfasis en que la creación, organización y funcionamiento de los monopolios corresponde a la ley. En ese

sentido entonces, a partir de las formulaciones constitucionales corresponderá con exclusividad al legislador no solo el establecimiento de un específico arbitrio rentístico con carácter monopolístico con fines de interés social o público sino también la determinación de las reglas a las que debe sujetarse el Estado en el recaudo, manejo, administración de las respectivas rentas.

Por ello debe la Corte reiterar, en coincidencia con algunos de los intervinientes y el concepto del Señor Procurador, que la Constitución de manera directa no crea los arbitrios rentísticos monopolísticos sino que señala las reglas básicas que ha de atender el legislador para crear en cada caso el monopolio rentístico y, según sean las características del mismo, sujetarlo a las finalidades y condiciones básicas que señala la Constitución.

En este orden de ideas es pertinente reiterar, como lo ha dicho la Corte, que en el artículo 336 se encuentran unos lineamientos básicos

2 En la citada Sentencia C-1191 de 2001 se expuso: «18-Una revisión de los antecedentes del artículo 336 de la Carta muestra que el mantenimiento de los monopolios rentísticos fue altamente cuestionado en la Asamblea Nacional Constituyente. Así, la Comisión Quinta propuso eliminar estos monopolios para, en su lugar, permitir la imposición de tributos sobre el consumo de los bienes y servicios correspondientes, supliendo con ello la necesidad de captar determinados recursos, pero dejando a los particulares la explotación de tales actividades. Dijo entonces la respectiva ponencia:

"En el siglo pasado y aún a comienzos del actual, era usual considerar que el establecimiento de un monopolio a favor del Estado constituía una fórmula efectiva para arbitrar recursos fiscales. La teoría económica contemporánea ha demostrado que lo mismo puede conseguirse con la aplicación de impuestos específicos sobre el consumo de los bienes y servicios correspondientes. Más aún, la práctica en Colombia y en otros países ha demostrado con creces que esta segunda opción es claramente superior a la primera, tanto en términos de eficiencia económica como de la magnitud de recursos que puede obtener el Estado"

La misma ponencia cuestionaba la ineficiencia, la corrupción y el exceso de burocracia de estos monopolios rentísticos en cabeza de las entidades territoriales, y concluía al respecto:

"Basta con detenerse a observar lo que ha sucedido con muchas de las licoreras departamentales, en las que el crecimiento burocrático, la ineficiencia y la corrupción han conducido a que, a tiempo que se cargan altos precios al consumidor, se obtiene un exiguo margen neto de recursos para la entidad territorial respectiva.

Esta es una herencia de los días de la Colonia que se perpetuó en las constituciones de nuestra vida republicana y que obedece a una concepción económica ya superada en la teoría y en la práctica.

Por esta razón, se propone eliminar de la Constitución la posibilidad de establecer monopolios como arbitrios rentísticos. Lo anterior no significa que en actividades como la producción de licores o los juegos de azar se permita una absoluta libertad económica, sin salvaguarda alguna de la salud pública, los dineros de los participantes en los juegos de azar y los ingresos fiscales de los departamentos".

No obstante lo anterior, durante el debate constituyente también fueron presentados algunos proyectos que defendían el mantenimiento de los monopolios como arbitrio rentístico, por su importancia para los ingresos de ciertas entidades territoriales.

3 Sentencia C-008 de 2001. sentencia C-316 de 2003.

que siguiendo la Sentencia C-1191<sup>4</sup> de 2001, son los siguientes:

"20- Estos antecedentes históricos permiten comprender mejor el contenido del artículo 336 de la Carta. Así, es claro que el Constituyente autorizó los monopolios rentísticos, pero que también buscó establecer un régimen severo que evitara los problemas de corrupción e ineficiencia que se habían detectado durante la vigencia de la anterior Constitución. Por ello la Carta establece que estas actividades están sujetas a un régimen jurídico 'propio', que deberá ser desarrollado por una ley de iniciativa gubernamental. La Carta cedió entonces al legislador la facultad de crear los monopolios para que, en el curso del debate político y democrático, determinara la conveniencia y necesidad de imponerlos, así como el régimen más adecuado y conveniente para su organización, administración, control y explotación.

Pero la propia Carta configura algunos de los elementos de ese régimen propio. De esta manera, el artículo 336 superior establece que (i) todo monopolio rentístico busca satisfacer una finalidad de interés público, (ii) debe constituir un arbitrio rentístico y (iii) es necesaria la indemnización previa a los individuos que se vean privados de su ejercicio. Además, esa misma disposición (iv) predetermina la destinación de algunas de esas rentas, (v) ordena la sanción penal de la evasión fiscal en estas actividades y (vi) obliga al Gobierno a liquidar estos monopolios si no demuestran ser eficientes. Todo esto explica pues el cuidado de la Asamblea Constituyente en la regulación de estos monopolios rentísticos."

Es pertinente destacar también, que la jurisprudencia constitucional ha señalado qué ha de entenderse por el "régimen propio" llamado a regular de acuerdo con el inciso 3º del artículo 336 de la Constitución lo relativo al recaudo, manejo, administración y destinación de los monopolios rentísticos que establezca la ley.

En ese sentido en la Sentencia C-1191 del 15 de noviembre de 2001 con reiteración de pronunciamientos anteriores de la Corporación se enfatizó que el artículo 336 de la Constitución "indica que la ley debe señalar un "régimen propio" para esas actividades, expresión que no puede pasar inadvertida al intérprete. Ahora bien, esta Corte, en anterior ocasión, había señalado que por "régimen propio" debe entenderse una regulación de los monopolios rentísticos, que sea conveniente y apropiada, tomando en cuenta las características específicas de esas actividades<sup>5</sup>, a lo cual debe agregarse la necesidad de tomar en consideración el destino de las rentas obtenidas, así como las demás previsiones y limitaciones constitucionalmente señaladas. En tales circunstancias, si el Legislador considera que lo más conveniente es atribuir la titularidad de esos monopolios a las entidades territoriales, entonces puede hacerlo. Pero igualmente puede el Congreso señalar que se trata de un recurso nacional, tal y como precisamente lo hicieron las Leyes 10 de 1990 y 100 de 1993, que declararon que eran arbitrio rentístico de la Nación "la explotación monopolística, en beneficio del sector salud, de las modalidades de juegos de suerte y azar diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes y de las rifas menores" (Ley 100 art. 285). Pero también podría el Congreso concluir que la regulación más adecuada de un monopolio rentístico implica un diseño de esas rentas que escape a la distinción entre recursos endógenos y exógenos; en tal evento, bien podría el Legislador adoptar un diseño de ese tipo, ya que dicha regulación constituiría el "régimen propio" que la Carta ordena establecer. En todo caso, no por ello puede afirmarse que para la adopción de ese régimen se requiera de una ley especial, pues la previsión constitucional solamente exige una regulación que compagine con la naturaleza de un deter-

4 M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.

5 Ver sentencia C-475 de 1994. M. P. Jorge Arango Mejía, Consideración Segunda.

minado monopolio, más no de una ley de especial jerarquía. Así, nada en la Carta se opone a que la ley utilice en este campo un esquema similar al señalado en la Carta en materia de regalías (CP arts. 360 y 361)<sup>6</sup>, y confiera entonces a las entidades territoriales un derecho exclusivo a beneficiarse de ciertas rentas provenientes de monopolios rentísticos, pero conforme a las orientaciones establecidas por la propia ley o por otras autoridades nacionales<sup>7</sup>.

Es claro, entonces, que en la disposición constitucional no se ha previsto un régimen normativo jerárquicamente superior al que pueda establecerse por una ley ordinaria. En efecto, no se trata en este caso de un régimen que tuviese el rango de Ley Orgánica, menos, de Ley Estatutaria y, por tanto, la Ley 643 de 2001 que fija el régimen propio del monopolio de juego de suerte y azar solo denota un tratamiento adecuado a las características de los juegos de suerte y azar, fijación que hace el legislador dentro del marco de su potestad legislativa teniendo solo en cuenta los límites y condicionamientos explícitos contenidos en el artículo 336 y del que ya se ha dado cuenta mediante las citas jurisprudenciales anteriores.

#### **4. El establecimiento del monopolio rentístico comprende la potestad de excluir del mismo actividades y rentas.**

Ahora bien, establecido que el Constituyente no ha creado directamente el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar debe aceptarse constitucionalmente que dentro de la potestad que asiste al legislador para señalar cuáles juegos de suerte y azar están sometidos al régimen "propio" determinado por él mismo, va ínsita la potestad de

definir en forma negativa qué actividades no constituyen juegos de suerte y azar para efectos del régimen propio del monopolio rentístico.

En ese orden de ideas, bien puede la ley excluir de ese régimen propio ciertas actividades en cuanto ellas no reúnan las características que dentro del régimen propio el mismo legislador ha señalado para los juegos de suerte y azar que configuran el monopolio rentístico.

(...)

#### **5. El análisis específico de los cargos formulados por el demandante.**

En armonía con las consideraciones que se han hecho en los apartes precedentes de esta providencia, la Corte resolverá a continuación los cargos planteados por el demandante contra el aparte demandado del artículo 5° de la Ley 643.

##### **5.1 El cargo por violación del artículo 336 de la Constitución.**

Como ya se expresó en el relato de la demanda el cargo se hace consistir en que el inciso primero del artículo 336 de la Constitución definió el monopolio de juegos de suerte y azar como una actividad de arbitrio rentístico y de interés público y social, es decir que los dividendos o la renta que con el juego se genere no podrá tener una destinación específica diferente a la que señala la Constitución. Y entonces, para el demandante en la medida en que la disposición acusada excluye algunas rifas o sorteos del régimen propio previsto en la misma Ley 643 incurre en violación del mandato superior en mención.

6 Para una explicación detallada del funcionamiento de ese régimen, ver Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, fundamentos 11 y ss.

7 En la sentencia C-316 de 2003 se reitera dicha orientación de manera explícita.



No obstante como ya se ha analizado a lo largo de esta providencia el cabal entendimiento de la disposición constitucional no permite arribar a la conclusión a que llega el demandante como se ha demostrado por la jurisprudencia de esta Corporación en una línea persistente. En efecto, la Constitución no crea directamente de manera específica los monopolios rentísticos sino que deja al legislador la creación de los mismos, además del señalamiento del régimen propio a que se refiere el inciso tercero del mismo artículo 336 y que comprende la organización, administración, control y explotación de los monopolios.

Naturalmente como también se observó la Constitución prevé que constituido un monopolio de suerte y azar, las rentas que se obtengan en ejercicio del mismo estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Pero se reitera que la creación corresponde con exclusividad a la ley y como se dejó expresado atrás, al legislador asiste un margen de apreciación para determinar qué características específicas deben tener las actividades de suerte y azar que considera deben formar parte del monopolio. Y en esa potestad de determinación va ínsita la potestad de exclusión de las actividades que considere no deben formar parte del monopolio rentístico destinado a los servicios de salud<sup>8</sup>.

## 5.2 El cargo por violación del artículo 13 de la Constitución.

Para el demandante la exclusión de los juegos y sorteos a que se refiere el segmento demandado del artículo 5° de la Ley 643 resulta contraria también al artículo 13 de la Constitución pues al excluirlos del régimen propio se está autorizando que sectores eco-

La Constitución prevé que constituido un monopolio de suerte y azar, las rentas que se obtengan en ejercicio del mismo estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud. Pero se reitera que la creación corresponde con exclusividad a la ley y como se dejó expresado atrás, al legislador asiste un margen de apreciación para determinar qué características específicas deben tener las actividades de suerte y azar que considera deben formar parte del monopolio.

8 Al respecto es pertinente recordar, a título de antecedente que ya en la ley 64 de 1923 «sobre loterías», que previó en favor de los departamentos en forma exclusiva la posibilidad de establecer «una lotería con premios en dinero y con el único fin de destinar su producto a la asistencia pública» se disponía que «Los sorteos gratuitos y de propaganda que suelen hacer entre sus favorecedores las compañías de seguros, los comerciantes y las empresas industriales en general, no quedan comprendidos en las anteriores disposiciones» (Artículo 11).

nómicos realicen juegos lucrativos como lo son las cédulas de capitalización que generan rendimientos para las respectivas sociedades o que los comerciantes o industriales realicen promociones que incrementen sus ventas, sin que el sector salud reciba beneficio alguno por el pago que debe hacerse por estos juegos.

A juicio del demandante las excepciones previstas en la ley no guardan justificación alguna que les permita un trato preferente o integral frente a otro tipo de personas o actividades económicas que quieran realizar este tipo de explotación, pues estas últimas están sometidas al pago de derechos de explotación en los términos de la misma ley de régimen de propio.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, la interviniente en nombre de la Federación de Loterías de Colombia -Fedelco- señala que la diferencia que hace el artículo 5° de la ley entre las rifas y juegos que realizan las entidades de lotería, los particulares que gestionan los juegos de apuestas permanente por una parte, y por otra, las que realizan los comerciantes, industriales e instituciones de beneficencia o sociedades de capitalización y el consiguiente tratamiento distinto, no es constitucionalmente válida porque no es factible predicar un estado o circunstancia de inferioridad fáctica o jurídica que legítimamente correspondía al legislador remediar a través de la expedición de una norma de contenido igual o similar a las disposiciones demandadas.

No obstante, como ya se ha precisado, los demás intervinientes y el Señor Procurador General de la Nación consideran que la disposición acusada no incurre en trasgresión del artículo 13 de la Constitución pues las exclusiones al régimen propio enunciado en la Ley 643 hallan plena justificación habida cuenta de la potestad de regulación que en la materia asiste al legislador y de las finalidades, que cabe observar, busca la disposición acusada al dar el tratamiento especial a los

sorteos que no incluyó como parte del monopolio rentístico.

La Corte entonces, se ocupará a continuación, siguiendo las puntualizaciones hechas por el Señor Procurador General de la Nación, en el concepto rendido a la Corte y en las opiniones de los intervinientes, de establecer la razonabilidad de dichas exclusiones.

Para ello se analizarán las exclusiones previstas en la ley, teniendo en cuenta que la acusación de la demanda no comprende a todas las que incluye el enunciado normativo, pues se dejan por fuera las rifas promocionales que realicen los operadores de juegos localizados; en efecto la demanda solo se refiere a:

- Los sorteos promocionales que realicen los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas.
- Las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos.
- Los juegos promocionales de las beneficencias departamentales, y
- Los sorteos de las sociedades de capitalización

Así las cosas, cabe señalar que la norma, en la parte acusada, excluye del régimen establecido por ella misma a: i) los denominados sorteos y juegos promocionales que realicen los comerciantes y los industriales con el exclusivo fin de "impulsar" sus ventas y los juegos que adelante las beneficencias con el mismo propósito de impulsar las ventas de las loterías y apuestas permanentes que tienen asignados por la ley; ii) los sorteos de las sociedades de capitalización, y iii) las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos.

Para la Corte, en consonancia con el concepto del Señor Procurador General de la Nación, las exclusiones contenidas en el

artículo 5° de la Ley 643 de 2001 no resultan violatorias de los artículos 13 y 336 constitucionales pues ellas no se refieren a una persona determinada, sino a ciertos tipos de juegos que no son de carácter lucrativo profesional, tienen un fin lícito permitido por la Constitución y en ocasiones van asociadas también a un beneficio común.

Así mismo conforme al texto del inciso tercero del artículo 5° de la ley, donde precisamente se contienen las expresiones acusadas las exclusiones allí contenidas se hallan condicionadas a la circunstancia de que todos los sorteos se realicen de manera directa por las entidades explícitamente mencionadas en él. Así expresa el inciso en mención:

"Están excluidos del ámbito de esta ley los juegos de suerte y azar de carácter tradicional, familiar y escolar, que no sean objeto de explotación lucrativa por los jugadores o por terceros, así como las competiciones de puro pasatiempo o recreo; *también están excluidos los sorteos promocionales que realicen los operadores de juegos localizados, los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos, los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados directamente por estas entidades*". (Resaltado fuera de texto)

Y de acuerdo con el inciso cuarto ibídem "En todo caso los premios promocionales deberán entregarse en un lapso no mayor a treinta (30) días calendario".

En ese orden de ideas, y en relación con los diversos supuestos de exclusión referidos en la disposición acusada cabe precisar:

Las promociones que realizan los comerciantes o industriales no tienen por propósito desarrollar un juego de suerte o azar con carácter profesional, sino crear un estímulo usualmente esporádico u ocasional como estrategia para impulsar sus ventas; este propósito no resulta irrazonable si se tiene en cuenta que el objetivo principal es que los empresarios aumenten su flujo de caja, fomenten el

desarrollo empresarial y la creación de empleo tanto directo como indirecto.

También es claro que los mencionados sorteos promocionales no son parte del objeto social de la persona jurídica que se dedica a la actividad comercial o industrial, como tampoco de la actividad principal a la que se dedica la persona natural, sino que constituye una especie de estímulo que bien puede otorgar a quienes se dediquen a crear empresa, a promover la industria y el comercio, al crecimiento económico y a la generación de empleo.

Las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos tienen por finalidad generar recursos para financiar actividades que benefician a la comunidad en general y de utilidad común en desarrollo del principio constitucional de solidaridad pues el cuerpo de bomberos presta un servicio de prevención y de asistencia humanitaria a los miembros o sectores de la comunidad que se encuentren en situaciones de ayuda o socorro. La circunstancia de que las rifas no formen parte del monopolio resulta justificado pues los destinatarios de los servicios son personas indeterminadas.

Ahora bien, para el Ministerio Público esta última exclusión sólo encuentra conformidad con las disposiciones constitucionales siempre que los sorteos se realicen y operen directamente por los cuerpos de bomberos, ya que si se acepta que terceros con fines lucrativos operen juegos y apuestas en convenios con los cuerpos de bomberos, en donde éstos reciban solo un porcentaje, y otro, el particular operador, sería contrario a los principios de razonabilidad y al artículo 336 constitucional ya que de esta manera al beneficiarse un particular con esta forma de asociación se puede llegar a evadir la obligación de la cancelación de los derechos de explotación.

Al respecto como ya se señaló, la propia disposición acusada prevé que en todos los



casos los correspondientes sorteos han de efectuarse de manera directa por las entidades allí mencionadas; en ese orden de ideas el condicionamiento solicitado por el Señor Procurador General no es necesario pues la condición aludida se predica ya en el texto de la norma y comprende no sólo los sorteos que realicen las sociedades de capitalización sino a los que efectúen las demás entidades allí señaladas, entre ellas las rifas de los cuerpos de bomberos.

En cuanto a los juegos promocionales de las beneficencias departamentales cabe afirmar que también encuentran justificación constitucional en tanto son juegos cuya utilidad debe destinarse a las actividades propias de la misma beneficencia departamental, que naturalmente revisten utilidad común; ahora bien siendo sorteos promocionales deben estar encaminados a la promoción de los juegos que correspondan a las beneficencias en cuanto entidades públicas departamentales de conformidad con la ley.

En relación con la exclusión de los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados y operados directamente por estas entidades, la Corte considera que éstos tienen como finalidad estimular el ahorro y que el resultado del sorteo en esos casos, no es propiamente un premio sino la amortización anticipada del título, esto es lo que el inversionista hubiese ahorrado de haber perseverado en el plan de ahorros. En ese orden de ideas los sorteos para amortización forman parte del contrato de capitalización, cuyas bases deben ser definidas por la ley y cuya actividad controlada por la Superintendencia Bancaria.

Al respecto cabe indicar que conforme al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las sociedades de capitalización son instituciones financieras cuyo objeto consiste en estimular el ahorro mediante la constitución en cualquier forma de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos o periódicos con posibilidad o sin ella de re-

embolsos anticipados por medio de sorteos (artículo 36) y que los sorteos en los contratos de capitalización son regulados por el mismo Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el cual prevé que en éstos no podrán concederse premios cuyo valor no esté contemplado en el cálculo de la cuota; que ningún título podrá participar en más de un sorteo por mes; que el suscriptor favorecido después de recibir el premio, podrá perseverar en el contrato o terminarlo con derecho al correspondiente valor del rescate; y que cada sorteo no podrá ser superior al valor que le correspondería al título a su vencimiento. Así las cosas en los planes de capitalización no hay contingencia de pérdida ya que en todo caso al final del periodo pactado el partícipe en el respectivo plan tiene derecho a la devolución de la integridad de su capital (artículo 179).

A los anteriores análisis es pertinente agregar, en reiteración de lo ya expresado en esta providencia que en los casos en estudio no se está en presencia de actividades que puedan ser ejercitadas libremente por los particulares, en desarrollo de la iniciativa empresarial que pudiere verse interferida por el tratamiento específico dado por la norma legal a las actividades que allí se relacionan. Se trata de actividades que son excluidas del monopolio que como arbitrio rentístico ha establecido la ley. Ahora bien las actividades monopolizadas, como ya se señaló, salvo autorización legal expresa o la celebración de contratos con las entidades públicas titulares del monopolio estatal, están fuera del ámbito propio de la actividad de los particulares. En ese sentido es claro que la disposición acusada guarda clara armonía con el artículo 333 de la Constitución.

Por lo demás, no sobra señalar, igualmente, que en la medida en que el legislador en virtud del artículo 336 de la Constitución está amparado por una competencia específica para crear y configurar el monopolio destinado a los servicios de salud, es claro que todos los recursos que integren el monopo-

lio rentístico de juegos de suerte y azar conforme a aquella disposición superior deben estar destinados a la atención del servicio de salud de toda la población, naturalmente en la forma prevista en las disposiciones pertinentes, a las personas de menores ingresos, a quienes conforme al artículo 334 en ejercicio de las atribuciones de intervención en la economía el Estado debe garantizar el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

En conclusión, entonces, la disposición acusada no solo no resulta contraria a las reglas superiores invocadas por el demandante sino que guarda plena armonía con la Constitución Política; así lo habrá de declarar la Corte en la parte Resolutiva de esta sentencia.

## VII. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES las expresiones: "a los sorteos promocionales que realicen los comerciantes o los industriales para impulsar sus ventas, las rifas para el financiamiento del cuerpo de bomberos (...) los juegos promocionales de las beneficencias departamentales y los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados directamente por estas entidades", del tercer inciso del artículo 5° de la Ley 643 de 2001.»

**En relación con la exclusión de los sorteos de las sociedades de capitalización que solo podrán ser realizados y operados directamente por estas entidades, la Corte considera que éstos tienen como finalidad estimular el ahorro y que el resultado del sorteo en esos casos, no es propiamente un premio sino la amortización anticipada del título, esto es lo que el inversionista hubiese ahorrado de haber perseverado en el plan de ahorros. En ese orden de ideas los sorteos para amortización forman parte del contrato de capitalización, cuyas bases deben ser definidas por la ley y cuya actividad controlada por la Superintendencia Bancaria.**

*PENSIÓN DE JUBILACIÓN - PROCEDENCIA DEL AMPARO TUTELAR*

Corte Constitucional. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-850 del 2 de septiembre de 2004. Expediente T-904323

**Síntesis:** *Procedencia de la acción de tutela por la demora injustificada en el trámite administrativo de reconocimiento de la pensión. El derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación es un derecho fundamental por su conexidad con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas, y en muchas ocasiones está íntimamente ligado con el derecho al mínimo vital.*

«(...)

#### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

(...)

##### 2. Problema jurídico

Esta Sala debe determinar si el Instituto de Seguros Sociales Seccional (...) y la Gobernación del (...) al no dar una respuesta de fondo en los términos previstos en la ley sobre la pensión de jubilación solicitada por la actora, desconoce algún derecho fundamental que haga procedente el amparo tutelar.

##### 3. Procedencia de la acción de tutela por la demora injustificada en el trámite administrativo de reconocimiento de la pensión. Afectación de derechos fundamentales.

**3.1** En reiteradas oportunidades esta Corporación ha sostenido<sup>1</sup> respecto del derecho a la seguridad social, que si bien en la Constitución no se consagró como una garantía fundamental, puede adquirir tal carácter cuando según las circunstancias de cada caso, su falta de reconocimiento tenga la potencialidad de poner en peligro otros derechos que sí ostentan la categoría de fundamentales.

Así las cosas, la tutela podrá desplazar al mecanismo ordinario de defensa, cuando con ocasión de la demora en el trámite de una solicitud pensional (i) se afecte la dignidad humana, la subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital, (ii) existan lazos de conexidad con derechos fundamentales, y (iii) se acredite que someter a la persona a los trámites de un proceso judicial ordinario resulta excesivamente gravoso. En estos casos, se ha considerado que el medio ordinario de defensa pierde su eficacia material frente a las particulares circunstancias de la persona y evidencia por lo tanto un daño irremediable.<sup>2</sup>

1 Corte Constitucional. Sentencia T-426 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Corte Constitucional. Sentencia T-634 de 2002. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

En conclusión, la acción de tutela por regla general resulta improcedente como mecanismo judicial para lograr el efectivo pago de obligaciones relacionadas con la seguridad social, excepto en aquellos casos en los cuales las personas se encuentren en condiciones que ostensiblemente comprometan sus derechos a la vida en condiciones dignas y justas, a la salud y al mínimo vital.

**3.2** Así mismo, ha sostenido este tribunal que el derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación es un derecho fundamental por su conexidad con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas, y en muchas ocasiones está íntimamente ligado con el derecho al mínimo vital.

En la Sentencia T-235 de 20023, esta Corporación manifestó lo siguiente:

"(...) respecto a la solicitud de reconocimiento de pensión en cuanto derecho de petición y en conexión con el derecho a la seguridad social, la jurisprudencia fue categórica: En innumerables pronunciamientos<sup>4</sup> la Corte ha reiterado que el derecho a la seguridad social en pensiones, en cuanto vinculado al derecho a la subsistencia en condiciones dignas, adquiere la connotación de derecho fundamental."

En virtud de lo anterior, se ha sostenido que el aspirante a pensionado no puede resultar perjudicado por los problemas de índole administrativo, ni por los problemas de quienes están obligados a efectuar los pagos para su pensión, o por la demora en la emisión de las cuotas partes o el bono pensional, dada la magnitud de la naturaleza y el fin que busca dicha prestación social.

La Corte Constitucional, precisamente, respecto a la naturaleza jurídica de las pensiones, ha dicho que "La seguridad social en general, y en particular en su aspecto pensional, tiene una doble naturaleza: es un servicio público de carácter obligatorio -y esencial- prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado y es, además, un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del Estado."<sup>5</sup>

En conclusión, la acción de tutela por regla general resulta improcedente como mecanismo judicial para lograr el efectivo pago de obligaciones relacionadas con la seguridad social, excepto en aquellos casos en los cuales las personas se encuentren en condiciones que ostensiblemente comprometan sus derechos a la vida en condiciones dignas y justas, a la salud y al mínimo vital.

3 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

4 Sentencias T-287 de 1995, T-333 de 1997, T-456 de 1999, T-130 de 1999, T-441 de 1999, T-661 de 1999, T-834 de 1999, T-881 de 1999, y T-931 de 1999 entre otras.

5 T-1752 de 2000. M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

En otras palabras, cuando una persona solicita que se le reconozca su pensión y no se le responde, ello implica no solamente la violación del derecho fundamental de petición, sino también del derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación. Al respecto señaló la Corte: "Es muy grave el perjuicio que se le ocasiona a un aspirante a pensionado, que teniendo el derecho para gozar de la prestación, no se le resuelve de fondo a su pretensión. Respuestas simplemente formales, como ha ocurrido en el presente caso, donde en muchas ocasiones se reproduce una primera contestación y no se resuelve materialmente, no constituyen una contestación adecuada al derecho de petición<sup>6</sup>."

#### 4. El caso concreto

La accionante solicita que se protejan sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y al mínimo vital, entre otros que considera afectados por la inexplicable tardanza a que se ha visto sometido el trámite de reconocimiento y pago de su pensión de vejez. En consecuencia, solicita se ordene al Instituto de Seguros Sociales (...) profiera la resolución que disponga el reconocimiento y pago de su pensión de vejez.

La entidad demandada asegura que ha procedido conforme a lo establecido por la ley, cumpliendo con cada una de las etapas previas al reconocimiento de la prestación y que el paso a seguir es que la (...) y la Oficina (...) emitan el Bono Pensional de la señora (...) por su valor total para que posteriormente la Seccional (...) que es a quien le compete reconocer la prestación efectúe el trámite e ingrese a la accionante en nómina de pensionados.

Por su parte, la (...) previa vinculación a la presente causa, indicó que la peticionaria no tiene derecho al bono pensional, ya que cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones no ostentaba el carácter de servidor público. Así, al I.S.S. le corresponde solicitar a la Caja Nacional de Previsión, la cuota parte del bono pensional por el tiempo laborado por ella al servicio del Departamento del (...) por ser esta entidad a la cual se aportó para efectos de la pensión solicitada.

El juez de primera instancia, concedió el amparo tutelar al considerar que en el presente caso, resulta inaceptable la prolongación en el tiempo, y la dilación de los trámites administrativos de reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la accionante, toda vez que se encuentran involucrados sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y al pago oportuno de la pensión.

Por el contrario, el juez de segunda instancia revoco el fallo impugnado al estimar que al no existir claridad en cuanto a la financiación de la pensión solicitada, es a los jueces naturales quienes están facultados para decidir dicha controversia legal.

La Sala observa que de los documentos allegados al expediente y al margen de la discusión acerca de la financiación de la pensión de la señora (...) no existe comunicación en la que al Instituto de Seguros Sociales, se le haya informado que le corresponde reconocer la pensión de la actora a través de la modalidad de cuota parte pensionales. Sin embargo y como quiera que en sede de tutela se ha ventilado este tema y están vinculadas estas dos entidades, es claro que a la fecha de esta decisión tal situación ya es de conocimiento del I.S.S. quien debe obrar en consecuencia.

---

6 Sentencia T-235 de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

La Corte llama la atención sobre la necesidad de que las entidades administrativas procedan con eficiencia y celeridad de manera que se aclare la situación de la que depende el reconocimiento de una prestación íntimamente ligada a derechos fundamentales como sucede en el caso de la pensión de jubilación o de vejez.

Ahora bien, en relación con la controversia sobre el soporte financiero, la Corte manifestó en la sentencia la Sentencia T-235/02<sup>7</sup>: "En el tema de los soportes financieros, se trata de un aspecto legal que no es de competencia de la Corte sino de las autoridades competentes, según el caso. La discusión que se ha planteado es de índole legal. El señalamiento de los soportes financieros le corresponde precisarlo al funcionario administrativo, de acuerdo con las normas vigentes. Cualquier determinación ilegal al respecto es susceptible de controles contencioso administrativos e inclusive de tutela si se comete una vía de hecho. Pero, ab-initio, no se puede, mediante la acción de amparo, ordenarle al funcionario administrativo que escoja un determinado procedimiento para equilibrar las cargas financieras. *Al juez de tutela le interesa es que no se violen los derechos fundamentales de las personas y la orden que se dé en el fallo debe apuntar en tal sentido*". (resaltado fuera de texto)

Con todo, considera la Sala que la accionante no puede resultar afectada por la discusión de índole legal que se pueda presentar entre entidades del Estado sobre si procede el bono pensional o se trata de una cuota parte. Por consiguiente, la orden a imponer será la de que el I.S.S. proceda, verificados como están los requisitos de tiempo de servicios y de edad, a reconocer la pensión, sin perjuicio de la actividad que deba cumplir en aras a obtener que las entidades responsables concurren a la financiación de la pensión en los términos de la ley.

La Corte ha manifestado en diversas oportunidades que en estos casos procede la protección por vía de tutela del derecho a la seguridad social en conexidad con derechos fundamentales como el derecho de petición, a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital etc. Por consiguiente, la tutela en este caso específico prospera en cuanto se ha afectado el derecho a la seguridad Social en conexidad con el derecho de petición, por cuanto a la actora se le ha sometido a un trámite dispendioso para el reconocimiento de su pensión -más de cinco (5) años- sin que a la fecha haya recibido una respuesta de fondo a su solicitud pese a estar acreditados los requisitos para acceder a dicha prestación social.

De conformidad con las consideraciones precedentes, esta Sala procederá a revocar el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, Sala Civil-Familia, y en

Con todo, considera  
la Sala que la  
accionante no puede  
resultar afectada por la  
discusión de índole  
legal que se pueda  
presentar entre  
entidades del Estado  
sobre si procede el  
bono pensional o se  
trata de una cuota  
parte.

7 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

su lugar concederá el amparo solicitado, ordenando al Instituto de Seguros Sociales (...), que si aún no lo ha hecho, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de este fallo, reconozca la pensión de vejez a la señora (...) sin perjuicio de la actividad que deba cumplir en aras a obtener que las entidades responsables concurren a la financiación de la pensión en los términos de la ley.

## V. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

**PRIMERO.** REVOCAR la Sentencia de abril 2 de 2004, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, Sala de Decisión Civil-Familia por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. En su lugar CONCEDER la tutela interpuesta por la señora (...) por el derecho a la seguridad social en conexión con el derecho de petición.

**SEGUNDO.** ORDENAR al Instituto de Seguro Social (...), que si aún no lo ha hecho, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca la pensión de vejez a la señora (...) sin perjuicio de la actividad que deba cumplir en aras a obtener que las entidades responsables concurren a la financiación de la pensión en los términos de la ley.»





## POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO

**Corte Constitucional. Sala Plena. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. Sentencia C-406 del 4 de mayo de 2004. Expediente D-4874.**

**Síntesis:** *El principio de legalidad y su proyección especial en el ámbito de la potestad administrativa sancionadora. La doctrina y la jurisprudencia constitucional han identificado la actividad bursátil como una de aquellas en que se manifiesta la potestad administrativa sancionatoria. Facultad reglamentaria y funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Valores.*

«(...)

### II. NORMA DEMANDADA

Se transcribe a continuación el texto del artículo 12, numeral 3, literal b) de la ley 32 de 1979; artículo 8º, numeral 4 del decreto 1172 de 1980 y el artículo 6º literal b) de la ley 27 de 1990. (Se resaltan) las partes demandadas.

"Ley 32 de 1979

Por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones

Artículo 12. En ejercicio de sus funciones la Comisión Nacional de Valores podrá:

1. Suspender la inscripción de un documento en el registro nacional de valores cuando hubiere temor fundado de que con él se puede causar daño a sus tenedores o al mercado de valores, por el término necesario y hasta cuando se subsanen las irregularidades que hayan motivado la suspensión.

2. Cancelar la inscripción de un documento cuando:

a) Sus emisores incumplan las obligaciones que les impone la presente Ley, o las decisiones de la Comisión o aquellas exigidas para la inscripción de un documento;

b) El documento deje de satisfacer los requisitos necesarios para su inscripción.

3. Suspender la inscripción de un intermediario en el Registro Nacional de Intermediarios cuando:

a) Incurra en violación de lo ordenado por esta Ley, sus disposiciones reglamentarias o las decisiones de la Comisión;

b) Realice operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado;

c) En su actuación se presenten irregularidades que puedan comprometer la seguridad del mercado;

Entratándose de sociedades, incurra en una causal de disolución que según el Código de Comercio pueda enervarse. En estos mismos casos la Comisión Nacional de Valores podrá obtener la intervención administrativa del intermediario hasta que desaparezcan las causas que motivaron dicha medida.

4. Cancelar la inscripción de un intermediario en el registro nacional de intermediarios cuando:

a) Incurra en violaciones reiteradas a lo dispuesto en esta ley, en sus disposiciones, o las decisiones de la Comisión;

b) Deje de satisfacer los requisitos exigidos para su inscripción;

c) Injustificadamente incumpla las obligaciones que surjan de las operaciones contratadas;

d) Entre en período de liquidación;



e) Proporcione a la Comisión informaciones falsas o engañosas".

"Decreto Ley 1172 de 1980

Por el cual se regula la actividad de los  
Comisionistas de Bolsa

Artículo 8°. Prohíbese a las sociedades comisionistas de Bolsa a sus socios y a sus administradores:

1. Representar en las asambleas generales de accionistas las acciones que se negocien en mercados públicos de valores, y recibir poderes para este efecto;

2. Negociar por cuenta propia, directamente o por interpuesta persona acciones inscritas en Bolsa, exceptuando aquellas que reciban a título de herencia o legado o las de su propia sociedad comisionista de Bolsa.

3. Cobrar comisiones o emolumentos no autorizados por la Comisión Nacional de Valores.

4. Realizar operaciones que no sean representativas de las condiciones del mercado, a juicio de la Comisión Nacional de Valores; y

5. Vincular laboralmente a los administradores de las sociedades comisionistas de bolsa que hayan sido sancionados con cancelación de la en la Bolsa o en el Registro Nacional de Intermediarios."

"Ley 27 de 1990

por la cual se dictan normas en relación con las bolsas de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto

Artículo 6° - De ciertas sanciones pecuniarias que puede imponer la Comisión Nacional de Valores. La Comisión Nacional de Valores, sin perjuicio de las facultades que le asignen la leyes vigentes, tendrá además las siguientes:

Imponer, a quienes desobedezcan sus decisiones o violen las normas legales que regulen el mercado de valores o las entidades sujetas a su inspección y vigilancia, multas sucesivas

hasta por cinco millones de pesos hasta por un monto igual al valor de la operación realizada, si este último fuere superior a cinco millones de pesos. Para efectos de determinar la sanción se tendrá en cuenta la gravedad de la infracción y/o el beneficio pecuniario obtenido;

Imponer multas hasta de cinco millones de pesos cada una, según la gravedad de la infracción a quienes directamente o a través de interpuestas personas realicen operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado.

Parágrafo. Las sumas establecidas en el presente artículo se ajustarán anualmente en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el Departamento Nacional de Estadística, DANE."

(...)

## VI. CONSIDERACIONES

(...)

### 3. Cargos de inconstitucionalidad y problemas jurídicos que debe resolver la Corte.

La demandante afirma que las expresiones acusadas desconocen el principio de legalidad, porque no definen previa, taxativa e inequívocamente cuándo una actividad se constituye en una operación no representativa de las condiciones de mercado. A su juicio, tal situación no respeta el principio de legalidad, porque deja a la mera discrecionalidad del funcionario establecer qué debe entenderse por ésta expresión.

Todos los intervinientes y la Vista Fiscal, si bien presentan algunas diferencias en cuanto a la interpretación de las normas acusadas, coinciden en afirmar que ellas se ajustan a la Constitución, por cuanto consideran que la calificación de la representatividad de una operación no puede considerar a-priori, en abstracto, y que las normas contienen ele-

mentos suficientes que permiten una adecuación típica a las operaciones que ellas sancionan.

Le corresponde a la Corte resolver entonces, si las expresiones acusadas del artículo 12 numeral 3 literal b) de la Ley 32 de 1979, del numeral 4 del artículo 8° del Decreto Ley 1172 de 1980, y del literal b) del artículo 6° de la Ley 27 de 1990, en relación con las potestad sancionadora de la Comisión Nacional de Valores, hoy Superintendencia de Valores, vulneran los principios de legalidad y de imparcialidad. Para dilucidar estos asuntos y tomar una decisión al respecto, será necesario reiterar la jurisprudencia constitucional sobre la función del principio de legalidad y de tipicidad en los diversos derechos sancionadores, en especial en el derecho administrativo sancionador, y precisará si una facultad dada a una autoridad administrativa, en este caso a la Superintendencia de Valores, para señalar los criterios con los cuales determinar qué es una operación no representativa de mercado, afecta el principio de imparcialidad.

#### **4. El principio de legalidad y su proyección especial en el ámbito de la potestad administrativa sancionadora.**

Como ya lo ha determinado la Corte Constitucional, el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites "al ejercicio de dicha potestad punitiva"<sup>1</sup>. Así, ha señalado que en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en

Como ya lo ha determinado la Corte Constitucional, el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites "al ejercicio de dicha potestad punitiva..."

norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa"<sup>2</sup>.

Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autori-

1 Ver entre otras sentencias la C-710 de 2001 y la C-099 de 2003.

2 Sentencia C-597 de 1996.

zado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición"<sup>3</sup>.

En relación con la potestad sancionadora del Estado, pueden distinguirse diversas especies, las cuales se diferencian entre sí por las materias reguladas, la determinación de los sujetos o las sanciones consagradas respecto de las conductas sancionables. Esta distinción ha sido reconocida de tiempo atrás<sup>4</sup> por esta Corporación, acogiendo los criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control de constitucionalidad, según los cuales "el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o "impeachment"<sup>5</sup>.

Por lo tanto, debido a las particularidades de cada una de las normatividades sancionadoras, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. Es por ello, que la Corte ha considerado que el principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador.

Así lo ha reiterado la Corte<sup>6</sup>, entre otras, por ejemplo en la sentencia C-827 de 2001 M. P. Álvaro Tafur Galvis:

*"Entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos,*

3 Sentencia C-921 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentarín.

4 Sentencia C-214 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

5 Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983. M. P. Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

6 Ver entre otras la Sentencia C-597 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

abogados o contadores. En estos casos, *la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.*" (resaltado fuera de texto)

Esta posibilidad de flexibilización del principio de legalidad en los diversos derechos sancionadores, con excepción del derecho penal, ha sido sostenida últimamente por la Corte en una clara línea de precedentes, recogidos en la sentencia C-530 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynett, en donde se señaló:

En cuanto a la ayuda humanitaria de emergencia, debe precisar la Corte que la duración de la obligación estatal mínima de proveer ayuda humanitaria de emergencia es, en principio, la que señala la ley: tres meses, prorrogables hasta por otros tres meses para ciertos sujetos.

"Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad<sup>7</sup>. Y esto implica que los comportamientos sancionables por la administración deben estar previamente definidos, y en forma suficientemente clara, por la ley. Sin embargo, esta Corporación ha también señalado que el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal (C.P. art. 29)<sup>8</sup>. El derecho administrativo sancionatorio, a pesar de estar

sujeto a las garantías propias de debido proceso, tiene matices en su aplicación y mal podría ser asimilado, sin mayores miramientos, al esquema del derecho penal."

Posibilidad de flexibilización del principio de legalidad, que cobija entonces al derecho administrativo sancionador, pues si bien es cierto, esta Corporación ha sido enfática en señalar que en el derecho administrativo sancionador también rige el debido proceso, de forma tal que se exige una tipicidad de las conductas reprochables, una sanción predeterminada y un

procedimiento que asegure el derecho de contradicción<sup>9</sup>, también ha considerado que en materia administrativa el principio de legalidad se aplica con una mayor flexibilidad, para asegurar la efectividad de la actuación de la administración pública<sup>10</sup>, dada la naturaleza de su objeto y las sanciones para ella establecidas, que difieren frente a otros derechos sancionadores.

Además ha reiterado la Corte, que en el derecho administrativo sancionador "aunque

7 Ver la sentencia C-597 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

8 Ver entre otras, las sentencias T-438 de 1992; C-195 de 1993; C-244 de 1996, y C-280 de 1996.

9 Cf. Sentencia C-099 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño. La Corte también señaló en la sentencia T-145 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, lo siguiente: «La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido».

10 Cf. Sentencia C- 506 de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no es demandable en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal"<sup>11</sup>, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionadoras en estos casos, hacen posible también una flexibilización razonable de la descripción típica, en todo caso, siempre erradicando e impidiendo la arbitrariedad y el autoritarismo, que se haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás principios y fines del Estado, y que se asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal o convencional de todas las personas<sup>12</sup>

Cabe recordar, que si bien es cierto que el debido proceso rige toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, ello no implica que el principio de legalidad tenga idéntica aplicación en todos los derechos sancionadores, pues "no significa que los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. (...) la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal."<sup>13</sup>

Al respecto del derecho administrativo sancionador, ha considerado la Corte, que "En particular, la administración ejerce una potestad sancionadora propia, la cual constituye una importantísima manifestación de poder jurídico que es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines. Se trata de una potestad que se ejercita a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que no obstante ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de

proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente. Por ello esta Corporación ha señalado que "la potestad administrativa sancionadora de la administración, se traduce normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas."<sup>14</sup>

Igualmente esta Corporación ha expresado, que "La potestad administrativa sancionadora constituye entonces un instrumento de realización de los fines que la Carta atribuye a estas autoridades, pues permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos. Pueden distinguirse entonces por lo pronto diferentes órbitas de acción sancionadora de la administración: así, frente a sus propios servidores opera el derecho disciplinario en sentido estricto, mientras que frente a la generalidad de los administrados se suele hablar en general de derecho correccional"<sup>15</sup><sup>16</sup>.

Se insiste entonces, en que si bien es necesario que las normas que facultan y regu-

11 C-099 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

12 Sentencia C-099 de 2003. M. P. Jaime Córdoba Triviño que reiteró lo dicho al respecto en la C-564 de 2000.

13 Cf. Sentencia C-597 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.

14 Sentencia C-214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

15 Ibídem.

16 Sentencia C-597 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero.



lan el poder administrativo sancionatorio deben adecuarse a los principios de configuración del sistema sancionador<sup>17</sup>, es decir, a los principios de "legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios)"<sup>18</sup>, y que, en sentencia C-127 de 1993<sup>19</sup>, reiterada en la C-1490 de 2000<sup>20</sup> y en la C-099 de 2033, entre otras, la Corte haya considerado también que "Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental "nullum crimen, nulla poena sine lege", es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria, también debe tenerse en cuenta que esta Corporación ha reiterado, que respecto de actuaciones administrativas, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria-, las reglas del debido proceso se aplican con los matices apropiados de acuerdo con los bienes jurídicos afectados con la sanción."<sup>21</sup>.

17 Sentencia C-827 de 2001. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

18 Sentencia C-530 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

19 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

20 M. P. Fabio Morón Díaz.

21 Cf. Sentencia C-530 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

La administración ejerce una potestad sancionadora propia, la cual constituye una importantísima manifestación de poder jurídico que es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines. Se trata de una potestad que se ejercita a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que no obstante ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente.

Por lo tanto, debido a que el derecho administrativo sancionador tiene adicionalmente más controles para evitar la mera liberalidad de quien impone la sanción, como por ejemplo las acciones contencioso administrativas, y dado que la sanción prevista no afecta la libertad personal de los procesados, la Corte ha aceptado que en el derecho administrativo sancionatorio, y dada la flexibilidad admitida respecto del principio de legalidad, la forma típica pueda tener un carácter determinable. Posibilidad que no significa la concesión de una facultad omnímoda al operador jurídico, para que en cada situación establezca las hipótesis fácticas del caso particular. Por ello, la Corte ha sido cuidadosa en precisar, que si bien es posible la existencia de una forma típica determinable, es imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico, establezcan criterios objetivos que permitan razonablemente concretar la hipótesis normativa, como ha sido reiterado con insistencia<sup>22</sup>.

Al respecto, la sentencia C-564 de 2000<sup>23</sup>, señaló la Corte que: "el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto".

De igual forma, cuando esta Corporación analizó la constitucionalidad de una norma

en la cual se daba facultad al Banco de la República para fijar y reglamentar el encaje de las distintas categorías de establecimientos de crédito, señalar o no su remuneración y "establecer las sanciones por infracción a las normas sobre esta materia", consideró, en la sentencia C-827 de 2001<sup>24</sup>, que dicha disposición era exequible. Para ello, la Corte reiteró que si bien el principio de legalidad es común a todos los regímenes punitivos, "no se proyecta en todos ellos con la misma intensidad." Y corroboró que en ese caso preciso era claro "que la ley ha señalado elementos básicos dentro de los cuales la Junta Directiva del Banco de la República, como autoridad constitucional reguladora en materia monetaria, cambiaria y crediticia, debe precisar el tipo sancionatorio que será aplicado por la Superintendencia Bancaria -con sujeción a los principios y reglas que orientan en la Constitución y en la ley la aplicación de las sanciones-, quedando así salvaguardado el principio de tipicidad de la sanción".

En consecuencia, guarda coherencia con los fines constitucionales de esta actividad sancionatoria administrativa, que las hipótesis fácticas establecidas en la ley permitan un grado de movilidad a la administración, de forma tal que ésta pueda cumplir eficaz y eficientemente con las obligaciones impuestas por la Carta. Sin embargo, debe precisarse que la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Por el contrario, en el derecho administrativo sancionador el principio de legalidad exige que directamente el legislador establezca, como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas

22 Cf. C-530 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

23 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

24 M. P. Álvaro Tafur Galvis.



precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, al igual que exige que en la ley se establezca también la sanción que será im puesta o, igualmente, los criterios para de terminarla con claridad.

Estos criterios fueron concretados por la Corte, por ejemplo, en la sentencia C-530 de 2003<sup>25</sup>, en la que se estudió si la expresión "maniobras peligrosas e irresponsables" contenida en el Código Nacional de Tránsito Terrestre, desconocía el principio de legalidad y de tipicidad.

Para ello, esta Corporación determinó prime-

ro que dichas normas operaban en el campo del derecho administrativo sancionador

"puesto que en general la investigación y sanción de las infracciones de tránsito son atribuidas a autoridades administrativas". En un segundo lugar, indicó que en este tipo de derecho también rigen mutatis mutandi los principios del derecho penal, aun-

que con ciertos matices, por lo cual reiteró que "En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero operan con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal<sup>26</sup>". Y en un tercer lugar, precisó que el uso de conceptos indeterminados es admisible para las infracciones administrativas "pero siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos o de otra

índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados". Con base en estos argumentos, la Corte decidió que la expresión demandada era exequible, siempre y cuando se entendiera que debía tratarse de maniobras que violen las normas de tránsito, que pusieran en peligro a las personas o a las cosas, y que constituyeran conductas dolosas o altamente imprudentes. Lo anterior, por cuanto ésta era la única interpretación que permitía encontrar los criterios por medio de los cuales se podía

establecer el contenido conceptual de la expresión indeterminada "maniobras peligrosas e irresponsables".

Guarda  
coherencia con los fines  
constitucionales de esta  
actividad sancionatoria  
administrativa, que las hipótesis  
fácticas establecidas en la ley  
permitan un grado de movilidad a  
la administración, de forma tal  
que ésta pueda cumplir eficaz y  
eficientemente con las  
obligaciones impuestas  
por la Carta.

En conclusión, en el caso de las infracciones de carácter administrativo, según ya lo ha precisado la Corte<sup>27</sup>, el uso de conceptos indeterminados es admisible, siempre y cuando ellos sean determinables en forma razonable, esto es que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones norma-

tivas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados.

25 M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

26 Al respecto, ver sentencia C-597 de 1996. M. P. Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado, entre otras, por la sentencia C-827 de 2002. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

27 Sentencia C-530 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Puede admitirse entonces, que para efectos de la concreción de los conceptos indeterminados, se acuda a las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o "Lex Artis", en su esencia cambiante por la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de experiencias y costumbres, y que marcan un especial modo de actuar y entender las reglas respectivas y propias de cada ejercicio profesional. Igualmente juega un papel importante al momento de hacer la correspondiente determinación de conductas sancionables la costumbre mercantil, que tiene fuerza reguladora dada su condición intrínseca o de común aceptación como regla adecuada de conducta comercial cuando es pública, uniforme y reiterada.

Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos.

### 5. Análisis del caso concreto

Las expresiones demandadas están contenidas en leyes y decreto con fuerza de ley<sup>28</sup>, a través de los cuales fue creada la Comisión Nacional de Valores, aplicables hoy a la Superintendencia de Valores, dictadas con el objeto de regular la actividad de los comisionistas de bolsa, las bolsas de valores, el mercado público de valores y los depósitos centralizados de valores, y se refieren de manera particular, a ciertas funciones relacionadas con el poder sancionador de la administración.

Es así como el artículo 12 numeral 3 literal b) acusado, hace relación a la facultad que tiene la Comisión Nacional de Valores, hoy Superintendencia de Valores, para suspender la inscripción de un intermediario en el Registro Nacional de Intermediarios, cuan-

do realice operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado. Por su parte, el numeral 4 del artículo 8 del Decreto Ley 1172 de 1980, también acusado, dispone que se prohíbe a las sociedades Comisionistas de Bolsa realizar operaciones que no sean representativas de las condiciones del mercado, a juicio de la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia de Valores); y finalmente, el también acusado literal b) del artículo 6 de la Ley 27 de 1990, dispone que la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia de Valores), sin perjuicio de las facultades que le asignen las leyes vigentes, podrá imponer multas hasta de cinco millones de pesos cada una, según la gravedad de la infracción a quienes directamente o a través de interpuestas personas realicen operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado.

Ya de tiempo atrás, la doctrina y la jurisprudencia constitucional, han identificado la actividad bursátil como una de aquellas en que se manifiesta la potestad administrativa sancionatoria. En efecto, en la sentencia C-506 de 2002 M. P. Marco Gerardo Monroy, la Corte señaló:

"Dentro de las manifestaciones del poder sancionatorio en el Estado Social de Derecho, aparece la potestad sancionadora en materia administrativa a lado de la potestad sancionadora en materia penal. El reconocimiento de la primera, que ha sido posterior en el tiempo, ha venido aparejado con el incremento de las actividades administrativas, el cual su vez se ha producido por el cambio en la concepción del papel del Estado contemporáneo. Si en sus inicios el Estado constitucional liberal se justificaba como garante de los derechos y libertades individuales, pero sin ningún compromiso con la verdadera promoción de los mismos, el Estado social de Derecho se concibe como el promotor de toda la dinámica social hacia la efectividad de tales derechos y

28 Ley 32 de 1979, Decreto Ley 1172 de 1980 y Ley 27 de 1990.

garantías. A estos efectos, el Estado ha sido llamado al cumplimiento de nuevas actividades y al ejercicio de funciones como las de planeación e intervención de la economía, la redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente, etc."

Por tanto, para hacer el juicio de constitucionalidad sobre las expresiones acusadas, debe tenerse en cuenta que están cumpliendo su función dentro del campo del derecho administrativo sancionador.

Examinando las normas demandadas, encuentra la Corte que ellas describen, entre otras, una de las conductas sancionables, hoy por la Superintendencia de Valores, y referente a "operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado" u "operaciones no Representativas de las condiciones del mercado", conceptos indeterminados, que por encontrarse en el derecho administrativo sancionador, corresponde a la Corte resolver sobre su admisibilidad, teniendo en cuenta que para el actor esa indeterminación viola el principio de legalidad, así como el de imparcialidad al otorgar a la Superintendencia de Valores la potestad de determinar "a su juicio" cuando una operación no es suficientemente representativa de las condiciones del mercado, y a la vez facultarla para imponer la sanción cuando encuentre cometida dicha conducta.

En el caso concreto, la norma del literal b) del numeral 3 del artículo 12 de la Ley 32 de 1979 y la del literal b) del artículo 6 de la Ley 27 de 1990, hace referencia a la "suficiencia" de las operaciones no representativas del mercado. Para la Corte, esta específica calificación respecto de la operación no representativa de las condiciones del mercado, para efectos de determinar la conducta sancionable administrati-

**Ya de tiempo atrás, la  
doctrina y la  
jurisprudencia  
constitucional, han  
identificado la  
actividad bursátil  
como una de aquellas  
en que se manifiesta  
la potestad  
administrativa  
sancionatoria.**

vamente es de tal amplitud, que le imprime a la norma un carácter ambiguo y vago. La concreción de una conducta con tal característica, requiere del operador jurídico un juicio de carácter subjetivo, es decir, para cada caso en particular, permitiéndole un amplio margen de discrecionalidad y por ende una libertad en la valoración y sanción respectiva. Por lo tanto, la expresión "suficientemente", para el caso, resulta constitucionalmente inadmisibles<sup>29</sup>.

Según ya lo ha precisado la Corte<sup>30</sup>, el uso de conceptos indeterminados es admisible en una infracción administrativa, siempre y cuando ellos sean determinables en forma razonable y previamente a la conducta san-

29 Cf. Sentencia C-530 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

30 Sentencia C-530 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

cionable, esto es que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Tal es el caso de la expresión "operaciones que no sean representativas de la situación del mercado", contenida en las normas demandadas, que si bien se trata de un concepto indeterminado, puede ser determinable de manera razonable, acudiendo a la remisión y a los criterios también consagrados en las normas acusadas.

Téngase en cuenta, que en el numeral 4 del artículo 8° del Decreto 1172 de 1980, el legislador utiliza la expresión "a juicio de la Comisión Nacional de Valores", entiéndase hoy Superintendencia de Valores, que si bien para algunos de los intervinientes únicamente se refiere a una facultad de adecuación, lo que les permite concluir que las disposiciones acusadas debería declararse inconstitucionales, sin embargo, para la Corte, esta expresión corresponde a una remisión normativa realizada por la ley, a través de la cual se prevé la entidad a quien corresponde la labor de determinación previa de cuales son las operaciones no representativas de la situación de mercado, dado su conocimiento técnico y especializado en la materia, me-

dante actos administrativos expedidos previamente.

Además, las disposiciones acusadas contienen un marco dentro del cual la Superintendencia de Valores puede, de manera razonable, concretar o precisar el alcance de la prohibición de realizar operaciones que no sean representativas de las condiciones del mercado, utilizando para ello criterios técnicos.

Como lo han señalado algunos intervinientes, la mencionada expresión "operaciones no representativas de las condiciones de mercado", tiene un carácter técnico y con posibilidades de ser cambiante por ser desarrolladas especialmente en el ámbito del mercado de valores. Igualmente indican, que sin llegar a ser taxativos y de acuerdo a la doctrina y a la teoría desarrollada por los operadores de las bolsas de valores, las operaciones no representativas del mercado son aquellas que alteran significativamente el libre juego de la oferta y la demanda y están conformadas entre otras, por (i) prácticas de abuso de mercado, generadas cuando directa o indirectamente los participantes en el mercado público ejecutan acciones orientadas a la distorsión en la formación de precios a través de la manipulación del mercado, o (ii) cuando es usada información no pú-

**El uso de conceptos indeterminados es admisible en una infracción administrativa, siempre y cuando ellos sean determinables en forma razonable y previamente a la conducta sancionable, esto es que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados.**

blica de forma privilegiada. También indican, que tales usos generan desconfianza en el mercado y le restan a éste transparencia, competitividad y eficiencia, con lo cual son afectados mandatos y principios constitucionales de protección y regulación de la economía.

Por lo tanto, si bien las normas demandadas utilizan un concepto indeterminado, operaciones no representativas del mercado, bien puede ser determinado por la correspondiente entidad, a través de la expedición de resoluciones, las cuales minimizan el eventual carácter vago o indeterminado de la expresión, de forma tal que el operador jurídico cuenta con criterios precisos para ejercer la actividad de adecuación. Bajo este entendido, las normas acusadas resultan ajustadas a la Constitución, pues en este caso se entiende que la expresión consagra una descripción típica determinable de manera razonable, eliminándose de esta manera la posibilidad de arbitrariedad en el ejercicio de adecuación.

Pero aún así, puede considerarse que en las expresiones operaciones no representativas de la situación del mercado y a juicio de la Comisión Nacional de Valores, persiste todavía una zona de penumbra en su interpretación, dado que están sometidas a una acelerada movilidad conceptual, ligada a la dinámica de la disciplina en la cual funciona. Así parece entenderlo la Vista Fiscal, quien indica que "el concepto 'operaciones no representativas del mercado' *aunque no esté definido en la ley y sea un concepto móvil*, es determinable en cada caso por la autoridad competente" (resaltado fuera de texto), así como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al decir que "(...) la calificación de la representatividad de una operación no puede considerarse a priori ni en abstracto, *pues se trata de un ejercicio que se debe realizar en cada caso concreto*, teniendo en cuenta las condiciones específicas del mercado al momento de realizarse la operación (...)" (resaltado fuera del texto).

Las anteriores interpretaciones de las normas acusadas, que permiten sugerir que la determinación de la conducta puede establecerse al arbitrio en cada caso concreto por el operador jurídico, vulneran los mandatos superiores, pues las personas eventualmente afectadas con la norma, no serían capaces de inferir previamente cuál es la conducta reprochada. Por lo tanto, un entendimiento de la norma acorde con la Constitución indica que la determinación de la conducta reprochable debe realizarse por parte de la Superintendencia de Valores de manera previa. Entendimiento que no solo se refiere al numeral 4° del artículo 8° del Decreto Ley 1172 de 1980, que contiene la expresión a juicio de la Comisión Nacional de valores, sino que igualmente cabe respecto del artículo 12 numeral 3 literal b) de la ley 32 de 1979 y del artículo 6 literal b) de la Ley 27 de 1990, en las que, si bien no existe la misma remisión normativa respecto de la citada expresión, sin embargo, una interpretación sistemática del conjunto normativo, incluyendo aquellas otras disposiciones que regulan la actividad y las funciones de la Superintendencia de Valores, nos permite concluir que para su perfecta armonización estas normas igualmente deben ser condicionadas.

Por lo tanto, es preciso condicionar la exequibilidad de las normas acusadas en el entendido de que previamente la Superintendencia de Valores establecerá los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará que es una operación no representativa del mercado.

En esta medida, los actos administrativos que expida la Superintendencia de Valores con el fin de determinar la conducta reprochable, deben tener las mismas características del acto que complementan y deben ajustarse igualmente al principio de legalidad. En dicha medida, deben tener carácter general o abstracto, ser previos al acto sancionable, claros e inequívocos, haber sido expedidos por la autoridad competente



dentro de la Superintendencia de Valores, y haber surtido la publicad propia de este tipo de actos.

Al respecto, la Superintendencia de Valores, en virtud de su función reguladora, ha proferido varias circulares y resoluciones en las cuales ha señalado los criterios y modalidades de operaciones no representativas del mercado. Según éstas, como también lo identificó la Vista Fiscal, existe una operación no representativa del mercado cuando i) la operación no es consecuencia del libre juego de la oferta y la demanda en el momento de su realización; ii) la finalidad real de las operaciones es divergente a la expresada; iii) existe ausencia de intención real de transferir propiedad; iv) se desconocen los principios del mercado de valores: transparencia, lealtad y adecuación de la ley, y v) son realizadas operaciones por debajo de los rangos mínimos establecidos por la bolsa<sup>31</sup>, entre otros.

En este punto la Corte entiende que i) las normas acusadas están asignando a la Superintendencia de Valores una facultad de regular un tema específico relacionado con sus funciones, cuestión que efectivamente ha realizado en las resoluciones reseñadas; y adicionalmente, ii) se le faculta para sancionar el desconocimiento de esas regulaciones.

Pero, alega también la demandante, que precisamente la facultad dada a la Superintendencia para que "a su juicio" determine qué es una operación no representativa del mercado, vulnera el principio de imparcialidad, pues quien impone la sanción es también quien determina el hecho, concentrándose en una misma entidad facultades disímiles. La Corte no comparte los argumentos del actor como pasa a explicarse.

Cabe recordar que ya la Corte Constitucional en la sentencia C-397 de 1995, dilucidó el interrogante de si la existencia de disposi-

ciones constitucionales por cuya virtud determinadas actividades estatales de regulación, especialmente en el campo económico, son confiadas a la responsabilidad complementaria del Congreso y del Gobierno, fijando aquellas disposiciones generales y éstas las normas concretas que permitan adecuar una actividad cambiante y dinámica, son compatibles con el funcionamiento de la Superintendencia de valores, que depende del gobierno pero que no lo integra en sentido estricto.

Al respecto consideró la Corte en la mencionada sentencia, que bien puede la ley establecer que el gobierno actuará por conducto de los aludidos entes, los cuales pueden tener a su cargo funciones reguladoras, siempre que se sometan a los órdenes normativos de más alto rango, y ser titulares de atribuciones concretas de intervención, control y sanción sobre quienes caen bajo su vigilancia en cualquiera de las actividades enunciadas. Lo anterior, por cuanto en materias como la regulación de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, la actividad del Estado no se agota en la definición de políticas, en la expedición de leyes marco, ni en la de los decretos reglamentarios que vayan adaptando la normatividad a las nuevas circunstancias, sino que necesita desarrollarse en concreto, bien mediante la expedición de normas generales, que en virtud de una competencia residual, expidan entes administrativos como la Superintendencia de Valores en lo no establecido en la normatividad jerárquicamente superior, ya por las actividades de control, inspección y vigilancia a cargo de tal organismo especializado, todo con el objeto de que el Estado pueda cumplir el objetivo general señalado en el artículo

31 Cf. Resoluciones 1200 de 1995, 400 de 1995, 37 de 1998, 01 de 2000, 157 de 2002.

335 de la Constitución, dado que las mencionadas actividades financieras y bursátiles son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley.

De forma complementaria se señaló, que una teoría extrema, por medio de la cual se exigiera la actuación directa y exclusiva del Presidente y de quienes con él constituyen el Gobierno en sentido restringido, para llevar a la práctica la intervención económica y para efectuar en concreto todas las tareas de inspección y control sobre las múltiples formas de actividad financiera, bursátil, asegurador y de intermediación, "conduciría al marchitamiento del papel activo y dinámico que la Carta Política ha encomendado al Estado -y, dentro de éste, al Ejecutivo- en la conducción de la política económica, en la intermediación con los diversos fenómenos que son materia de su regulación y vigilancia y en la formulación y ejecución de objetivos concretos que desarrollan las grandes pautas consignadas en las normas constitucionales y legales".

Esta Corporación reiterará esta jurisprudencia constitucional, por cuanto considera que, tal y como lo señaló la sentencia citada, en el especial caso de la Superintendencia de Valores es constitucionalmente posible que ésta entidad tenga facultad reglamentaria y funciones de inspección, vigilancia y control. Lo anterior por cuanto, como ha sido dicho con insistencia, ésta particular configuración garantiza el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 333, en el cual se dispone que "El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional" y en general de todas aquellas disposiciones superiores que permiten al Estado intervenir en la economía, con el objeto de lograr los fines del Estado Social de Derecho. El conocimiento concreto de

La adopción de medidas y correctivos pertinentes no pueden estar confiados de manera exclusiva y excluyente a la normatividad genérica, sino que es indispensable la previsión de órganos que estén dotados de suficiente agilidad y capacidad de indagación, verificación, control y sanción sobre los infractores, a la vez que gocen de atribuciones suficientes para dictar normas con mayor flexibilidad, que hagan efectivas las reglas básicas y las políticas estatales.



las situaciones que pueden conspirar contra tan claros fines constitucionales y la adopción de medidas y correctivos pertinentes no pueden estar confiados de manera exclusiva y excluyente a la normatividad genérica, sino que es indispensable la previsión de órganos que estén dotados de suficiente agilidad y capacidad de indagación, verificación, control y sanción sobre los infractores, a la vez que gocen de atribuciones suficientes para dictar normas con mayor flexibilidad, que hagan efectivas las reglas básicas y las políticas estatales.

Además debe tenerse en cuenta que, "La intermediación que se da entre dichos entes y los temas reales de implementación de la legislación imponen que sean estos los que señalen la microregulación de la Ley. La imposibilidad de previsión total por parte del órgano legislativo es -para muchos- suficiente sustento de la necesidad de que sea una entidad técnica la que produzca el reglamento correspondiente"<sup>32</sup>.

Regulaciones a cargo de la Superintendencia de Valores, que deben expedirse entonces, según lo ha determinado la Corte, con arreglo a la Constitución, la ley y los reglamentos gubernamentales, para organizar el mercado público de valores y corregir los errores de su imperfección, así como para delimitar el ejercicio de la libertad de empresa y preservar una sana y transparente competencia, mediante un sistema eficiente, que lleve el registro nacional de valores e intermediarios, que señale las reglas específicas que deben observarse dentro del mercado primario y secundario de valores, que establezca los requisitos para intermediar con ellos, que prevenga las prácticas monopolísticas y las operaciones encaminadas al control indebido de las empresas, que consagre las formas específicas de control y vigilancia, así como las sanciones aplicables a las infracciones que se cometan, y que se haga presente, a través de sus agentes, en las bolsas de valores y las entidades

comisionistas, para evitar en concreto las distorsiones económicas que la normatividad proscrib<sup>33</sup>.

Además, cabe recordar que el artículo 335 de la Carta dispone que "las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 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 y promoverá la democratización del crédito". Y que, la Ley 35 de 1993, por virtud de la cual se dictaron las normas generales y se señalaron 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 dictaron otras disposiciones en materia financiera y aseguradora, dispuso en el artículo 33 inciso tercero que, el Gobierno Nacional adoptará las normas de intervención de que trata el artículo 4° de esta ley por conducto de la Sala General de la Superintendencia de Valores, así como las normas de funcionamiento del Registro Nacional de valores e Intermediarios, los requisitos que deben reunir los documentos e intermediarios y aquéllas a que se refieren los numerales: 3, 4, 5, 6, 7, 10, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 36 del artículo 3° del Decreto 2739 de 1991; también se dispuso en el inciso 6° del mismo artículo, que las demás funciones legales sobre el mercado de valores que no se encuentren expresamente señaladas en la presente ley serán ejercidas por

32 Sentencia C-917 de 2002. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

33 Sentencia C-1162 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

el Gobierno Nacional a través de la Superintendencia de Valores.

Por lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de las normas demandadas en el entendido de que previamente al hecho o al acto objeto de investigación la Superintendencia de Valores establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado, salvo la expresión "suficientemente" que será declarada inexecutable.

## VII. DECISIÓN

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

### RESUELVE:

**Primero.** DECLARAR EXEQUIBLE el literal b) del numeral 3 del artículo 12 de la Ley 32 de 1979, en el entendido de que previamente al hecho o al acto objeto de investigación, la Superintendencia de Valores

establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado, salvo la expresión "suficientemente" que se declara INEQUIBLE.

**Segundo.** DECLARAR EXEQUIBLE el numeral 4 del artículo 8° del Decreto Ley 1172 de 1980, en el entendido de que la expresión "a juicio de la Comisión Nacional de Valores" se refiere a que previamente al hecho o al acto objeto de investigación la Superintendencia de Valores establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado.

**Tercero.** DECLARAR EXEQUIBLE el literal b) del artículo 6° de la Ley 27 de 1990, en el entendido de que previamente al hecho o al acto objeto de investigación la Superintendencia de Valores establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado, salvo la expresión "suficientemente" que se declara INEQUIBLE.»



*REDENOMINACIÓN  
DE LOS CRÉDITOS DE VIVIENDA (PESOS - UVR)*

Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. M. P. Jaime Araujo Rentería. Sentencia T-793 del 23 de agosto de 2004. Expediente T-816848

**Síntesis:** *Naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Ahorro. Principio de buena fe y el respeto a los propios actos. Posición dominante. Modificación unilateral. Restablecimiento del crédito a pesos.*

«(...)

### III. FUNDAMENTOS Y CONSIDERACIONES DE LA CORTE

(...)

#### 2. Problema Jurídico

El Fondo Nacional de Ahorro reliquidó la deuda del demandante, originalmente adquirida en pesos y ahora vigente en sistema UVR. Para hacerlo, invocó los artículos 1° y 17 de la Ley 546 de 1999, la jurisprudencia contenida en la sentencia C-955 de 2000 y las Instrucciones de la Superintendencia Bancaria. Las normas citadas permiten que se adopte el sistema UVR o que se otorgue el crédito de vivienda en moneda legal colombiana. El Fondo Nacional de Ahorro optó por la UVR y el actor considera que debe continuarse con la denominación en pesos, so pena de causarle un perjuicio.

Corresponde entonces a esta sala verificar si existe violación de algún derecho fundamental del deudor de un crédito adquirido con el Fondo Nacional de Ahorro cuando dicho crédito fue concedido originalmente en cuotas fijas en pesos, y luego, de forma unilateral y por modificación de la regulación legal para este tipo de créditos, el acreedor lo reliquidó al sistema UVR, aumentando de esta manera el plazo de amortización.

#### 3. La naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Ahorro

3.1 El Fondo Nacional de Ahorro es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, con régimen legal propio, personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, según se encuentra establecido en el Decreto-Ley 3118 de 1968 y la Ley 432 de 1998. De acuerdo con dicha normatividad, la entidad tiene por objeto administrar las cesantías de los trabajadores afiliados y contribuir a la solución del problema de vivienda y educación de los mismos a través del otorgamiento de créditos para dichos fines.

Esta Corporación, en Sentencia C-625/98<sup>1</sup>, declaró exequibles algunos artículos de la ley 432 de 1998 "Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro y se transforma su naturaleza jurídica", y señaló en aquella oportunidad que el Fondo Nacional de Ahorro no era "ni es un establecimiento de crédito de vivienda". De esta manera, en la sentencia referida, la Corte señaló la naturaleza especial que ostenta dicha empresa industrial y comercial del Estado, que aunque ejerce las funciones propias de un administrador de fondo de cesantías y pensiones y de un establecimiento de crédito y de vivienda, no es lo uno ni lo otro.

La naturaleza especial del Fondo Nacional de Ahorro tiene repercusiones directas sobre la forma en la que debe entenderse la función que desempeña éste, y que está directamente relacionada con los fines del Estado, especialmente con lo dispuesto en los Artículos 51, 67 y 68 de la Carta Política de 1991 sobre los derechos de todos los colombianos a tener una vivienda digna y acceder a la educación. La distinción entre establecimientos de crédito y el Fondo Nacional del Ahorro tiene efectos prácticos, ya que a diferencia de aquellos, el Fondo Nacional de ahorro asigna los créditos con base en un sistema de puntuación en el que toma en cuenta el ingreso del solicitante y el tiempo que lleva vinculado a la institución, para, con base en dichos factores, establecer tanto el monto del crédito como la tasa de interés al que éste estará sujeto<sup>2</sup>. Todo ello de acuerdo con los propósitos constitucionales que claramente están vinculados con la razón de ser del Fondo.

La distinción entre establecimientos de crédito y el Fondo Nacional del Ahorro tiene efectos prácticos, ya que a diferencia de aquellos, el Fondo Nacional de ahorro asigna los créditos con base en un sistema de puntuación en el que toma en cuenta el ingreso del solicitante y el tiempo que lleva vinculado a la institución, para, con base en dichos factores, establecer tanto el monto del crédito como la tasa de interés al que éste estará sujeto.

3.2 Ahora bien, como Empresa Industrial y Comercial del Estado, el Fondo Nacional de Ahorro se sujeta a las normas de derecho privado en su actividad, salvo las excepciones consagradas por la Ley. El artículo 93 de la Ley 489 de 1998 señala en este sentido que los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Además precisa que los contratos que celebren para el cum-

1 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

2 Sentencia T-822 de 2003. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra cita a su vez la Sentencia C-625 de 1998.

El carácter financiero del Fondo Nacional de Ahorro, aunque goce de la especialidad arriba enunciada, hace que esta entidad tenga una posición dominante frente a sus afiliados y, con mayor motivo aún, frente a quien ha adquirido con éste obligaciones patrimoniales derivadas de la adquisición de un crédito para vivienda.

plimiento de su objeto se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales. En la de asignación de créditos con los particulares que están afiliados a él, el Fondo suscribe, pues, contratos de mutuo. Estos, se rigen, de acuerdo con la norma arriba citada, por los principios generales consagrados en los Códigos Civil y de Comercio y a la regulación específica para créditos de vivienda, contenida en la Ley 546 de 1999 y en las circulares externas 048 y 056 de 2000 de la Superintendencia Bancaria. Este tipo de relaciones contractuales, cuyo fin es realizar el mandato del artículo 51 de la Carta, son objeto de la intervención del Estado en grado superlativo<sup>3</sup>. Además, cabe indicar que aunque la actividad del Fondo Nacional de Ahorro se rige por las normas de derecho privado, no deja de ser parte integrante de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, perteneciente al Sector descentralizado por servicios. Por ello en su actividad debe tener en cuenta los principios constitucionales de la función administrativa, en particular los de igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad y buena fe.

3.3 El carácter financiero del Fondo Nacional de Ahorro, aunque goce de la especialidad arriba enunciada, hace que esta entidad tenga una posición dominante frente a sus afiliados y, con mayor motivo aún, frente a quien ha adquirido con éste obligaciones patrimoniales derivadas de la adquisición de un crédito para vivienda. Ha afirmado la Corte en este sentido que este tipo de relaciones contractuales están caracterizadas por la asimetría del poder de negociación de las partes, teniendo como consecuencia que las entidades financieras se encuentran respecto de los usuarios de sus servicios en una clara posición de supremacía material, independientemente de que se trate de entidades públicas, mixtas o privadas<sup>4</sup>.

#### 4. Principio de buena fe y el respeto a los propios actos

4.1 El principio de buena fe está consagrado en el artículo 83 de la Carta Política en los siguientes términos: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las actuaciones que aquellos adelanten ante éstas"

3 Ver Sentencia T-423 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

4 Ver Sentencia T-083 de 2003 y también C-134 de 1994.

De allí que haya señalado esta Corporación que la aplicación de éste principio no se limita al nacimiento de la relación jurídica, sino que despliega sus efectos en el tiempo hasta su extinción.

Además, el principio incorpora la doctrina que proscribe el venire contra factum proprium, según la cual a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos. La buena fe implica la obligación de mantener en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento, la credibilidad de las partes y el efecto vinculante de los actos<sup>5</sup>.

Para la Corte no hay duda de que la alteración unilateral de los términos contractuales causada por alguna de las partes, desconoce el principio de buena fe y el respeto a los actos propios, es decir el desconocimiento de la máxima según a nadie le es permitido ir en contra de sus propios actos, cuando no obedece a una conducta legítima.

## 5. Estudio del caso concreto

El señor (...) demanda en sede de tutela y solicita el amparo de sus derechos "a la vivienda digna y todos aquellos que tengan conexidad con el mismo"<sup>6</sup>, presuntamente conculcados por el Fondo Nacional de Ahorro. Ello porque que hace aproximadamente doce (12) años adquirió un préstamo para vivienda de interés social a través de la entidad demandada y en fecha reciente ésta modificó unilateralmente las condiciones estipuladas en el acuerdo inicial, variando el régimen de pago, originalmente pactado en pesos, y reliquidándolo de acuerdo con el sistema UVR, aumentando de ésta manera el plazo que inicialmente se había planeado para la cancelación del crédito.

5.1 Ahora bien, para evacuar el estudio del presente caso, la Sala debe considerar varios aspectos relevantes i) que el contrato suscrito entre el demandante y la entidad demandada es un contrato de derecho privado que, dada su naturaleza, es objeto de intervención superlativa por parte del Estado; ii) que por ser una entidad financiera de carácter especial, el Fondo Nacional de Ahorro tiene una posición dominante en relación con el actor; iii) que existió una modificación unilateral de los términos del contrato.

En relación con el primer punto a tratar, la Sala considera, prohiendo la hipótesis de la Corte en este sentido, que al existir superlativa intervención del Estado en contratos como el que suscribió el señor (...) con el Fondo, y al estar éstos llamados a desarrollar un fin constitucional como el de la vivienda digna, existe por parte de la parte adquirente del crédito una especial confianza de que en principio no podrán ser modificados unilateralmente los actos que formaron el negocio. Así las cosas, el interés superlativo del que se ha hecho mención, acude en refuerzo del principio de buena fe, tornando más enfática la prohibición de ir en contra de los propios actos.

5 Ver Sentencia T-141 de 2004. M. P. Alfredo Beltrán Sierra cita a su vez la Sentencia T-475 de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Folio 3 del cuaderno único.



Y es que el fin de la adquisición de estos servicios, tal y como lo manifiesta el actor, se encuentra estrechamente ligada con la definición por parte del adquirente de un verdadero modelo de vida. La sorpresiva alteración de los términos contractuales, en el entendido que las previsiones patrimoniales que le permiten al actor haber delimitado la forma de atender sus necesidades existenciales, se ve trastocada por la abrupta liquidación del crédito y, ante todo, por el aumento del plazo para la cancelación de éste.

Ahora bien, al actor, tal y como quedó explicado arriba, le asistía un legítima derecho de confiar en que el negocio, tal como fue planeado en su inicio y se había ejecutado durante los últimos doce años, siguiera su normal curso y concluyera tal y como había sido iniciado. No obstante, en claro abuso de la posición dominante, el Fondo Nacional de Ahorro, amparado en una orden impartida por la Superintendencia Bancaria, modificó lo inicialmente pactado. Además de ello se abstuvo de auscultar siquiera la voluntad de su contraparte contractual, careciendo su decisión de cualquier tipo de publicidad y no informando debidamente al actor cuales eran sus derechos frente a la modificación de su crédito<sup>7</sup>.

No obstante ser claro todo lo anterior, es necesario en este punto que la Sala se pronuncie respecto de la procedencia de la acción de tutela en el caso. Prima facie se podría pensar que al derivar la controversia de un problema originado en un contrato de mutuo, el mecanismo subsidiario y residual de la tutela no sería el adecuado para obtener la protección del actor.

Ello resulta desvirtuado si se considera que en el presente caso, la ruptura del principio de buena fe, el desconocimiento del la prohibición de atentar en contra de los propios actos y el abuso de la posición dominante por parte de la demandada se traduce en la violación del derecho fundamental al debido proceso, entre otros<sup>8</sup> La actuación del Fondo Nacional de Ahorro, tal y como se ha reiterado en múltiples oportunidades en esta sentencia, goza de un especial interés afín con los fines constitucionales y es por ello por lo que la entidad debe ceñir sus actuaciones al máximo respeto de los procedimientos establecidos. Considera la Sala, en este caso, que por tratarse de una relación contractual, el primero y elemental era contar con la aquiescencia del señor (...). En caso de la renuencia de éste, la entidad demandada debía acudir al juez competente para obtener de éste un pronunciamiento en relación con la materia.

Ahora bien, sin profundizar en el tema, no resultaba necesario para el Fondo Nacional de Ahorro abusar de su posición dominante y desmotar el crédito sin que el beneficiario de éste pudiese participar de ninguna manera en el proceso, sino que incluso le era dable a la entidad, si percibía que existía una indebida forma de amortización, conservar para su afiliado el sistema de pesos, pero ajustando la forma de liquidación de intereses a los parámetros legales<sup>9</sup>. Además debe tenerse en cuenta que, según lo transcribe la misma entidad demandada, la orden proveniente de la Superintendencia Bancaria en virtud de la

7 Ver Sentencia T-822 de 2003 en el sentido de la violación al debido proceso por falta de publicidad de los actos.

8 Ver Sentencia T-141 de 2003.

9 Este tema se encuentra explicado en Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, M. P. Susana Montes de Echeverri. Bogotá D. C. abril 11 de 2002.



cual tomó la decisión de modificar el crédito del autor, instaba al Fondo a ajustar los sistemas de amortización, mas no a variar los créditos obtenidos en moneda legal al sistema de unidades de valor real, UVR.

En resumen, esta Sala considera que la conducta del Fondo Nacional de Ahorro es violatoria de los derechos fundamentales del actor. En consecuencia ordenará a esta entidad restablecer el crédito en pesos según lo pactado inicialmente con el actor. Una vez cumplido aquello, la entidad demandada deberá verificar si dicho crédito cumple o no con lo que esta misma Corporación y la Ley han establecido en relación con la prohibición de capitalización de intereses. En caso de que se verifique que el crédito del actor resulta contrario a lo que se ha establecido en dicho sentido, el Fondo Nacional de Ahorro deberá dar al señor (...) información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de dicha condición, de manera tal que éste conozca suficientemente cómo opera el crédito, la composición de las cuotas, el comportamiento del crédito y cual va a ser el procedimiento a seguir por parte del Fondo Nacional de ahorro para ajustar el crédito a la prohibición de capitalización de intereses, conservando el pacto inicial en el sentido de que aquel se denominaría en pesos.

En el evento en que sea necesario, para ajustar a la jurisprudencia de ésta Corporación, modificar las condiciones inicialmente pactadas del crédito en cuanto al plazo o monto de las cuotas que en pesos adquirió el señor (...) y que debe continuar en pesos, será necesario contar con el consentimiento o aquiescencia del señor (...) y en caso de que éste no lo de, se mantendrán las condiciones inicialmente pactadas, pero el Fondo Nacional de Ahorro podrá acudir ante el Juez competente para dirimir la controversia contractual.

#### IV. DECISIÓN

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en el nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

**La Sala considera que la conducta del Fondo Nacional de Ahorro es violatoria de los derechos fundamentales del actor. En consecuencia ordenará a esta entidad restablecer el crédito en pesos según lo pactado inicialmente con el actor. Una vez cumplido aquello, la entidad demandada deberá verificar si dicho crédito cumple o no con lo que esta misma Corporación y la Ley han establecido en relación con la prohibición de capitalización de intereses.**

**RESUELVE:**

**Primero.** REANUDAR los términos suspendidos mediante auto de diecinueve (19) de febrero de dos mil tres (2003).

**Segundo.** REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá D.C el 26 de septiembre de 2003, dentro de la acción de tutela instaurada por el señor (...) contra el Fondo Nacional de Ahorro.

En consecuencia CONCEDER el amparo solicitado por el actor y ORDENAR que se proceda de conformidad con estas etapas:

a) Que en el término de cinco (5) días el Fondo Nacional de Ahorro restablezca el crédito en pesos y en el plazo indicado, según lo pactado inicialmente con el actor.

b) Una vez cumplido aquello, ORDENAR a la entidad demandada que, en el término de quince (15) días verifique si dicho crédito cumple o no con la prohibición de capitalización de intereses. En caso de que se constate que el crédito del actor resulta contrario a lo que se ha establecido por la Corte Constitucional en dicho sentido y con las normas legales vigentes, el Fondo Nacional del ahorro deberá dar, dentro del mismo plazo, al señor (...) información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de dicha condición, de manera tal que éste conozca suficientemente cómo opera el crédito, la composición de las cuotas, el comportamiento del crédito y cual va a ser el procedimiento a seguir por parte del Fondo Nacional de Ahorro para ajustar el crédito a la prohibición de capitalización de intereses.

c) En el evento en que sea necesario, para ajustar a la jurisprudencia de ésta Corporación y a las Leyes dictadas para su cumplimiento actualmente vigentes, modificar las condiciones inicialmente pactadas del crédito en cuanto al plazo o monto de las cuotas que en pesos adquirió el señor (...) y que debe continuar en pesos, será necesario contar con el consentimiento o aquiescencia del señor (...) y en caso de que éste no lo de, se mantendrán las condiciones inicialmente pactadas, pero el Fondo Nacional de Ahorro podrá acudir ante el Juez competente para dirimir la controversia contractual. (...)»

*RELIQUIDACIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS*

**Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia T-733 del 5 de agosto de 2004. Expediente T-893763.**

**Síntesis:** *Procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias. Revocación unilateral de la reliquidación de créditos por parte de las entidades bancarias. Principio del respeto del acto propio. Derechos a la vivienda digna, buen nombre y debido proceso.*

«(...)

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

(...)

### B. Temas jurídicos

En el presente caso, la Sala estudiara si la actuación de exigir por parte de la entidad demandada, el pago de la diferencia derivada de la reversión de la reliquidación inicial del crédito hipotecario para la adquisición de vivienda, suscrito por la accionante, vulnera sus derechos al debido proceso, petición, vivienda digna y al buen nombre.

Sobre el tema esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades, razón por la cual, la Sala reiterará la doctrina establecida sobre el asunto.

### 1. Procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias.

Lo primero que determinará la Corte es si para el caso específico, por tratarse de una acción de tutela contra una persona jurídica que presta el servicio bancario, procede la acción de tutela. Al respecto la Corte manifestó mediante la sentencia T-083 de 2002<sup>1</sup>:

"En efecto, la actividad financiera, cuyo objetivo principal es el de captar recursos económicos del público, para administrarlos, intervenirlos y obtener de su manejo un provecho de igual naturaleza, ha sido considerada por la Corte Constitucional como servicio público. Sobre este asunto ha dicho la corporación:

El servicio público es definido en el derecho positivo colombiano como '(...) toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, bien que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas (...)'

De igual manera la jurisprudencia constitucional ha establecido que el servicio público es 'toda actividad dirigida a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su ordenación esté a cargo del estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, a cargo de simples personas privadas'.

(...)

La actividad desplegada por las entidades financieras tiene la prerrogativa consistente en la facultad para captar recursos del público, manejarlos, invertirlos y obtener un aprovechamiento de los mismos, dentro de los límites y con los requisitos contemplados en la ley;

1 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

(...)

El artículo 335 de la Carta establece:

'Artículo 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a los que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 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 y promoverá la democratización del crédito.'

De los precedentes textos constitucionales aparece que la actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público, atendiendo a su propia naturaleza, reviste un interés general y, por tanto, no escapa al postulado constitucional que declara su prevalencia sobre intereses particulares (artículo 1º Constitución Política), lo cual se concreta en el carácter de servicio público que se le atribuyó desde 1959 (...). (Corte Constitucional, Sentencia T-443 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo)"

Pues bien, la entidad financiera Banco (...) tiene la condición de empresa industrial y comercial del Estado, cuyo objeto social es el servicio bancario; es decir, se trata de una entidad financiera estatal que presta un servicio público, por lo que cumple con dos de los requisitos de procedibilidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución,

siendo por tanto susceptible de ser demandada en acción de tutela.

## 2. Precedente jurisprudencial

La labor de reiteración es fundamental para garantizar el derecho a la igualdad de personas que acuden a la acción de tutela, con la esperanza de obtener el mismo tratamiento que los jueces de constitucionalidad han brindado en casos semejantes, y que la jurisprudencia de la Corte se ha encargado de unificar.

En la Sentencia T-1085/02<sup>2</sup>, en este caso se dijo que "la Corte no puede avalar que el Banco (...) unilateralmente cambie las reglas de juego que las entidad financiera impone a sus clientes abusando de su posición dominante, máxime cuando esta entidad es la que tiene la información exacta sobre cada crédito y pueden realizar las verificaciones previas que estimen convenientes, no pudiendo endilgarle a sus usuarios los efectos negativos de sus propios yerros."

La orden para el Banco (...) fue que en el término de 48 horas adelante los trámites necesarios para la cancelación de la obligación hipotecaria de la accionante.

En otro caso similar, la Corte concluyó en la Sentencia T-083/03<sup>3</sup> que "la naturaleza vinculante del acto emitido por el Banco (...) con el que extinguió la obligación, y la im-

2 M. P. Jaime Araujo Rentería.

3 M. P. Jaime Córdoba Triviño. La Sentencia en uno de sus apartes manifiesta: "La Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial.

Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios.

El precedente citado permite concluir que las entidades financieras, en las actuaciones frente a sus usuarios, tienen una posición privilegiada que las erige como verdaderas autoridades ante ellos, condición que, a la vez que les otorga prerrogativas superiores a la de los particulares, las obliga a ejercer las acciones necesarias para garantizar el libre y adecuado ejercicio de los derechos fundamentales de sus clientes y, entre ellos, el del debido proceso".

posibilidad de que el error de la entidad financiera sirva de base para la afectación desproporcionada de la situación jurídica de que es titular el accionante, a partir del instante en que canceló la obligación hipotecaria pagando el monto que le indicó el acreedor. Aunque el cobro de la diferencia ocasionada por la reversión de la reliquidación responde a un fin constitucional legítimo (la protección del erario), los medios para su concreción no pueden servir de actuaciones que vulneren los derechos fundamentales del actor."

La orden por parte de esta Corporación fue que (...) en el término de 48 horas inicie los trámites necesarios para cancelar el crédito y levante el gravamen hipotecario que pesa sobre el inmueble del actor.

La sentencia T-323/03<sup>4</sup>, resume todo lo estudiado por esta Corporación sobre el tema. Y al respecto dijo:

"Para la Sala es claro que semejante proceder conculca el derecho fundamental al *debido proceso* pues bastó el solo abuso de la posición dominante en que se halla una entidad financiera para constituir una obligación contra el actor, pretender el reconocimiento de intereses moratorios y negar la cancelación de la garantía prestada en razón de una obligación diferente. A una persona a la que se le había generado certeza sobre la extinción de una obligación y que se hallaba amparada por el principio de respeto del acto propio, en este caso emitido por (...) se la sorprendió no sólo con la imputación de una nueva deuda, sino con su cobro prejurídico pese a que no existía título alguno en el que tal obligación constara.

Ese comportamiento restringe el disfrute del derecho a la *vivienda digna* pues se trata de un derecho que merece atención en todas las etapas del proceso que se debe agotar para adquirir vivienda mediante el sistema de crédito a largo plazo, mucho más si en un contexto como el nuestro son pocos los que pueden acceder a una vivienda sin suscribir créditos hipotecarios que comprometen sus ingresos de muchos años. De allí que en los supuestos

en los que se vulnera el derecho fundamental al debido proceso y se limite ilegítimamente el derecho a la vivienda digna, haya lugar a la protección de aquél indistintamente del momento de que se trate, esto es, desde la concesión del crédito, durante el pago de las cuotas periódicas, en la extinción de la obligación y en el levantamiento de las garantías constituidas por el deudor. En el caso presente, *el derecho al debido proceso se ha vulnerado* en el momento del levantamiento de las garantías pues, procediendo contra la Constitución y la ley, se pretende desconocer la extinción de una obligación, constituir unilateralmente una nueva y garantizarla haciéndole extensiva una garantía constituida en relación con aquella obligación ya extinta.

(...)

De otro lado, quien tenía a su disposición los mecanismos judiciales ordinarios para obtener el pago de las sumas probablemente canceladas de más por el *error* en la reliquidación del crédito, era la misma entidad financiera. No obstante, abusando de su *condición de preeminencia*, exigió, más de un año después de la cancelación del crédito, el pago de la diferencia generada por su propio yerro y lo hizo mediante la revocatoria unilateral de su propio acto y extendiendo los efectos de una garantía constituida para una obligación distinta, proceder con el que se abrogó para sí facultades que sólo reposan en la jurisdicción.

En relación con la naturaleza de recursos públicos de los alivios que sirvieron de base para reliquidar los créditos hipotecarios, la Corte no desconoce la necesidad que se conserve de manera estricta su destinación legal y las consecuencias penales y disciplinarias que genera el desvío de esta clase de rubros. Pese lo anterior, no puede compartirse la tesis según la cual, para el caso que ocupa a la Sala, exista la "necesidad objetiva" de cobrar la diferencia causada por la reversión de la reliquidación, sin que antes medie una decisión judicial.

Esta conclusión se funda, de un lado, en la naturaleza vinculante del acto emitido por la entidad financiera y con el que extinguió la obligación, y de otro, en la imposibilidad de

4 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

que el error de la entidad financiera sirva de base para la afectación desproporcionada de la situación jurídica de que es titular el accionante, a partir del instante en que canceló la obligación hipotecaria pagando el monto que le indicó el acreedor. *Aunque el cobro de la diferencia ocasionada por la reversión de la reliquidación responde a un fin constitucionalmente legítimo (la protección del erario), los medios para su concreción no pueden servir de actuaciones que vulneren los derechos fundamentales del actor*"<sup>5,6</sup> (resaltado fuera de texto)

La orden en esta Sentencia para (...) fue que en forma inmediata suspenda el cobro de dinero exigido a los accionante. Que inicie los trámites necesarios para cancelar los créditos y levante el gravamen hipotecario que pesa sobre los inmuebles. Y por último, en el evento de que haya realizado algún reporte por mora, en relación con las obligaciones hipotecarias de los accionantes, a las centrales de riesgo financiero y comercial, expida las correspondientes certificaciones de paz y salvo, a fin de que sea corregida la información reportada.

En los casos mencionados, la información del saldo del crédito otorgada a cada persona por el banco, creó en ellas la certeza de cuál era el monto de su obligación, máxime cuando la entidad bancaria les expidió un paz y salvo y les dio instrucciones para que suscribiera la escritura de cancelación del gravamen hipotecario.

El banco posee los medios técnicos, la información exacta de cada crédito y puede realizar las verificaciones previas que estime convenientes, con el fin de que la información que suministre sea veraz. En caso de que haya incurrido en error, puede acudir a la jurisdicción ordinaria en procura de los derechos que crea tener, pero no puede trasladar esta carga, haciendo uso de su posición dominante, a los usuarios de buena fe.

Agrega la Sentencia que "el argumento aducido por (...) en todas las acciones de tutela que se revisan, para justificar su actitud fren-

te a los deudores hipotecarios, no sólo en las que ahora se analizan, sino en las anteriores oportunidades en las que la Corte se ha pronunciado en acciones contra la misma entidad, se centra en el error en la aplicación de la metodología, circunstancia que "obligó" a esa entidad financiera a revertir las reliquidaciones inicialmente aplicadas. De ahí, manifiesta la entidad demandada, que si existe inconformidad al respecto, los afectados cuentan con las acciones legales pertinentes ante la jurisdicción ordinaria."

Este argumento ha sido encontrado indudablemente inadmisibles a la luz del ordenamiento Constitucional. Al respecto ha dicho la Corporación:

"En ese marco, la revocación del acto proferido por la entidad financiera, aunque aparentemente se funda en una circunstancia lícita, cual era la de disminuir el monto del alivio reconocido al deudor, en realidad desborda el marco jurídico aplicable pues extiende las consecuencias de su propio error a la reliquidación del crédito y revive los efectos de una obligación extinta. Sostener lo contrario, esto es, que la entidad financiera está facultada para cobrar sumas adicionales con posterioridad a la extinción de la obligación, configura la imposición de una carga especialmente gravosa e irrazonable al deudor"<sup>7,8</sup>

### 3. Respeto del acto propio

La Corte Constitucional ha considerado que en los casos en los que las entidades bancarias revocan unilateralmente la reliquidación de créditos, es aplicable el principio del respeto del acto propio, según el cual no es aceptable de quien profiere un acto generador de una situación particular y concreta a favor de otro, lo revoque posterior y unilateralmente, sin consultarle a la otra par-

5 T-083 de 2003 ya citada.

6 Sentencia T-323 de 2003. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

7 Sentencia T-083 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

8 Sentencia T-323 de 2003. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.



te de tal forma, que modifica jurídicamente, lo planteado inicialmente por las dos parte.

Las condiciones para poder aplicar el respeto del acto propio son las siguientes:

- "a) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz;
- b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas;
- c) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas."<sup>9</sup>

La Sentencia T-186 de 2004<sup>10</sup>, respecto del respeto del acto propio por parte de las entidades financieras dijo:

"En este orden de ideas, se ha concluido que cuando las entidades financieras modifican sus propios actos de manera unilateral e inconsulta faltan al principio del respeto del acto propio y actúan de manera ilegítima frente a sus clientes, traicionando la confianza por ellos depositada en el proceder de las entidades que hacen parte del sector financiero."

#### 4. ¿A quién se le debe dirigir la orden de tutela cuando dos entidades financieras están relacionadas con un crédito?

En anteriores ocasiones, la Corte Constitucional ha estudiado casos en los que están involucradas dos entidades con el crédito hipotecario cuya liquidación se cuestiona por el actor de tutela. Por ejemplo, en la Sentencia T-186 de 2004, la Corte conoció de un caso en el cual la accionante alegaba que (...) le había realizado una reliquidación favorable a su crédito hipotecario y posteriormente, de manera unilateral, lo había revertido.

(...) por su parte, señalaba que este crédito había sido cedido por el Banco (...) en el estado posterior a la reversión del crédito,

es decir, que él no había realizado tal reversión.

La Corte encontró que a pesar de que podía existir una diferencia entre el Banco (...) y (...) en la medida en que (...) alegaba que había sido el Banco (...) quien había concedido el alivio y posteriormente revertido el mismo, correspondía a (...) iniciar las acciones legales pertinentes contra el Banco (...) y no hacer recaer los efectos de la diferencia entre las entidades en la tutelante. Paralelamente, consideró la Sala que era con (...) con quien se estaba entendiendo directamente la accionante, motivo por el cual a éste se le ordenó dejar sin efecto la reversión de la reliquidación del crédito de la accionante.

#### Caso concreto

La accionante suscribió con (...) en el año de 1993, un pagaré por la cantidad de \$6.552.000,00 con vencimiento final de 24 de marzo de 2008, pagadero a 180 cuotas mensuales; respaldando la obligación firmó hipoteca abierta.

La entidad demandada, en cumplimiento de la Ley 546 de 1999, realizó el proceso de reliquidación de los créditos y aplicó en el año 2000 el alivio al préstamo otorgado a la señora (...). Como dicho alivio fue favorable para la accionante, realizó el pago total de la obligación hipotecaria, por lo que (...) procedió a cancelar la hipoteca abierta, al encontrarse a paz y salvo la accionante.

Pasado año y medio de haber liquidado su crédito y otorgado el alivio, (...) le informó a la accionante que se le había reliquidado el crédito inicial, que esa reliquidación había sido ajustada a derecho y aprobada por la Superintendencia Bancaria, motivo por el

<sup>9</sup> Ver nuevamente sentencia T-295 de 1999.

<sup>10</sup> M. P. Álvaro Tafur Galvis.



cuál se dio lugar a la reversión del alivio y al señalamiento de un nuevo monto adecuado; por lo tanto, la señora (...), adquiriría una nueva deuda por un valor de \$5'180.946,01 con (...).

Por lo anterior, la accionante solicitó a (...) copia del pagaré, información de cómo se le había efectuado la reliquidación y certificación del alivio que se le había realizado. Dicha solicitud sólo fue contestada parcialmente por la entidad, expidiéndole sólo la copia del pagaré. Por lo que la accionante consideró que con esta actuación, (...) le estaba vulnerando sus derechos a la vivienda digna, buen nombre, petición y al debido proceso, al considerar, que el banco no podía expedir un acto y luego revocarlo sin tener en cuenta los derechos adquiridos de la accionante.

De las pruebas que obran dentro del expediente y lo manifestado por la entidad accionada se puede inferir que el error fue cometido por (...) al efectuar la reliquidación, por lo que hubo la necesidad de realizar una corrección; que luego de año y medio que la accionante cancelara la deuda total de la obligación inicial, la entidad le comunica a la accionante que debe cancelar la diferencia generada por la reliquidación que se realizó a su crédito.

La Corte, en casos similares, ha manifestado que estas entidades financieras por las características de la labor que desempeñan, conocen a fondo todos los aspectos financieros y económicos, por lo que se convierten en entidades especialistas sobre el tema de donde se desprende que mantienen una posición dominante, en este caso, frente a la usuaria, posición de la que tomó ventaja la entidad accionada y revocó unilateralmente la decisión inicial en donde la accionante se había beneficiado del alivio aplicado por la misma entidad.

La Corte ya ha dicho que estos comportamientos son contrarios al debido proceso y

que en caso de que la entidad bancaria quiera revocar su actuación debe acudir a un proceso ordinario.

Esta Sala reiterará las decisiones que sobre el tema esta Corporación ha tomado, tutelando los derechos a la accionante a la vivienda digna, buen nombre y debido proceso. Por tanto, revocará el fallo de segunda instancia y se le ordenará a la entidad accionada que en el término de 48 horas inicie los trámites necesarios para la cancelación de la obligación hipotecaria a cargo de la señora (...) si ello no ha ocurrido.

En lo atinente al derecho de petición, la Sala encuentra que el Juez de Segunda Instancia en su fallo ordenó a la entidad demandada que en el término de 48 horas, respondiera de fondo, de manera clara y precisa a la solicitud de información sobre la divergencia resultante en los cálculos de la reliquidación realizada a la accionante. Sin embargo, en el expediente no consta respuesta de la entidad, motivo por el cual la Corte reiterará la orden del ad quem para que, en caso de no haberse hecho, se le conteste la petición de manera completa.

Por otro lado, la accionante solicitó "ordenar al Banco (...) que en caso de que haya realizado algún reporte por mora respecto de la mencionada obligación a Centrales de Riesgo Financiero y Comercial, expida las correspondientes certificaciones de paz y salvo a fin de que sea corregida la información reportada."

La Corte ha considerado que el reportar a las personas a la base de datos por incumplimiento del pago de deudas derivadas del retrotramiento de la reliquidación favorable del crédito vulnera el derecho al habeas data, porque las personas han debido ser previamente informadas y consultadas y la información reportada ha debido contener el hecho de que inicialmente la entidad financiera alentó en el deudor expectativas de paz y salvo.

En la Sentencia T-592 de 2004<sup>11</sup>, en la cual se estudió un caso con esas características esta Corporación concluyó que las decisiones de instancia que negaron a los accionantes la protección constitucional invocada debían revocarse, por cuanto, "en ninguno de los casos éstos fueron informados de que su historia crediticia y financiera sería reportada a las centrales de riesgo, de cuál administradora registraría y divulgaría la información, como tampoco del término en que sus datos permanecerían en el proceso informático y del contenido de la información."

La actuación vulneratoria de las entidades demandadas fue la de hacer "uso indebido de la autorización genérica recibida de los accionantes reportando al proceso informático como historia crediticia de los nombrados falencias generadas en sus procesos administrativos sin el concurso de los aludidos" y sin tener en cuenta que obran los paz y salvos expedidos por las mismas entidades demandadas.

Para hacer cesar la vulneración de los accionantes, la Corte resolvió que: "(...) en atención al uso adecuado que debe hacer de la autorización de interferencia en su intimidad económica otorgada por el actor, i) informarle a éste, con la debida antelación, cómo, cuándo, ante quien y con qué alcances su autorización será utilizada; y iii) (sic) proyectar ante en el proceso informático las expectativas de rectificación, y adecuación que alertó en el actor, durante el proceso que fuera adelantado por éste para que las facturaciones concordaran con las cargas que efectivamente le corresponde atender."<sup>12</sup>

En el presente caso, no es aplicable el precedente en cita, por cuanto, no está probado que la accionante haya sido reportada a la base de datos. Por lo tanto, no hay pruebas de la vulneración al derecho fundamental del buen nombre. Ante esta situación, la Sala no tutelaré tal derecho invocado.

**La Corte ha considerado que el reportar a las personas a la base de datos por incumplimiento del pago de deudas derivadas del retrotramiento de la reliquidación favorable del crédito vulnera el derecho al habeas data, porque las personas han debido ser previamente informadas y consultadas y la información reportada ha debido contener el hecho de que inicialmente la entidad financiera alentó en el deudor expectativas de paz y salvo.**

Finalmente siguiendo el precedente sentado en la Sentencia T-186 de 2004<sup>13</sup>, a pesar de que en el caso están involucradas, tanto (...), como titular del crédito, como (...) como

11 M. P. Álvaro Tafur Galvis.

12 Sentencia T-592 de 2004. M. P. Álvaro Tafur Galvis.

13 Ibídem.

agente de éste, la orden se le dará a la entidad financiera (...) por cuanto es ésta quien ha tenido el trato directo con la accionante, le realizó y comunicó la reversión del crédito, el saldo total de la obligación a la fecha actual (9 de julio de 2003), a ésta entidad fue la que se le hizo el pago total del alivio y es la que le está cobrando el saldo resultante de la reversión realizada al crédito hipotecario de la señora (...).

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

**Primero.** REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (...) en la acción de tutela

instaurada por la señora (...). En su lugar CONCEDER el amparo constitucional a los derechos fundamentales al debido proceso por conexidad a la vivienda digna y de petición, por las razones expuestas en esta providencia.

**Segundo.** ORDENAR al Banco (...) que, en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia deje sin efecto el acto mediante el cual le fue reversada la operación inicial que le había otorgado el alivio, comunicado a la accionante mediante carta del 30 de abril de 2003, con el fin de dar plena efectividad a los derechos surgidos con anterioridad a dicha revocación.

**Tercero.** Advertir al Banco (...) que si cree tener derechos luego del cumplimiento de las órdenes dadas en los numerales anteriores, a cargo de la accionante, puede, de considerarlo pertinente, instaurar las acciones judiciales que sean del caso (...).

# Conceptos

*Acciones - Patrimonio autónomo -  
Fiducia mercantil*

*Crédito de vivienda - Centrales de  
información*

*Intervención del Estado - Actividad  
financiera*

*Lista Clinton*

## Acciones - Patrimonio Autónomo - Fiducia Mercantil

*Concepto 2003035259-1 del 2 de junio de 2004*

---

**Síntesis:** *Naturaleza y definición de las acciones. Acciones que ingresan a un patrimonio autónomo en desarrollo de la celebración de una fiducia mercantil; aspectos jurídicos. Mediante la fiducia mercantil no pueden obviarse mandatos legales para las sociedades cuando ingresen acciones de éstas en un patrimonio autónomo.*

«(...) consulta si un patrimonio autónomo puede "(...) debidamente representado por una Sociedad Fiduciaria, y cuyo fideicomitente y beneficiario es una sociedad X determinada, ser 'accionista' (sic) de una Sociedad Limitada en la cual el otro socio será dicha sociedad X?". Indaga también si tal posibilidad se presenta en la hipótesis de que este socio de aquella persona jurídica corresponda a una persona distinta a la sociedad X (la que ostenta concomitantemente el carácter de fideicomitente o beneficiario en el citado negocio fiduciario).

De otra parte pregunta si en caso de ser viable esta posibilidad se vulneraría "(...) el Código de Comercio en cuanto a que para conformar una sociedad se requiere un número plural de socios?" así como también aquel "(...) principio con base en el cual los negocios fiduciarios no pueden prestarse para hacer aquellas cosas que directamente no podrían hacer quienes son sus fideicomitentes y/o beneficiarios?".

(...)

**I.** En palabras de Vivante, "La palabra acción se usa en varios sentidos, y la ley se vale de uno u otro según las exigencias de su concepto. Ora indica con dicha palabra cada una de las fracciones en que se ha dividido el capital; ora el conjunto de derechos y obligaciones que nacen a los socios del contrato social; ora, por fin, el título con que los socios hacen valer sus derechos y los transmiten a otros"<sup>1</sup>. Dicha polisemia, acogida por la doctrina nacional<sup>2</sup>, se encuentra también en la legislación colombiana<sup>3</sup> y sirve para distinguir entre la acción en una sociedad anónima entendida, por un lado, como un bien mueble incorporal, susceptible de ser objeto de un derecho real de propiedad que forma parte de un patrimonio, y, por el otro, como el conjunto de derechos personales que de cada acción se derivan

---

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

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

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

a favor de la persona natural o jurídica a quien se le reconoce la calidad de accionista, es decir, de asociado o parte del contrato de sociedad anónima.

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

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

**Las acciones en una sociedad anónima, entendidas como bienes susceptibles de la "especificación" que se exige en el artículo 1226 del Código de Comercio (en adelante, "C. Co."), pueden ingresar al patrimonio autónomo derivado de la celebración legal de un contrato de fiducia mercantil.**

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



tónomo fiduciario al cual ingresan las acciones y para cumplir con la finalidad que le ha sido encomendada por el fiduciante.

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

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

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

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

Así las cosas, la propiedad fiduciaria es meramente instrumental<sup>4</sup>; pero no por ello puede desconocerse que se realiza una transferencia de la propiedad del fideicomitente al fiduciario, necesaria, precisamente, para la finalidad que se persigue con el negocio fiduciario, transferencia que genera efectos frente al propio fideicomitente y frente a los terceros en condiciones especiales respecto de las reglas generales aplicables al derecho real de dominio ordinario y a los derechos de persecución o de "prenda general" de los acreedores respecto de los bienes de su deudor común. En efecto, aunque los bienes objeto de la fiducia hayan salido del patrimonio del fiduciante e ingresado al patrimonio autónomo, los acreedores del fiduciante conservan la posibilidad de perseguirlos si sus

acreencias son anteriores a la constitución del negocio fiduciario (C. Co. art. 1238); y como consecuencia de la separación o "autonomía" patrimonial de los bienes fideicomitados respecto "del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios", como se dice en el artículo 1233 del C. Co., tales bienes no forman parte de la garantía general de los acreedores del fiduciario, según se establece en el artículo 1227 del C. Co. y sólo garantizan las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad perseguida a través del contrato.

Este carácter instrumental de la propiedad fiduciaria, que es un simple medio al servicio de la finalidad determinada por el fiduciante, por lo cual el contrato constituye la regla "heterónoma" a la cual está afecto el así llamado patrimonio "autónomo", lo reafirman las

En cuanto al constituyente es claro que los bienes fideicomitados salen de su patrimonio y por ello no pueden ser embargados por los acreedores posteriores a la constitución (artículo 1238 del C. de Co.) ni pueden ser susceptibles de su libre disposición (numeral 4 artículos 1234, 1236 del C. de Co.). El beneficiario tampoco es dueño de los bienes sino de los rendimientos que ellos reporten (artículo 1238 del C. de Co.). En síntesis, el derecho de propiedad presenta una escisión: *la propiedad formal pertenece al fiduciario para que tenga titularidad y pueda accionar en defensa de los bienes; al paso que la propiedad de derecho pertenece al beneficiario (propiedad beneficiosa).*

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

**Si los fideicomisos de inversión que dan origen a Fondos Comunes de Inversión (Fondos Comunes Ordinarios - FCO - y/o Fondos Comunes Especiales - FCE -), no se llevan a cabo a través de fiducias mercantiles sino mediante fideicomisos colectivos, en todo caso es claro que el fiduciario actúa por cuenta ajena y en nombre propio cuando invierte en acciones con cargo al encargo común.**

restricciones normativas que establece el estatuto mercantil al eliminar toda posibilidad de que el fiduciario adquiera definitivamente el dominio de los bienes fideicomitados y/o impida el retorno de los mismos al fideicomitente o beneficiario cuando el contrato se extinga. Así, en el artículo 1244 del Código de Comercio se señala expresamente que "Será ineficaz toda estipulación que disponga que el fiduciario adquirirá definitivamente por causa del negocio fiduciario, el dominio de los bienes fideicomitados"; y en el artículo 1242 del mismo ordenamiento se destaca que "Salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de este por cualquier causa, los bienes fideicomitados pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos".

**IV.** De acuerdo con lo dispuesto en su artículo 2033, el Código de Comercio regula íntegramente las materias contempladas en él, como es el caso del régimen de la sociedad anónima, exceptuando las normas legales y reglamentarias que determinan el régimen de las sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, entre las cuales se encuentran las sociedades fiduciarias. Por esa razón, es pertinente notar aquí que, según se establece en los literales b) y h) del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante, "EOSF")<sup>5</sup>, a las sociedades fiduciarias les está expresamente autorizada la celebración de encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, así como la administración de fondos de pensiones de jubilación e invalidez.

En desarrollo de dicha autorización, en el numeral tercero del artículo 151 del EOSF se establece respecto de los fideicomisos de inversión que el constituyente o adherente deberá expresar en el contrato, de manera inequívoca, los bienes o actividades específicas en los cuales deben invertirse los recursos, instrucciones éstas entre las cuales es legalmente posible indicarle al fiduciario la inversión en acciones o en otras participaciones sociales. Con anterioridad a la Ley 795 de 2003 con los recursos de los fondos comunes ordinarios no estaba

5 El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –en adelante EOSF– corresponde al Decreto 663 de 1993 y las demás disposiciones que lo han modificado (Leyes 510/99 y 795 de 2003), complementado y reglamentado. El texto de dicha norma puede consultarse en nuestra página Internet. [www.superbancaria.gov.co](http://www.superbancaria.gov.co) en el enlace normatividad.

permitido invertir en acciones; pero tal restricción fue eliminada por el artículo 39 de la citada ley.

Para efectos de este concepto conviene resaltar que incluso si los fideicomisos de inversión que dan origen a Fondos Comunes de Inversión (Fondos Comunes Ordinarios - FCO - y/o Fondos Comunes Especiales - FCE -), no se llevan a cabo a través de fiducias mercantiles sino mediante fideicomisos colectivos, en todo caso es claro que el fiduciario actúa por cuenta ajena y en nombre propio cuando invierte en acciones con cargo al encargo común; de ahí que sea a él a quien se inscribe en el libro de registro de acciones como consecuencia de la transferencia a su nombre de las acciones, sin perjuicio de que para efectos del ejercicio de los derechos derivados del respectivo contrato social se establezcan instrucciones que permitan a los fideicomitentes y/o beneficiarios instruir al fiduciario o, incluso, reservarse para sí el ejercicio directo de determinadas facultades<sup>6</sup>.

**V.** En relación con el ejercicio del derecho de voto que confieren las acciones en el evento en que éstas hayan ingresado al patrimonio derivado de una fiducia mercantil, cabe traer a colación lo expresado por la Superintendencia de Sociedades en Oficio 220-18843 del 19 de abril de 2002 (Rad. 2002-01-038597) al examinar la cuestión referente al fraccionamiento del voto frente a lo dispuesto por el artículo 378 del C. Co:

"5. Hay que reiterar que en el artículo 184 del C. Co el mandato plural se permite sólo para efectos de la sustitución; y si se aceptara una interpretación extensiva de la disposición en cuestión para admitir la concurrencia simultánea de varios mandatarios, o del accionista y de uno o más mandatarios, de todas formas la multiplicidad de mandatos no desintegraría la unidad del voto del mandante único, por lo cual todos ellos tendrían que votar en el mismo sentido, o todos ellos tendrían que abstenerse de votar.

6 En tratándose de la adquisición de acciones por un FCE o un FCO (hipótesis distinta a la del contrato de fiducia mercantil) se reputará como accionista al titular del respectivo fondo común a la sociedad fiduciaria en su carácter de administrador colectivo de los recursos, pues en tal caso no puede predicarse comunidad alguna de los fideicomitentes o adherentes al mismo respecto de la titularidad de las acciones pues ellos sólo tienen los derechos expresamente pactados en el contrato fiduciario de vinculación.

En efecto, en tratándose de la vinculación al FCO (aplicable también a los FCE) sus constituyentes y/o adherentes, o los beneficiarios designados por ellos, sólo tendrán los derechos previstos por el artículo 154 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993 -En adelante EOSF-), además de los expresamente pactados y de aquellos que la ley les asigne según el tipo de contrato fiduciario celebrado. Así, según el numeral primero de dicha preceptiva, tales personas tienen derecho a «Participar en los rendimientos financieros generados por el fondo, sea que ellos se deriven de intereses causados, *dividendos decretados*, valorizaciones técnicamente establecidas en los activos que lo integran o cualquier otro ingreso que corresponda al giro ordinario de sus operaciones, de conformidad con lo dispuesto en el contrato y en el reglamento de administración respectivos» (resaltamos); lo que indica claramente que ni el fideicomitente, ni los adherentes al FCO o al FCE, o sus beneficiarios por ellos designados, pueden reputarse accionistas u ostentar tal titularidad pues, se reitera, el accionista único es el gestor fiduciario quien ejercerá los derechos de voto o decisiones sociales derivadas de tal participación de conformidad con lo previsto en el respectivo reglamento y políticas establecidas para el Fondo.

Tan sólo, en caso de liquidación definitiva del FCO y en la medida en que la liquidación de dicha participación se efectúe en especie con los activos del fondo (v.gr. acciones) los fideicomitentes, adherentes o beneficiarios serán titulares de tales activos, vale decir, ostentarán la condición de accionistas. Al respecto el numeral 4° del artículo 152 del EOSF dispone: «En caso de liquidación definitiva del fondo común de inversión, el administrador fiduciario podrá, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, pagar a los constituyentes y adherentes o los beneficiarios designados por ellos el valor de los derechos que les correspondan en el respectivo fondo mediante la distribución en especie de los activos que lo integran, de acuerdo con el avalúo técnico que de los mismos se practique para el efecto».

En este sentido, excluyendo la mencionada e hipotética teoría de interpretación extensiva el Despacho considera que de conformidad con los artículos 186 y 190 del Código de Comercio, para efectos de contabilizar el quórum requerido para la eficacia de las decisiones adoptadas en la reunión de máximo órgano social, se deben previamente descontar las acciones representadas por múltiples apoderados de un mismo titular, toda vez que en los términos del artículo 184 del Código de Comercio no es procedente cuestionar la efectividad o no de los múltiples poderes otorgados por un único accionista a diferentes apoderados, ya que el legislador restringió el apoderamiento a una sola persona al exigir que en el poder se indique el nombre del apoderado y si es el caso en quien éste puede sustituirlo. Así mismo una vez verificado el quórum, el fraccionamiento de voto por parte de un único accionista presente directamente o por intermedio de apoderado en la reunión, genera nulidad absoluta de las decisiones sociales cuando a consecuencia de la dudosa manifestación de voluntad se vulneran las mayorías legal o estatutariamente exigidas para la adopción de dicha decisión.

6. Lo anterior resulta armónico con la previsión contenida en el artículo 378 del C. Co., en el cual, como consecuencia de la indivisibilidad de cada acción, se establece que 'cuando por cualquier causa legal o convencional una acción pertenezca a varias personas, éstas deberán designar un representante común y único que ejerza los derechos correspondientes a la calidad de accionista', de manera que cualquier discrepancia o divergencia entre condueños que pueda incidir en la definición del sentido único del voto correspondiente a la acción de propiedad común, se resuelve por fuera del ámbito del contrato social, dentro del cual, a la hora de votar, sólo opera el representante común y único, sin que tenga mayor sentido imaginarse la posibilidad de un único voto fraccionado o autodivergente.

7. (...)

8. Igualmente, procede por excepción el fraccionamiento del voto en el caso de un contrato de fiducia mercantil cuando el patrimonio autónomo derivado de su celebración esté compuesto por acciones transferidas al fiduciario (C. Co. art. 1226) por varios accionistas que en su calidad de fiduciantes (C. Co. art. 1236-1), para sí o a favor de los beneficiarios (C. Co. art. 1235), en el acto constitutivo *reserven individualmente los derechos políticos correspondientes a las acciones transferidas por cada uno de ellos, por lo cual dicho fiduciario está obligado seguir las instrucciones de cada uno de los fiduciantes o beneficiarios al momento de votar por cuenta del patrimonio autónomo del cual forman parte las acciones fideicomitidas* (C. Co. art. 1233). Y ello porque, según lo ha precisado la Superintendencia Bancaria en la Circular Básica Jurídica 007 de 1996, '(...) en aquellos casos en los cuales la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitados se encuentre sujeta a registro, el contrato respectivo deberá constar por escrito y la tradición se efectuará mediante la entrega material de dichos bienes y la inscripción del título en los términos y condiciones señalados en el numeral 2 del artículo 146 del estatuto orgánico del sistema financiero'. *En efecto, la inscripción en el libro de acciones de la transferencia de las acciones al fiduciario con la reserva expresa del ejercicio del derecho de voto de conformidad con lo dispuesto en el título (la fiducia) que da origen a su adquisición, hace que frente a la sociedad y a los demás titulares inscritos sea oponible la cláusula que faculta al fiduciario para votar en cada caso, es decir, en lo que se refiere a las acciones de cada fiduciante, de conformidad con las reglas que correspondan en virtud del acto constitutivo*" (resaltamos).

Conforme a lo expuesto, es claro que la propiedad de las acciones fideicomitidas se radica en cabeza de la sociedad fiduciaria con un propósito instrumental, como titular que es del "patrimonio autónomo" que surge con ocasión del contrato de fiducia mercantil, o como consecuencia de su actuación en nombre propio y por cuenta de numerosos fideicomitentes individuales, cuando el encargo no se lleva a cabo a través de una fiducia sino mediante un simple fideicomiso; y es claro también que para el ejercicio de los derechos políticos que tales acciones confieren, su titular fiduciario ha de sujetarse a lo establecido en el acto constitutivo, pues es factible que tales derechos hayan sido reservados por el fideicomitente o los beneficiarios, caso en el cual se sujetará su actuar a las instrucciones que en materia del voto se le señalen, sin que ello signifique que se presente un fraccionamiento del voto cuando, de existir instrucciones distintas provenientes de los constituyentes o fideicomitentes, vote en

La propiedad de las acciones fideicomitidas se radica en cabeza de la sociedad fiduciaria con un propósito instrumental, como titular que es del "patrimonio autónomo" que surge con ocasión del contrato de fiducia mercantil, o como consecuencia de su actuación en nombre propio y por cuenta de numerosos fideicomitentes individuales, cuando el encargo no se lleva a cabo a través de una fiducia sino mediante un simple fideicomiso.

sentidos distintos, tanto en el caso de fiducias constituidas por varios fideicomitentes, o cuando actúe como vocero o titular de distintos patrimonios autónomos a los cuales hayan ingresado acciones emitidas por una misma sociedad.

**VI.** Cuando se produce el ingreso de acciones al patrimonio autónomo derivado de la celebración legal de una fiducia mercantil, ello no puede tener ni como causa ni como efecto ninguna clase de violación o fraude a la ley considerada en su conjunto<sup>7</sup>; en los términos del tercer inciso del subnumeral 1.2., numeral 1, Capítulo Primero del Título Quinto de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996<sup>8</sup>) de esta Superintendencia, "El negocio fiduciario no podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con las disposiciones legales"<sup>9</sup>. Se conserva así un principio general que ya había sido formulado en la Ley 45 de 1923 respecto de los fideicomisos, de manera que ahora cobija también las fiducias mercantiles, y que, por supuesto, resulta extensivo a la eventual utilización fraudulenta de sus amplios poderes de gestión por parte del propio fiduciario.

A) Por esa razón, mediante una fiducia mercantil no puede obviarse la exigencia legal de pluralidad de asociados en las sociedades, esto es, de por lo menos dos socios como regla general (C. Co. art. 98), y de por lo menos cinco accionistas en las sociedades por acciones (C. Co. arts. 343 y 374). Tal es el caso del ejemplo de su consulta, según el cual a través de

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

8 Este instructivo puede consultarse en nuestra página web: [www.superbancaria.gov.co](http://www.superbancaria.gov.co), icono normatividad.

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



la fiducia el único socio de una sociedad de responsabilidad limitada pretendería ilegalmente bifurcar o multiplicar su participación, como si la transferencia fiduciaria lo "clonara" para efectos de volverlo varias veces socio. Se presenta el mismo problema de ilegalidad si se pretendiera que a través de patrimonios autónomos se puede obviar el número mínimo de cinco accionistas que se exige para la constitución y funcionamiento legal de las sociedades anónimas.

B) El patrimonio autónomo derivado de una fiducia mercantil tampoco puede usarse para obviar la restricción legal que establece el 95% de las acciones en que se divide el capital de una sociedad por acciones como máximo porcentaje de participación que se permite que un solo accionista detente en su cabeza, so pena de disolución (C. Co. art. 457-3); por eso, así como a través de una fiducia mercantil un accionista no se divide en dos o más "pseudo" o "cuasi" accionistas, un accionista controlante tampoco bifurca su participación mayoritaria para que el exceso poseído por él respecto del 95% ya aludido deje de ser suyo gracias a la transferencia fiduciaria. Así las cosas, cuando un accionista transfiere a una fiducia mercantil de administración dicho exceso de participación con la finalidad de que el mismo sea adquirido por terceros, beneficiarios o no, dicha transferencia por sí sola no enerva la restricción legal, pues ello sólo ocurre cuando efectivamente un nuevo accionista adquiere la calidad de tal, posición jurídica que sólo podría predicarse de quien adquiera del fiduciario las acciones en cuestión.

El hecho de que el beneficiario o beneficiarios sea o sean distintos del fiduciante, no permite obviar la exigencia legal de que la propiedad, plena o nuda, de las acciones esté en manos de por lo menos cinco accionistas, y de que ninguno de tales propietarios posea más del 95% de las acciones en que se divide el capital social. Aceptarlo equivaldría a considerar que a través de la constitución de negocios que limitan la propiedad, como un usufructo o una prenda, el usufructuario o el acreedor prendario adquieran la posición jurídica de accionista titular de las acciones objeto de usufructo o prenda, como si éstas dejaran de ser de propiedad del propietario pleno, curiosamente en la cantidad correspondiente al exceso del 95% del capital suscrito, o en el número necesario para contar a dicho usufructuario o acreedor prendario como si fuera un quinto accionista.

C) En ese mismo orden de ideas, a través de una fiducia mercantil ninguna persona natural o jurídica puede encauzar en interés propio, bien sea como fiduciante o como beneficiario, actividades que legalmente ella no puede llevar a cabo, o de las cuales legalmente no puede beneficiarse. Así, por ejemplo, no es la fiducia, ni el patrimonio autónomo que de ella se deriva, la vía para desarrollar legalmente actividades ajenas o no relacionadas directamente con el objeto social de una compañía fiduciante y/o beneficiaria; ni son tampoco instrumentos que permitan eludir las reglas que previenen o reprimen conflictos de interés en atención a las relaciones existentes entre el fiduciante y/o beneficiario y un tercero, como si para obviar tales problemas bastara ahora relacionar a dicho tercero con el fiduciario, quien para tales efectos es simplemente el vocero de un patrimonio autónomo cuya gestión interesa al fiduciante y/o beneficiario.

En este sentido, la inscripción del fiduciario en el libro de registro de acciones permite identificar al vocero común de las personas interesadas en el patrimonio autónomo, y que puede corresponder a un enorme número de fiduciantes-beneficiarios inversionistas, quienes son titulares de un derecho personal o de crédito de cuyas obligaciones correlativas es deudor el fiduciario, y no de un hipotético derecho real que recaiga sobre el patrimonio en

el que formalmente se radican las acciones adquiridas con cargo a los recursos entregados por todos ellos a un fiduciario común<sup>10</sup>. Dichos derechos personales no permiten cargarle al fiduciario una gestión que no sea legalmente posible para el fiduciante o el beneficiario; por eso, a través de una fiducia de inversión, un fiduciante no podría obtener que se usaran los recursos fideicomitidos para adquirir acciones que él o que el beneficiario no pudieran adquirir directa o indirectamente, como ocurriría en el evento de los límites a la participación accionaria en una determinada sociedad en cabeza de una persona. Y se da por sentado que el propio fiduciario tampoco puede abusar de los poderes fiduciarios de modo que su gestión lo aproveche ilegalmente, como ocurriría si pretendiera usar los recursos del patrimonio autónomo para adquirir, negociar o transferir acciones que él legalmente no pudiera poseer, negociar o enajenar en forma directa o indirecta.

A través de una fiducia mercantil ninguna persona natural o jurídica puede encauzar en interés propio, bien sea como fiduciante o como beneficiario, actividades que legalmente ella no puede llevar a cabo, o de las cuales legalmente no puede beneficiarse.

**VII.** En atención al ámbito en el cual esta Superintendencia ejerce vigilancia, es importante añadir que los fondos administrados por las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía, a pesar de no constituirse como consecuencia de la celebración de un contrato de fiducia mercantil o de un encargo fiduciario, gozan del carácter de patrimonios autónomos por virtud de lo establecido en la ley sobre el particular<sup>11</sup>, razón por la cual se encuentran separados de los demás activos de la sociedad administradora y no forman parte de la garantía general de sus acreedores. Los recursos de tales fondos pueden ser invertidos en títulos de renta variable, vale decir en acciones<sup>12</sup>; evento en el cual, y según se ha expuesto aquí, la correspondiente suscripción o adquisición de acciones dará lugar a la

10 Crf: Varón Palomino, Juan Carlos, Portafolios de Inversión-La norma y el negocio- Asociación de Fiduciarias y la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Editorial ABC Limitada. Bogotá, D.C., 1994. ps.74 -75.

11 El artículo 60 de la Ley 100 de 1993 define los fondos de pensiones obligatorias como un "Patrimonio autónomo compuesto por el conjunto de las cuentas individuales de ahorro de los afiliados al sistema, en las que se capitalizan los aportes y sus rendimientos".

Por su parte, los fondos de cesantías son un "Patrimonio autónomo independiente de aquel de la sociedad administradora, constituidos con el aporte del auxilio de cesantía previsto en el Capítulo VII, Título VII, parte primera del Código Sustantivo del trabajo, en los artículos 98 a 106 de la Ley 50 de 1990 y en el presente capítulo de este Estatuto" (Artículo 159, EOSF).

12 En el caso de los Fondos de Pensiones Obligatoria, la Circular Básica Jurídica, en desarrollo de lo establecido por el artículo 100 de la Ley 100 de 1993, incluyó dentro de las inversiones admisibles los títulos de renta variable, tales como "1.8.1 Acciones con alta y media liquidez bursátil y acciones provenientes de procesos de privatización o con ocasión de la capitalización de entidades donde el Estado tenga participación» y «1.8.2 Acciones con baja y mínima liquidez bursátil".

De igual manera, el decreto 2049 de 2001, expresamente contempló en su artículo 2º que los recursos de los fondos de cesantías pueden ser invertidos en títulos de renta variable, tales como acciones de alta, media, baja y mínima liquidez bursátil.

inscripción como accionista, en el libro de registro de acciones de la sociedad emisora, de la sociedad administradora de pensiones y cesantías, quien las habrá adquirido por cuenta del patrimonio autónomo que administra.

**VIII. Con base en las consideraciones anteriores, se hace referencia a las inquietudes formuladas en su comunicación:**

A) Frente a la primera hipótesis consultada, esto es, el que se constituya o funcione una sociedad limitada cuyos dos socios fueran, por una parte, una persona natural X con una participación societaria directa y, por otra parte, una sociedad fiduciaria por conducto de un patrimonio autónomo constituido por esa misma persona natural X (quien en el contrato es el fideicomitente y el beneficiario) con la finalidad de que con los bienes fideicomitados se participe en la sociedad limitada, se considera que a través de dicho esquema se pretende camuflar ilegalmente una sociedad unipersonal, cuyo único socio es la persona natural X, lo cual contraría el carácter contractual del acto constitutivo de la sociedad, que supone una participación plural de dos o mas socios (C. Co. art. 98). Una figura como la planteada no está legalmente permitida, pues es un típico ejemplo de un fraude a la ley, máxime cuando en la Ley 222 de 1995 se permitió la creación de empresas unipersonales<sup>13</sup>, cumpliendo con los requisitos establecidos a partir de su artículo 71.

De la misma manera, en el caso de sociedades previamente constituidas en las cuales se lleve a cabo una cesión de cuotas sociales que sean adquiridas por una sociedad fiduciaria titular de un patrimonio autónomo constituido en beneficio de la persona que posee las demás cuotas, hay que entender que se reduce el número de asociados requerido en la ley para que la sociedad subsista, por lo cual queda incurso en causal de disolución según lo establecido por el numeral 3 del artículo 218 del C. Co.<sup>14</sup>, a menos que proceda a subsanarla en los términos y condiciones fijados en el artículo 220 ibídem<sup>15</sup>.

Lo anterior por cuanto, se reitera, la celebración o ejecución del contrato de fiducia no puede servir de instrumento de fraude a la ley para realizar actos o contratos que no pueda

13 La empresa unipersonal constituye otro ejemplo de separación patrimonial destinada a la realización de actos de comercio con un sujeto de derechos claramente definido. En efecto, conforme lo dispuesto por el artículo 71 de la Ley 222 de 1995 «Mediante la empresa unipersonal una persona natural o jurídica que reúna las calidades requeridas para ejercer el comercio, podrá destinar parte de sus activos para la realización de una o varias actividades de carácter mercantil», empresa que una vez inscrita en el registro mercantil forma una persona jurídica, según lo preceptúa el inciso 2º de la norma citada.

14 Tal norma dispone: «Art. 218.- La sociedad comercial se disolverá:

(...)

3º) Por la reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, (...).

Para el caso de las sociedades anónimas debe recordarse que conforme a lo previsto en el artículo 374 ibídem, ella «(...) no podrá constituirse ni funcionar con menos de cinco accionistas», caso en el cual estará incurso en causal de disolución conforme a lo señalado en los artículos 218 y 457 del mismo Estatuto.

15 Por ejemplo, el de reformar el contrato social para que entre un nuevo socio o asociado con el fin de conservar la naturaleza de sociedad limitada en los términos previstos por los artículos 353 y siguientes del Código de Comercio. Así mismo, en dicha situación de disolución por reducción del número de asociados requerido podrá, sin liquidarse, convertirse en empresa unipersonal conforme a los términos y los requisitos establecidos en el artículo 81 de la Ley 222 de 1995.

celebrar directamente el fideicomitente, en este caso adquirir o conservar en forma ilegal en su cabeza la totalidad de las cuotas sociales en que se divide el capital de la sociedad limitada. De conformidad con lo expuesto, en la hipótesis comentada el ente societario se encontrará incurso en causal de disolución, a menos que se enerve la misma con la inclusión de un nuevo socio o que se convierta la sociedad en empresa unipersonal, según lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 222 de 1995.

B) En este orden de ideas, de conformidad con lo expuesto, la única de las hipótesis planteadas por usted que podría ser legalmente válida es la prevista en el número 4 de su comunicación (fideicomiso constituido por persona distinta a la persona natural X), por cuanto en el supuesto señalado se estaría en presencia de una sociedad conformada por dos socios distintos, un socio persona natural y otro socio, la sociedad fiduciaria en desarrollo de un contrato de fiducia mercantil cuyo fideicomitente es una persona distinta a aquél, y ello siempre y cuando el socio persona natural indicado no sea beneficiario, de forma que la operación no tenga por finalidad o efecto contravenir norma alguna, como la ya comentada en materia de constitución y funcionamiento de las sociedades comerciales.

C) Finalmente, en cuanto a la imposibilidad de utilizar la fiducia mercantil como instrumento para evadir restricciones o prohibiciones legales, esta Superintendencia, al analizar la negociación de acciones en instituciones vigiladas por conducto de un contrato de fiducia, en concepto 2002043546-1 del 03 de septiembre del año 2002 señaló:

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

Se tiene entonces, que el fiduciario en el ejercicio de sus funciones está obligado a realizar diligentemente<sup>16</sup> todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia (numeral 1 del artículo 1234 del Código de Comercio), en este caso y por tratarse de fideicomisos de administración, los encaminados a desarrollar la gestión encomendada por el constituyente, para lo cual no podrá asumir obligaciones de resultado, salvo en aquellos eventos en que así lo prevea la ley, según lo dispone el numeral 3 del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Por ello, a más de las responsabilidades patrimoniales en que pudiera estar incurso la fiduciaria por un actuar negligente o imprudente en la gestión encomendada, desde el ámbito de las competencias que corresponden a esta Superintendencia podría estar sujeta a las consecuencias administrativas correspondientes.

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

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

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

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

Lo anterior no impide que una sociedad fiduciaria, en desarrollo de un contrato de fiducia mercantil que da origen a un patrimonio autónomo, con los recursos o bienes que conforman dicho patrimonio, pueda legalmente participar en la constitución de una sociedad o adquirir participaciones sociales en sociedades constituidas y, por supuesto, invertir en acciones tanto en el mercado primario como en el secundario de acciones, siempre y cuando expresamente se le haya autorizado en el respectivo acto constitutivo o contrato.

Y es claro que en dicho supuesto quien aparecería como propietario inscrito en el libro de registro de acciones respectivo sería la sociedad fiduciaria que es, a su vez, titular del patrimonio autónomo al cual ingresan las acciones en cuestión.»

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

## Crédito de Vivienda - Centrales de Información

*Concepto 2004028525-1 del 5 de agosto de 2004*

**Síntesis:** *Tratamiento especial en los créditos de vivienda de interés social. Sistemas de amortización, tasas máximas de interés remuneratorio. Reportes en centrales de información financiera y políticas de administración del riesgo crediticio.*

«(...) plantea unos interrogantes relacionados con el tratamiento de los créditos de vivienda de interés social, entre otros, proceden los siguientes comentarios:

En primer término, es del caso precisar que la Superintendencia Bancaria de Colombia 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 entidades que realicen la actividad financiera, previsional y aseguradora, expresamente consagradas en el numeral 2 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora bien, conforme al artículo 121 de la Constitución Política, ningún organismo del Estado podrá desarrollar actividades distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley que, en el caso de esta agencia gubernamental, se circunscriben a las instituciones sometidas a su supervisión. En ese sentido, el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo señala que los conceptos que se soliciten a las autoridades deben tener "relación con las materias a su cargo", y entre las funciones conferidas a esta Superintendencia -literal e) del numeral 3 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, se encuentra la de "Absolver las consultas que se formulen relativas a las instituciones bajo su vigilancia".

En tal sentido y en cuanto a los beneficios existentes para los deudores de créditos destinados a financiar este tipo de vivienda debemos manifestarle que esta Superintendencia no tiene conocimiento de que en la actualidad exista alguno diferente al régimen de subsidios, respecto del cual por no ser de nuestra competencia y por tratarse de un asunto atribuido al resorte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, le sugerimos dirigirse directamente a esa Entidad, para los fines pertinentes.

Así es que, si algunas entidades otorgan beneficios diferentes a los mencionados, como por ejemplo la condonación de intereses, ello constituye una mera liberalidad del acreedor solamente frente a su clientela y no resulta aplicable a los deudores de otras entidades financieras. Ahora, si conoce algún precepto legal respecto del cual haya incumplimiento por parte de las entidades vigiladas por esta Superintendencia, le solicitamos informarnos para proceder de conformidad.

En cuanto al cambio en el plazo de la obligación, es del caso señalar que hasta la expedición de la Ley 546 citada existía libertad para que las corporaciones de ahorro y vivienda -hoy



bancos comerciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la misma reglamentación-diseñaran y establecieran autónomamente los sistemas de amortización que ofrecían al público, es decir, que no requerían aprobación de este ente de control, sino que sólo debían remitir los modelos matemáticos y las notas técnicas de los mismos, los cuales, en todo caso, debían respetar las normas aplicables vigentes para la época.

No obstante, el nuevo régimen de financiación de vivienda, en el numeral 7o. del artículo 17 de la Ley 546 de 1999, previó que le corresponde a esta Superintendencia aprobar los sistemas de amortización a utilizar en el otorgamiento de créditos de vivienda a largo plazo.

Con fundamento en dicha facultad, se expidió la Circular Externa 068 de 2000, -recogida por la Circular 085, hoy incorporada como numeral 5 del Capítulo Cuarto, Título Tercero de la Circular Básica Jurídica, que podrá consultar en nuestra página web, en la dirección [www.superbancaria.gov.co](http://www.superbancaria.gov.co), icono Normativa, Principales Normas y Reglamentaciones- mediante la cual esta Superintendencia autorizó con carácter general los sistemas de amortización a los que debían adecuarse todas las obligaciones de vivienda a partir del 15 de septiembre de 2000, y que resultan de aplicación tanto para los créditos que se encontraban vigentes a tal fecha así como para aquellos que se otorgaran en adelante, por virtud de la Ley 546 de 1999.

Ahora bien, en punto a la ampliación del plazo en los créditos de vivienda, le informo que la Corte Constitucional en Sentencia C-955 de 2000, reconoció dicha posibilidad en aquellos casos en que como consecuencia de la adecuación a los parámetros señalados por la Ley 546 de 1999 se afectara el monto de las cuotas periódicas. Así, señaló la citada sentencia que:

"No encuentra la Corte reparo alguno en lo relativo a la exequibilidad del numeral 3 del artículo 17, que señala como característica de los créditos objeto de su regulación la de tener un plazo de amortización comprendido entre cinco años como mínimo y treinta como máximo. Está dentro de la competencia del legislador, al dictar los principios, objetivos y criterios a que se refiere el artículo 150, numeral 19, literal d), de la Constitución, señalar los límites aplicables a los plazos de los créditos en este renglón de la actividad financiera.

*Obviamente, esos plazos pueden ser modificados por las partes, tal como lo expresa esta Sentencia, en los casos de reestructuración de los créditos (art. 20 de la Ley 546 de 1999) y en los eventos en que, al cumplir lo aquí fallado, sin aumentar las cuotas que se vienen pagando, se vaya amortizando a capital desde la primera.*

(...).

Así, la Corte entiende que se vulneraría el artículo 51 de la Constitución, en el que se exige al Estado prever sistemas adecuados de financiación a largo plazo, si se permite en tales planes que los deudores paguen en sus cuotas solamente intereses, ya que al no amortizar nada a capital no disminuye la base sobre la cual se liquidan los réditos.

Por tanto, el numeral en cuestión solamente es constitucional si se condiciona en el sentido de que ningún plan de amortización en materia de financiación de vivienda puede permitir que en las cuotas mensuales sólo se paguen intereses. Desde la primera cuota ellos deberán contemplar la amortización a capital para que el saldo vaya disminuyendo, y será sobre los saldos insolutos, actualizados según evolucione la inflación, que se cobren los intereses remuneratorios en los términos de esta Sentencia.

*Desde luego, para no causar perjuicio a los usuarios, esta amortización al capital desde la primera cuota no se podrá traducir bajo ninguna circunstancia en aumento de las cuotas que vienen pagando, para lo cual, si es del caso, podrá ampliarse el plazo inicialmente pactado" (resaltado extratextual).*

Con base en el anterior aparte jurisprudencial, se ha considerado viable la ampliación unilateral del plazo en los créditos individuales para adquisición de vivienda bajo el entendido de que dicha ampliación sea consecuencia de un incremento en las cuotas originado en la adecuación del sistema de amortización a la Ley 546 de 1999, puesto que con ello se busca, como lo señala la Corte, no causar un perjuicio a los usuarios que en un momento dado verían incrementadas las cuotas periódicas causando un desequilibrio imprevisto en su presupuesto familiar.

No obstante, tratándose de controversias derivadas de las condiciones contractuales estipuladas voluntariamente por las partes compete a las autoridades jurisdiccionales dirimir los conflictos que se susciten con ocasión de los contratos; lo anterior debido a que dicha facultad escapa de la órbita de nuestra competencia, pues la Superintendencia Bancaria en su condición de autoridad administrativa solamente puede realizar aquellas funciones señaladas en la Ley (art. 121 C.P. y arts. 325 y ss. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

De otro lado, en punto a su pregunta sobre la tasa de interés, el numeral 2 del artículo 17 de la ley 546 de 1999 establece que los créditos de vivienda deben "Tener una tasa de interés remuneratoria, calculada sobre la UVR, que se cobrará en forma vencida y no podrá capitalizarse. Dicha tasa de interés será fijada durante toda la vigencia del crédito, a menos que las partes acuerden una reducción de la misma y deberán expresarse única y exclusivamente en términos de tasa anual efectiva".

Ahora bien, a partir de la vigencia de la Ley 546 citada y específicamente desde el fallo contenido en la sentencia C-955 de 2000 de la Corte Constitucional, se señalaron las tasas máximas de interés remuneratorio que pueden cobrar las entidades financieras en los créditos hipotecarios de vivienda.

Para préstamos de vivienda de interés social, el parágrafo del artículo 28 de la Ley 546 de 1999 señaló: "Para toda la vivienda de interés social la tasa de interés remuneratoria no podrá exceder de once (11%) puntos durante el año siguiente a la vigencia de la presente ley".

De acuerdo con el citado artículo, por mandato del legislador todos los créditos otorgados para financiar vivienda de interés social sin excepción alguna, debían ajustarse a dicha tasa, esto es al once por ciento (11%) sobre la UVR, durante el período comprendido entre el 23 de diciembre de 1999 y el 23 de diciembre de 2000.

Así, la Corte entiende que se vulneraría el artículo 51 de la Constitución, en el que se exige al Estado prever sistemas adecuados de financiación a largo plazo, si se permite en tales planes que los deudores paguen en sus cuotas solamente intereses, ya que al no amortizar nada a capital no disminuye la base sobre la cual se liquidan los réditos.

De otro lado, en punto a la exequibilidad de la norma en mención, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-955 de 2000 señaló:

"Será declarado exequible el parágrafo que se examina, aunque, como establece un límite temporal - un año que pronto culminará-, la exequibilidad debe condicionarse para dejar en claro que de la tasa prevista (11%) deberá deducirse la inflación y que, en lo sucesivo, cuando ya el tope señalado pierda vigencia, será la Junta Directiva del Banco de la República, de conformidad con sus facultades constitucionales y legales, la autoridad competente para los efectos de fijar las condiciones de financiación de créditos de vivienda de interés social, las cuales deben ser las más adecuadas y favorables, a fin de que consulten la capacidad de pago de los deudores y protejan su patrimonio familiar, también bajo el entendido de que la tasa real de interés remuneratorio no comprenderá la inflación y será inferior a la vigente para los demás créditos de vivienda".

Dado lo anterior, la Junta Directiva del Banco de la República mediante Resolución Externa No. 020 de 2000 señaló que para los créditos denominados en pesos a tasa nominal fija destinados a financiar la construcción, mejoramiento y adquisición de vivienda de interés social, la tasa máxima de interés remuneratoria será equivalente a once (11) puntos porcentuales, adicionados con la variación de la UVR de los últimos 12 meses vigente al perfeccionamiento del contrato y para los créditos denominados en UVR, la tasa de interés remuneratoria no podrá exceder de once (11) puntos porcentuales adicionales a la UVR.

Posteriormente se expidió la Resolución Externa No. 9 del 19 de diciembre de 2003, mediante la cual compendió toda la regulación sobre las tasas máximas de interés remuneratorio aplicable al sistema de financiación de vivienda, manteniendo los límites establecidos en la Resolución Externa 20 de 2000.

De esta forma es claro que los créditos de vivienda de interés social tendrán siempre que respetar el tope máximo establecido en las citadas disposiciones, es decir que a partir del 23 de diciembre de 1999 no puede exceder de 11% sobre UVR.

En cuanto al límite máximo de los intereses moratorios en los créditos de vivienda, el artículo 19 de la Ley 546 de 1999 prevé: "En los préstamos de vivienda a largo plazo de que trata la presente ley no se presumen los intereses de mora. Sin embargo, cuando se pacten, se entenderá que no podrán exceder una y media veces el interés remuneratorio pactado y solamente podrán cobrarse sobre las cuotas vencidas. En consecuencia los créditos de vivienda no podrán contener cláusulas aceleratorias que consideren de plazo vencido la totalidad de la obligación hasta tanto no se presente la correspondiente demanda judicial o se someta el incumplimiento a la justicia arbitral en los términos establecidos en la correspondiente cláusula compromisoria. El interés moratorio incluye el remuneratorio".

En desarrollo de lo anterior, el numeral 3.4 del Capítulo Cuarto del Título Tercero de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa No. 007 de 1996 de esta Entidad) señala que "En caso de presentarse mora en el pago de cuotas periódicas y de haber sido pactado el pago de intereses por mora, éstos se liquidarán en forma simple sobre las cuotas vencidas, por el tiempo de la mora, a la tasa pactada que, en todo caso, no podrá exceder de una y media veces el interés remuneratorio pactado".

De otro lado, en cuanto a su inquietud en el sentido que nadie les presta dinero por estar en mora, dentro del ámbito de competencia de esta Entidad, debe precisarse que corresponde

a la autonomía de las entidades contratar con las personas que en términos del riesgo crediticio y en general en su criterio son buenos clientes para ellos, sin que pueda este organismo intervenir en ello.

Ahora, una vez adquirida la calidad de deudor de una persona con respecto a una institución financiera, en los términos debidamente contenidos en el documento que instrumenta el negocio, la actividad primaria del obligado se debe dirigir a la total satisfacción del crédito mediante el pago efectivo, constituyéndose ésta en la forma natural y directa por la cual se extingue una obligación pecuniaria. Cualquier modificación a las condiciones inicialmente acordadas, como por ejemplo, la condonación de la deuda es el resultado de un convenio entre acreedor y deudor y no puede ser autorizado por un tercero diferente, a menos que una ley así lo disponga.

Ahora bien, la mora en el pago de la obligación legitima a la entidad para realizar el recaudo efectivo a través de los medios establecidos por la ley para el efecto, tales como los cobros prejudiciales o la iniciación del proceso judicial correspondiente.

Por otra parte, constituye práctica reiterada de los establecimientos crediticios el adoptar una serie de medidas tendientes a dar seguridad y evitar riesgos en el desarrollo de sus operaciones activas; por ello, a través de sus entidades gremiales o centrales de riesgo intercambian información sobre el nombre de los deudores morosos, su documento de identidad y número de obligaciones vencidas a fin de que exista un reporte histórico de la misma. Sin embargo, cabe advertir que dicha información deberá ser manejada por las bases de datos con sujeción a lo previsto en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, del siguiente tenor:

"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 (...)"

El tema del riesgo crediticio está vinculado también a la obligación que tienen las entidades financieras de evaluar y calificar permanentemente su cartera de créditos, a cuyo efecto deben observar los instructivos proferidos por este organismo<sup>1</sup>. En ese sentido, es preciso indicar que la aplicación de los criterios de evaluación y calificación de dicho activo es responsabilidad directa y exclusiva del respectivo establecimiento pues, como titular del crédito, debe efectuar un examen concienzudo del riesgo y de la real capacidad de pago de su deudor y por ende, si es del caso, constituir provisiones conforme a la normatividad vigente so pena de quedar sujeto a las medidas administrativas respectivas.

---

1 Es así como en esta materia la Superintendencia Bancaria de Colombia ha señalado en la Circular Externa No. 100 de 1995, Capítulo Segundo, los criterios, factores y procedimientos que imperativamente deben observar las vigiladas para la evaluación y calificación de la cartera de créditos, los cuales de no aplicarse estrictamente conllevarán las consecuencias administrativas correspondientes tales como la recalificación de la cartera, la constitución de provisiones e incluso la imposición de sanciones de carácter pecuniario de orden institucional y/o personal para los funcionarios, administradores y representantes legales responsables.

Ahora bien, las entidades financieras en virtud de la actividad profesional que adelantan, gozan de autonomía para fijar dentro de sus políticas internas y en sus manuales correspondientes los requisitos que consideren viables a fin de evaluar el riesgo y aceptar o negar un crédito de acuerdo con el estudio que efectúe de los documentos que se alleguen para tal fin.

En efecto, como ya se mencionó, después del estudio del crédito corresponde a cada entidad financiera decidir si aprueba o por el contrario niega el otorgamiento del mismo, condicionando así la concesión de operaciones activas de crédito, por cuanto el riesgo que conlleva la colocación de los recursos es responsabilidad directa del intermediario financiero.

Sin embargo, debe señalarse que la Circular Externa No. 004 de 2002 expedida por esta Superintendencia, impartió instrucciones a sus vigiladas sobre el uso que las entidades deben dar a los reportes de información proveniente de bases de datos para hacer análisis de riesgo crediticio, el cual fue reiterado mediante Circular Externa No. 023 de 2004, en el sentido que la información que reposa en las centrales de riesgo no debe ser el único elemento de juicio que las entidades vigiladas consideren al momento de tomar decisiones sobre el otorgamiento de crédito.

(...).»

**La información que reposa en las centrales de riesgo no debe ser el único elemento de juicio que las entidades vigiladas consideren al momento de tomar decisiones sobre el otorgamiento de crédito.**



## Intervención del Estado - Actividad Financiera

*Concepto 2001054771-3 del 14 de octubre de 2004*

**Síntesis:** *Intervención del Estado en la actividad financiera; servicio público del cual es responsable el Estado. La actividad financiera es de interés público; premisas. El concepto de función social de la actividad financiera se materializa en el objeto social de las entidades que la desarrollan.*

«(...) solicita el concepto institucional de la construcción jurídica: "El objeto social directo de los bancos incorpora el concepto de la 'función social de la empresa', previsto en la Constitución Política".

A efectos de abordar adecuadamente el análisis de la proposición reseñada, resulta pertinente resaltar la cita que usted hace al denominado "Libro Verde" de la Comisión Europea para asegurar sin temor a equivocarse que el mismo constituye una excelente compilación de los principios rectores del buen gobierno de las empresas en sus diferentes relaciones con los trabajadores, proveedores, accionistas, el medio ambiente y el Estado, en el que se reconoce que aunque el objeto principal de las empresas es generar beneficios, al mismo tiempo es fundamental comprometerse con el logro de objetivos sociales y medioambientales, integrando la responsabilidad social como una inversión en el núcleo de la estrategia empresarial, sus instrumentos de gestión y sus actividades.

Sin embargo, la relación entre el régimen de propiedad -concebida en cualquiera de sus formas valga decir, inmobiliaria, accionaria, etc.- y la función social de la misma es un concepto incorporado en el ordenamiento jurídico colombiano desde la Constitución de 1886, ratificado posteriormente con al-

gunos matices en el Acto Legislativo No. 1 de 1936 y que se mantiene con mayor fundamento en la actual Carta Política bajo el esquema del Estado Social de Derecho. En tal sentido y sin pretender ahondar en los antecedentes históricos que se anteponen a la noción actual, hay que reconocer que los argumentos en los diferentes momentos citados, en esencia responden al mismo principio: "la prevalencia del interés público frente al particular".

Esa concepción sin embargo ha ido cambiando y actualmente en cuanto se encuentra referida a la garantía que otorga el Estado a los derechos adquiridos con justo título a la "propiedad privada", señaló la H. Corte Constitucional con fundamento en la teoría solidarista:

"(...) Analizado con criterio duguitiano, el derecho de dominio deviene función social, lo que significa que el propietario no es un sujeto privilegiado, como hasta el momento lo había sido, sino un funcionario, es decir alguien que debe administrar lo que posee en función de los intereses sociales (prevalentes respecto al suyo), posesión que sólo se garantiza, en la órbita individual, a condición de que los fines de beneficio colectivo se satisfagan"<sup>1</sup>.

1 Sentencia C-595 de agosto 18 de 1999. M. P. Carlos Gaviria Díaz.



En términos similares se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia en el año 1988 al referirse al derecho de propiedad, así:

"Es indudable que en el texto constitucional se descarta la teoría individualista y se le da un contenido eminentemente social al dominio, lo cual permite a la ley imponerle limitaciones para colocarlo de esta manera, al servicio del interés comunitario y la solidaridad social, siendo por tanto ilícitos los actos que impliquen ejercicio anormal de tal derecho, o sean contrarios a los fines económicos o sociales del mismo, o aquellos que sólo tiendan o se determinen por el deseo de dañar a terceros sin interés verdadero para el propietario"<sup>2</sup>

Finalmente, la Constitución de 1991 al reconstituir a Colombia como un "Estado Social de Derecho" fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo, en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, retoma el concepto de propiedad acentuando la función social ya incorporada y agregándole una función ecológica, así como el mandato de que sean protegidas y promovidas las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Frente a esta innovación y al alcance de la expresión "Estado Social de Derecho", la Corte Constitucional ha señalado:

"Lo primero que debe ser advertido es que el término 'social' ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de derecho, no debe ser entendida como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado"<sup>3</sup>.

Igualmente y como desarrollo de los derechos sociales, económicos y culturales, esa Alta Corporación ha elaborado una consistente doctrina alrededor de la concepción de la propiedad, de la cual se resalta:

"El desarrollo económico y social es el responsable último de la mutación del concepto y del sentido que la sociedad colombiana tiene y asigna a la propiedad privada. Las leyes expedidas a partir de los años treinta, se ins-

criben bajo el signo de la sociabilidad como lo atestiguan sus textos y la copiosa jurisprudencia que se ha ocupado de las mismas, que remiten incesantemente a las categorías del interés social y de la función social de la propiedad (...). En este sentido, la afectación legislativa expresa de actividades e importantes ámbitos de la propiedad privada al interés social, ha permitido sustentar medidas expropiatorias tendientes a fortalecer y facilitar programas de desarrollo social y económico, a través de los cuales se han articulado políticas de justicia distributiva. Por su parte, en términos generales, la vinculación intrínseca de la propiedad privada a la función social, ha querido subordinar la garantía de la misma a los requerimientos de la producción y generación de riqueza"<sup>4</sup>.

Y es que además, la Corte no sólo se ha preocupado de explorar el derecho a la propiedad en su noción general sino que ha recalcado las diferentes modalidades a través de las cuales se manifiesta, en los siguientes términos:

"La función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen. La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad"<sup>5</sup>.

Así, al referirse específicamente a la actividad financiera indicó:

"No se olvide que la actividad de intermediación financiera, en el Estado Social de Derecho, supone responsabilidades; y tiene una función social que implica obligaciones, lo que sencillamente significa que su libertad, lejos

2 Sentencia 86 del 11 de agosto de 1988.

3 Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

4 Sentencia C-066 de 1993. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Sentencia C-589 de 1995. M. P. Fabio Morón Díaz.

de ser absoluta o de hallarse exenta de controles e intervenciones, está marcadamente restringida y dirigida por el Estado.

Tampoco puede desconocerse el carácter de interés público de dicha actividad, aunque sea desempeñada por particulares, de modo que el Estado debe intervenir en ella según lo disponen los artículos 334 y 335 de la Constitución.

Más aún, la ley -y en lo que a ella corresponde, la Junta Directiva del Banco de la República- se encuentran obligadas a 'delimitar (subraya la Corte) el alcance de la libertad económica' cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social, que indudablemente está afectado en el tipo de créditos de los que trata la Ley 546 de 1999<sup>6</sup>.

Bajo el contexto jurisprudencial descrito y entendida como está la función de la propiedad, en la que se destaca esencialmente la supremacía del interés general sobre el privado y que la solidaridad se pone al servicio de la comunidad, es dable concluir que se es propietario y se actúa como tal, cuando en ejercicio de la función social quien posee el derecho hace extensivas las ventajas del mismo a todos los miembros integrantes de una colectividad.

De ahí que, el ejercicio de este derecho sea restrictivo y el objetivo con él perseguido se desplace del campo puramente personal e individualista al social, al punto que cuando su práctica no se ajuste al interés colectivo se considere "inválido e injusto, injurídico e inícuo, circunstancia que incide sobre la con-

servación de la titularidad del propietario que no acató la responsabilidad y las obligaciones que esa condición le imponen, por lo cual debe ser reemplazado en esa función", según lo exponía Luis Carlos SÁCHICA en su obra "Constitucionalismo Colombiano" publicada todavía bajo el amparo de la Carta Política de 1886.

Igualmente, respecto a la moderna concepción de la propiedad el profesor Naranjo Mesa indica que "(...) se han consagrado en los ordenamientos constitucionales y legales de la mayoría de los Estados modernos que siguen el esquema capitalista, instituciones como las que permiten la expropiación por motivos de utilidad pública o de interés social, las que reglamentan las diferentes formas de propiedad - como la agraria, la minera, la industrial, la intelectual, etc.-, las

que declaran de servicio público determinadas actividades, con las consecuencias que ello implica, las que restringen el ejercicio de las profesiones u oficios, las que establecen, en cabeza del Estado, la vigilancia sobre el manejo de los fondos privados con fines de interés social, las que determinan ciertas clases de bienes no apropiables por los particulares, etc."<sup>7</sup>.

6 Sentencia C-955 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

7 Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas. Editorial Temis, Octava Edición, 2000, pág. 527.

Por otro lado aparece de manera independiente, aunque relacionado, el derecho a la libertad, y dentro de éste el de la "libertad económica" entendido básicamente como "(...) la facultad que tiene todo individuo de desarrollar actividades lucrativas, según sus preferencias o habilidades, con miras a asegurarse un patrimonio, dentro las limitaciones impuestas por la Constitución y las leyes por razones de seguridad, salubridad, moralidad y, también, de utilidad pública y de interés social"<sup>8</sup>.

Sin embargo al amparo de los mismos criterios, esa libertad consagrada en el ordenamiento constitucional colombiano desde 1936 y expresamente sólo en la Carta de 1991, no es absoluta y se encuentra limitada precisamente por el Estado quien ha calificado como "servicio público" algunas actividades en aras de lograr la equidad social y la libre competencia.

Al respecto, se ha pronunciado la H. Corte Constitucional en los siguientes términos:

"En términos más generales, la libertad económica se halla limitada por toda forma de intervención del Estado en la economía y, particularmente, por el establecimiento de monopolios o la calificación de una determinada actividad como servicio público, la regulación del crédito, de las actividades comerciales e industriales.

(...)

Con fundamento tanto en sus antecedentes como en el texto vigente del artículo 333 de la Carta, esta Corte considera que el constituyente de 1991 quiso perfeccionar los instrumentos propios de la economía de mercado, precisarla responsabilidad del Estado y dotarlo de nuevos y más eficaces instrumentos para el logro de la equidad social"<sup>9</sup>.

Todo lo expuesto y especialmente la necesidad de resolver conflictos sociales, relacionados con la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios hacia el bienestar general, ha llevado al

intervencionismo del Estado en la economía, claramente establecido en la Constitución Política para la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

En esa línea adquiere importancia otro aspecto ya mencionado y es el relacionado con el carácter de "servicio público" de la actividad financiera. Las entidades que desarrollan esta actividad prestan un servicio público, del cual es responsable el Estado, la cual no es libre sino que está limitada y condicionada por regulaciones expresas que tienen como finalidad la protección de los intereses de la colectividad y no el ánimo de lucro que pudieran tener los particulares cuando prestan dicho servicio público. En efecto, las instituciones financieras son personas jurídicas autorizadas por el Estado, para la captación, manejo e inversión de los recursos del público, siendo su función principal transferir dichos recursos a inversión transformado así los riesgos propios de dicha actividad.

Ahora, bajo ese contexto, la intervención del Estado en el sistema financiero se dirige fundamentalmente a otorgar la seguridad y confianza que las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria deben proporcionarle al público en general. Ello por cuanto no se está frente a una actividad exclusivamente privada, carente de interés social y ajena a la intervención del Estado. Por el contrario en dicha actividad está involucrado el ahorro de la comunidad y las personas jurídicas que la desarrollan actúan en ejercicio de una autorización que les da el Estado para cumplir con sus fines, entre los que se destaca la prestación de un servicio público, por lo cual la función bancaria no puede asimilarse a la que desarrolla cualquier particular en ejercicio de la autonomía privada,

8 Idem, pág. 520.

9 Sentencia T-425 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

pues tal y como lo señala el citado artículo 335 la actividad financiera es de interés público y en esa medida debe buscar siempre el bienestar general.

En ese sentido y respecto a la noción de interés público en la actividad bancaria, la Corte Constitucional en sentencia SU-157 de 1999 señala que éste se materializa en las siguientes premisas:

"El acceso a la prestación del servicio 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. En la Asamblea Nacional Constituyente se explicó el concepto de interés público así:

'Las actividades financiera, bursátil y aseguradora solamente pueden ser ejercidas previa autorización del Estado y aun más importante que esa autorización sea otorgada sin discriminación alguna conforma a la ley, nosotros en esa ponencia como en otras de la Comisión Quinta, siempre hemos procurado introducir en el nuevo texto constitucional principios muy concretos en cuanto se refiere a garantizar la libertad de empresa y sobretodo establecer unos fundamentos que guíen la acción del Estado de tal manera que el Estado no siga sustentando o patrocinando de manera consciente o inconsciente prácticas que restrinjan la libre iniciativa'.

Así mismo, el concepto de interés público de la actividad financiera se concreta en la garantía del trato igual de los usuarios para el acceso al servicio, puesto que si bien aquélla debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo eco-

nómico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del ahorro (...)"

Así las cosas, superado el carácter de servicio público que ostenta la actividad financiera y que la somete a la intervención del Estado con el fin de que la misma se desarrolle en beneficio del interés social, es preciso concluir, como en muchas oportunidades lo ha dicho la H. Corte Constitucional, que "Uno de los principios fundamentales del orden jurídico es la primacía del interés general sobre el particular. Y en ese sentido, ese interés general solamente ocupa un lugar inferior en la escala de valores en relación con los derechos a la vida y a la libertad de persona, que son consecuencia de su dignidad.

En tratándose de los aspectos económicos, la primacía del interés general es indiscutible, como expresamente lo consagra el artículo 58 de la Constitución (...)"<sup>10</sup>

Corolario de lo expuesto y en punto a la construcción jurídica que se ha presentado, esta Superintendencia considera que el concepto de "función social" concebida como está en nuestro ordenamiento jurídico, se materializa en el objeto social directo de los establecimientos bancarios cuando se antepone el interés de la colectividad al de los accionistas, concesionarios del servicio público denominado "actividad financiera", mediante la tutela de los intereses de los ahorradores, inversionistas y depositantes en los servicios que se les ofrecen, de tal manera que se garanticen buenas condiciones patrimoniales y una adecuada gestión institucional que proporcione seguridad y transparencia en el manejo de los dineros que les han sido confiados.»

10 Corte Constitucional. Sentencia SU-089 de 1995. M. P. Jorge Arango Mejía.

## Lista Clinton

*Concepto 2004053989-2 del 15 de octubre de 2004*

**Síntesis:** *La Superintendencia Bancaria no tiene competencia para requerir a centrales de información por no ser entidades bajo su vigilancia. La información de la Lista Clinton y competencia de las autoridades sobre sus efectos. La Lista Clinton como causal objetiva para que las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria no asuman riesgos.*

«(...) me refiero a su comunicación radicada en esta Superintendencia bajo el número indicado al rubro, mediante la cual después de efectuar una reseña completa, tanto de la situación vivida por su cliente en razón de la inclusión de su nombre en la "Lista Clinton" como de la jurisprudencia existente sobre el tema, solicita la exclusión de ese nombre de las listas con base en la cuales las entidades financieras le niegan el derecho al uso de servicios financieros y bancarios.

En primer término, se considera necesario recordar que las listas, como ud. las denomina, entendidas estas como los sistemas de recopilación de información administrados por sociedades o agremiaciones de carácter privado, así como las bases de datos o centrales de información de Computec -Datacrédito-, Covinoc o la Central de Información Financiera -CIFIN- de la Asociación Bancaria, a través de las cuales se muestra el comportamiento comercial y financiero de las personas que son reportadas a ellas, a pesar de haberse constituido en importantes instrumentos de consulta por parte de las entidades financieras en sus políticas de gestión del riesgo, la actividad de almacenamiento, actualización y rectificación de información que en ellas reposa, escapan al control de la Superintendencia Bancaria, por no encontrarse expresamente asignado en la ley<sup>1</sup>.

En consecuencia, esta Superintendencia no tiene competencia ni se encuentra facultada para requerir a la central de información financiera de la Asobancaria, en este caso, con el objeto de que atienda la materia de su solicitud, toda vez que la actualización de los datos por ella divulgados, según lo indicado, no se refiere a un acto ni a una operación propia de una entidad sometida a su control y vigilancia.

Ahora bien, para referirnos a la competencia de las autoridades colombianas frente a la inclusión, aplicable igualmente para el caso del retiro posterior, del nombre de una persona en la Lista Clinton, es preciso remitirnos al concepto No. 2004015605-1 del 22 de abril del año en curso de esta Superintendencia, en el cual se indica que "(...) en Sentencia T-468 de 2003 la Corte Constitucional al referirse al citado documento señaló que carecía de competencia para pronunciarse frente a las actuaciones de un gobierno extranjero encaminadas a

---

1 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 entidades que realicen la actividad financiera, provisional y aseguradora, expresamente consagradas en el numeral 2º del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.



Frente a la validez y contenido de las mismas. Es así como frente a las decisiones de otros países como la consignada en la 'Lista Clinton', la competencia de las autoridades jurisdiccionales solamente se da para establecer si se afectan o no derechos fundamentales de las personas como consecuencia de la producción de los efectos de tales decisiones en nuestro país.

combatir los flagelos antisociales de alcance territorial, tales como la inclusión de una persona en un determinado documento (v.gr. la Lista Clinton)", dado que *'rebasan las atribuciones o facultades reconocidas al juez de tutela por la Constitución y la ley, ya que dichas actuaciones corresponden a la libre determinación soberana de cada Estado'* (se resalta).

Así, en la citada providencia el Alto Tribunal Constitucional reconoce la posibilidad de que los Estados en desarrollo del principio de la libre determinación soberana a través de tales actuaciones acudan 'a mecanismos especiales de cooperación, con el propósito de combatir en conjunto dichas manifestaciones delictivas, por ejemplo, a través de la celebración y ratificación de tratados para la lucha contra el tráfico de estupefacientes y el lavado de activos (...)'.  
 Conceptos

Sobre esta misma materia, manifiesta la Corte que 'en acatamiento de los principios de libre autodeterminación de los pueblos y de soberanía preferente o reservada, es claro que esta Corporación *carece de competencia para ejercer control jurídico sobre la Orden Ejecutiva No. 12.978 proferida por el Presidente de los Estados Unidos de América y, por lo tanto, su intervención sólo está llamada a prosperar en relación con las consecuencias internas derivadas de su aplicación.*

En efecto, la inclusión en dicha lista de una persona natural o jurídica, constituye un acto soberano de un gobierno extranjero, *cuestionable ante las autoridades judiciales o administrativas de dicho país, por la persona que resulta afectada o amenazada en uno de sus derechos constitucionales o legales. De suerte que la actuación del Estado Colombiano se limita al acompañamiento diplomático y a la orientación e instrucción en el ejercicio y defensa de sus derechos, ante las autoridades competentes en el exterior (...).*

Por lo tanto, la Corte no tiene competencia para analizar y estudiar el contenido y la validez de la Orden Ejecutiva, pero sí para determinar la afectación de los derechos fundamentales de las personas, a partir de la producción de sus efectos o consecuencias al interior del país" (resaltado extratextual).

"De las consideraciones antes expuestas, se observa que los principios de libre autodeterminación de los pueblos y de soberanía preferente o reservada, reconocen a los países la posibilidad de adelantar acciones individuales o conjuntas para combatir los flagelos



antisociales que tengan alcance extraterritorial, *sin que las autoridades judiciales o administrativas colombianas* tengan competencia para pronunciarse frente a la validez y contenido de las mismas. Es así como frente a las decisiones de otros países como la consignada en la 'Lista Clinton', la competencia de las autoridades jurisdiccionales solamente se da para establecer si se afectan o no derechos fundamentales de las personas como consecuencia de la producción de los efectos de tales decisiones en nuestro país (...).

A este respecto, se ha manifestado que los afectados pueden promover directamente las actuaciones judiciales o administrativas correspondientes ante las autoridades norteamericanas respectivas, mediante el procedimiento administrativo de apelación, conforme al cual (...) toda persona que haya sido incluida en la llamada 'Lista Clinton' puede solicitar ante el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos, la revisión de la legalidad de dicha inclusión<sup>2</sup>.

De otra parte, frente a los efectos que trae la inclusión de un nombre en dicha lista y en concreto las implicaciones para el acceso al sistema financiero y asegurador, le informo que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a las entidades financieras y aseguradoras el principio de la autonomía de la voluntad privada en el desarrollo de su actividad, el cual tiene rango constitucional ya que se deriva de varios derechos consagrados en la Carta Política (arts. 14, 38, 39, 58, 333 y 334, etc.).

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional en la sentencia referida (T-468 de 2003) señaló "(...) no significa que la Constitución le imponga a las instituciones financieras restricciones desproporcionadas que desborden el núcleo esencial del derecho a la autonomía privada, como serían la obligación de aprobar automáticamente todo tipo de créditos, (...) pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente (...)".

En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta que los contratos que celebran las entidades financieras y aseguradoras 'son de naturaleza intuito personae o de contenido personalísimo, precisamente en atención a la preponderancia de las calidades personales de quienes contratan con los bancos'<sup>3</sup> es que se han establecido mecanismos de control para el acceso a los servicios financieros, con el objeto de conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes o usuarios. Dichos mecanismos se encuentran catalogados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea en las reglas de conocimiento del cliente o KYC<sup>4</sup>, las cuales se resumen en cuatro categorías:

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

b) Riesgos operativos: Relacionados con la violación a los procedimientos de control y de debida diligencia previstos en la ley y desarrollados por las autoridades de control, los cuales pueden

2 Sentencia Corte Constitucional T-468 de 2003.

3 Ibidem.

4 Ver: [www.bis.org](http://www.bis.org). Documento de octubre de 2001.

involucrar una afectación o alteración al ejercicio comente de sus operaciones financieras activas, pasivas o neutras.

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

Con base en las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en los apartes de la sentencia trascritos, es claro que aunque el principio de autonomía contractual sí se reconoce a las entidades financieras y aseguradoras, con algunas limitaciones dado que se trata de actividad de interés público, la naturaleza personalísima de las relaciones contractuales que éstas celebran con sus clientes permite la implementación de los mecanismos de control señalados por el Comité de Basilea los cuales tienen como finalidad el conocimiento adecuado del cliente y la medición de los riesgos atrás definidos, en caso de que alguno o todos se presenten.

Ahora bien, la presentación de tales riesgos hace factible que las entidades vigiladas puedan abstenerse válidamente de celebrar contratos con sus potenciales usuarios, (v. gr. la apertura de cuentas bancarias, contratación de pólizas de seguros etc.), sin embargo, tal decisión deberá tener como fundamento la existencia de causas objetivas y razonables que la justifiquen.

Así, en relación con los efectos del documento emitido por las autoridades norteamericanas (Orden Ejecutiva No. 12.978 del Presidente de los Estados Unidos de América) la Corte Constitucional en Sentencia SU-157 del 10 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero, expresó que<sup>5</sup> 'La banca Colombiana considera que la Lista Clinton sí es una causal objetiva que aprueba su decisión, como quiera que el riesgo bancario derivado de la relación comercial con los peticionarios es muy alto, puesto que Estados Unidos sanciona a los Norteamericanos que negocian con quienes figuran en la lista. Por ende, si la entidad bancaria colombiana desea mantener relaciones comerciales con personas de esa nacionalidad, no debe ofrecer sus servicios a los presuntos traficantes de narcóticos'.

'La Corte resalta que, en efecto, la mayoría de las entidades financieras colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país se dirigen a proteger a las instituciones financieras co-

Los efectos 'reflejo' de la Lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores.

5 A este respecto, debe recordarse que conforme al artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 que "las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares".

lombianas de riesgos inminentes propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos 'reflejo' de la Lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores. Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la Lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país, como quiera que la Lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la Lista Clinton constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca<sup>6</sup>.

Sobre este mismo tema, en Sentencia T-468 de 2003 manifiesta la Alta Corte que la situación de indefensión económica en que se encuentran las personas incluidas en el citado documento, no es imputable a las instituciones financieras, pues, se insiste, se trata de una causal razonable y objetiva que justifica la negación de acceso a los servicios ofrecidos por las entidades. Igualmente, no puede desconocerse, tal como lo reconoce la Corte en la providencia en estudio y conforme lo consagra el mismo documento -Lista Clinton-, la vinculación jurídica con las personas allí incluidas traería graves consecuencias económicas para la banca colombiana v. gr. confiscación del dinero depositado, terminación de contratos de corresponsalía con la banca extranjera etc.

Como se advierte de lo señalado por el elevado tribunal en dichos proveídos, la inclusión de una persona en el documento emanado de las autoridades norteamericanas es una causal razonable y objetiva que justifica la decisión de la banca de no realizar operaciones con ella. Según la Corte, obligar a los bancos a contratar con personas incluidas en la lista en comento precisamente implica riesgos inminentes para la banca y los ahorradores colombianos por las posibles consecuencias que podría traer para tales entidades. Por ello, la orden ejecutiva en mención, puede ser aplicada por los bancos en virtud de la libertad contractual que rige la celebración de sus contratos y en desarrollo de los mecanismos de prevención de riesgos antes citados.

En este orden de ideas, dada la imposibilidad jurídica de esta Superintendencia de ejercer control frente a los efectos de una decisión emitida por organismos extranjeros, son las mismas entidades las que deben evaluar en forma prudente los riesgos de contratar con personas incluidas en la lista, dadas las consecuencias que podrían generarse para ellas, argumento este que resulta aplicable también en el caso de la persona cuyo nombre ha sido retirado de la misma o de aquellas que nunca lo han estado.

La anterior afirmación responde a que, como se ha indicado, por un lado, las autoridades colombianas en general no tienen competencia para pronunciarse sobre la validez y contenido de las actuaciones -en este evento el de remoción del nombre de la Lista Clinton- y por otro, específicamente esta Superintendencia, ni siquiera para establecer si con ello y con la negligencia de las agremiaciones que manejan ese tipo de información, de no aclarar o actualizar la citada lista, se afectan o no derechos fundamentales de las personas inmersas en

---

6 Sentencia Corte Constitucional SU-157 del 10 de marzo de 1999.

esa circunstancia, por lo cual cualquier razonamiento que efectúen las instituciones respecto a esa situación escapa a la competencia de esta agencia estatal.

Sin embargo, compete a la Superintendencia, entre otros aspectos, proteger el interés general y velar por la transparencia en la operación financiera y porque la actividad de sus vigiladas se desarrolle con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial, debiendo supervisarla de manera integral para que se ajuste al ordenamiento vigente.

Así las cosas, este Organismo no interviene más allá de los señalamientos estrictamente legales en asuntos donde se da aplicación a la voluntad y el consentimiento de las partes, como es la actividad contractual bancaria, la cual hace factible que los establecimientos de crédito puedan abstenerse válidamente de contratar con particulares la prestación de sus servicios.

Finalmente y dado que escapa a las facultades del ente de control establecer un procedimiento para que se remueva el nombre de una persona anteriormente incluida en la Lista Clinton, por tratarse de una decisión gremial sobre la que no tiene competencia el ente de control, le sugerimos remitir los antecedentes a la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia a fin de que actualicen la información que por ese medio se divulga, sin perjuicio de las acciones judiciales que considere pertinente interponer.»



# **Temas de Consulta**

*Protección al consumidor - Recepción  
de moneda legal colombiana en billetes  
y moneda metálica*

*Revisor Fiscal - Auxiliares  
y colaboradores*



*PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR - RECEPCIÓN DE MONEDA LEGAL  
COLOMBIANA EN BILLETES Y MONEDA METÁLICA*

Superintendencia Bancaria de Colombia

**Carta Circular 78 de 2004**

(noviembre 29)

**Referencia:** Protección al consumidor. Recepción de moneda legal colombiana en billetes y moneda metálica.

(...)

Como es de su conocimiento, el artículo 8° de la Ley 31 de 1992, ley orgánica del Banco de la República, señala que "la moneda legal, expresará su valor en pesos de acuerdo con las denominaciones que determine la Junta Directiva del Banco de la República, y será el único medio de pago de curso legal con poder liberatorio ilimitado".

En atención a dicho principio, así como al interés público implícito en la actividad financiera desarrollada por los establecimientos de crédito, esta Superintendencia ha resaltado que a dichas entidades les corresponde, por ejemplo, recibir la moneda metálica, como quiera que "la consignación de sumas de dinero, incluida la moneda metálica -especie representativa del dinero en circulación-, es una característica propia de cualquier contrato de depósito a la vista o a término y constituye uno de los derechos conferidos en los contratos a los depositantes", advirtiendo además que cualquier medida que conduzca de manera directa o indirecta a impedir o restringir la recepción de dicho dinero "contraviene el objeto social de tales entidades" (Circular Externa 030 de 1995, Circular Básica Jurídica, Título II, Capítulo Cuarto, numeral 1.5)

Ahora, además de dicha conducta, ya cuestionada, recientemente este Despacho ha tenido conocimiento que algunos establecimientos de crédito se abstienen de recibir billetes viejos, deteriorados o de baja denominación y también omiten devolver el cambio en moneda en la realización de algunas operaciones.

En relación con la primera práctica es pertinente recordar que los establecimientos de crédito deben igualmente recibir dichas especies, toda vez que éstas también son representativas del dinero en circulación. Precisamente, considerando la vocación circulatoria del dinero y el deterioro al que en virtud de ésta se expone la moneda, es que el Banco de la República ha establecido condiciones y procedimientos de cambiabilidad (Circular Reglamentaria Externa DTE-53 de 2001), correspondiendo exclusivamente a dicho organismo la facultad de retirar billetes y monedas de circulación, como lo establece el artículo 10° de la Ley 31 de 1992.

De otra parte, tal como lo señala el artículo 11° de la citada Ley 31, los establecimientos de crédito autorizados para recibir depósitos en moneda nacional, "están obligados a dispo-

ner de billetes y monedas para asegurar su provisión", regla establecida para que pueden desarrollar adecuadamente sus operaciones, imponiéndose entonces el deber de dichas entidades de contar con las especies requeridas y entregar el cambio en las transacciones que lo generan.

Por lo anterior, considerando que de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.1 del artículo 98 del EOSF, las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, deben "emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que éstos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y en general en el desenvolvimiento normal de sus operaciones", este Despacho recuerda que las prácticas de algunos establecimientos de crédito de negarse a recibir moneda legal en billetes viejos, deteriorados o de baja denominación, así como la moneda metálica de cualquier denominación, o abstenerse de entregar el cambio en cualquier operación, además de desconocer las reglas señaladas, resultan abiertamente lesivas de los intereses de los clientes y usuarios del sistema.

En tal sentido, se reitera que los establecimientos de crédito deben, atendiendo la profesionalidad que caracteriza la actividad que desarrollan por autorización del Estado, contar con mecanismos adecuados mediante los cuales se verifique permanentemente que la institución devuelve el cambio en las operaciones que realiza y que recibe moneda legal en billetes y en moneda metálica de cualquier denominación, garantizando su plena utilización por parte de clientes y usuarios.



*REVISOR FISCAL - AUXILIARES Y COLABORADORES*

Superintendencia Bancaria de Colombia

**Circular Externa 047 de 2004**

(noviembre 29)

**Referencia:** Auxiliares y colaboradores del revisor fiscal.

(...)

Como es de su conocimiento, el numeral 1 del artículo 79 del EOSF, además de contemplar la obligación de las entidades vigiladas de tener un revisor fiscal designado por la asamblea de accionistas o por el órgano competente, señala que a éste le corresponde cumplir las funciones previstas en el Libro Segundo, Título I, Capítulo VIII del Código de Comercio, precisando que su desempeño se encuentra sometido a dichas disposiciones y a lo prescrito en otras normas.

Ahora, esta Superintendencia ha resaltado en distintas oportunidades la importancia de la revisoría fiscal, destacando que su función, desarrollada de manera eficaz, objetiva e independiente resulta fundamental para proteger el ahorro, incentivar la inversión y el crédito, así como para facilitar el dinamismo y el desarrollo económico.

Es así como, mediante distintos instructivos, la SBC ha precisado el papel de la revisoría en diferentes ámbitos de la actividad de las entidades vigiladas, ocupándose de manera especial de las funciones, objetivos y características de dicho órgano de control en el numeral 4 del Capítulo 3 del Título Primero de la Circular Básica Jurídica.

Al describir las características de la revisoría fiscal, especial atención ha merecido la independencia de acción y de criterio que debe distinguir su desempeño, materia sobre la cual este organismo ha señalado en el literal c) del numeral 4.3 del citado Capítulo 3 que dicho órgano *"debe cumplir con las responsabilidades que le asigna la ley y su criterio debe ser personal, basado en las normas legales, en su conciencia social y en su capacidad profesional"*. Precisa la instrucción además que *"En todo caso su gestión debe ser libre de todo conflicto de interés que le reste independencia y ajena a cualquier tipo de subordinación respecto de los administradores que son, precisamente, los sujetos pasivos de su control (artículo 210, Código de Comercio)"*.

Es pertinente recordar que el artículo 210 del Código de Comercio, citado en el aparte señalado, dispone que *"cuando las circunstancias lo exijan, a juicio de la asamblea o de la junta de socios, el revisor fiscal podrá tener auxiliares u otros colaboradores **nombrados y removidos libremente por él, que obrarán bajo su dirección y responsabilidad, con la remuneración que fije la asamblea o junta de socios**, sin perjuicio de que los revisores tengan colaboradores o auxiliares contratados y remunerados libremente por ellos"* (se resalta).

La mención del artículo 210 del Código de Comercio en el citado literal, resulta de gran importancia, toda vez que si bien indica que tratándose de las entidades es posible que los

revisores fiscales cuenten con auxiliares cuya remuneración sea fijada por la asamblea de la respectiva institución, comprende la advertencia enfática de que éstos deben ser nombrados y removidos libremente por dicho órgano y estar sometidos a su dirección y responsabilidad, ya que es sobre tales presupuestos que reposa, precisamente, la garantía de que dicha colaboración se preste con la independencia que debe caracterizar el desempeño de la revisoría.

En este sentido, es evidente que la práctica de asignar funcionarios contratados directamente por las entidades vigiladas y, por ende, subordinados a éstas, para desempeñar labores de colaboración a la revisoría, desconoce lo dispuesto en el artículo 210 del Código de Comercio y atenta ostensiblemente contra la independencia propia del órgano.

Ciertamente, en tal evento, la vinculación o remoción del colaborador no es competencia exclusiva del revisor fiscal sino una decisión de la administración de la entidad vigilada sobre la cual dicho órgano de control despliega su función. A su vez, la facultad de nombrarlo, reasignarlo o removerlo, subordina al funcionario a la potestad de la entidad vigilada y su administración, ya sea como empleadora o contratante, afectando su desempeño imparcial, independiente y objetivo.

En virtud de lo expuesto, este Despacho considera pertinente modificar el literal c) del numeral 4.3 del Capítulo 3 del Título Primero de la Circular Básica Jurídica, en el sentido de precisar que en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 210 del Código de Comercio, el revisor fiscal puede tener auxiliares o colaboradores cuya remuneración sea fijada por la asamblea o el órgano correspondiente, siempre que éstos sean nombrados y removidos libremente por el revisor y obren bajo su dirección y responsabilidad. Se resalta además que en ningún caso los auxiliares o colaboradores del revisor fiscal podrán ser empleados de la entidad vigilada sujeto de su control, o estar vinculados a ella mediante cualquier modalidad contractual que pueda implicar una subordinación a ésta o a su administración.



# Reseña General

*Normas*

*Jurisprudencia*

*Conceptos*



*NORMAS\**

**Congreso de la República**

**Establecimientos de crédito en San Andrés Isla - operaciones autorizadas\***

**Ley 915 de 2004 (octubre 21).** Por la cual se dicta el Estatuto Fronterizo para el Desarrollo Económico y Social del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Régimen financiero y de fomento económico.

(Diario Oficial 45.714 del 27 de octubre de 2004).

**Microempresa - Democratización del crédito\***

**Ley 905 de 2004 (agosto 2).** Se modifica la Ley 590 de 2000 sobre promoción del desarrollo de la Micro, pequeña y mediana empresa. Definiciones. Sistema Nacional de Mipymes; conformación. Funciones del Consejo Superior de Pequeña y Mediana Empresa. Acceso a mercados de bienes y servicios.

(Diario Oficial 45.628 del 2 de agosto de 2004).

**Ministerio del Interior  
y de Justicia**

**Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos\***

**Decreto 3420 de 2004 (octubre 20).** Modifica la composición y funciones de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos y se dictan otras disposiciones. Composición. Funciones. Comité Operativo de Prevención y Detección; objetivos.

(Diario Oficial 45.708 del 21 de octubre de 2004).

**Ministerio de Hacienda  
y Crédito Público**

**Funciones Fogafin\***

**Decreto 3614 de 2004 (noviembre 3).** Autoriza al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para realizar aportes de capital en sociedades anónimas de naturaleza pública, cuyo objeto principal sea la adquisición, la administración y la enajenación de activos improductivos, incluidos los derechos en procesos liquidatorios, cuyos propietarios sean dicho fondo, el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, los establecimientos de crédito de naturaleza pública y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

(Diario Oficial 45.721 del 3 de noviembre de 2004).

**Intervención del Estado - Reducción de la participación accionaria del sector público en el negocio fiduciario - Enajenación de acciones de Fidufes S.A.**

**Decreto 3458 de 2004 (octubre 21).** Por el cual se aprueba un procedimiento para la enajenación de las acciones de Fiduciaria FES S. A., Fidufes, de propiedad del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en desarrollo de la recomendación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación Nacional de reducir la participación accionaria del sector público en el negocio fiduciario.

(Diario Oficial 45.713 del 26 de octubre de 2004).

**Riesgos profesionales**

**Decreto 4310 de 2004 (diciembre 21).** Modifica el artículo 1° del Decreto 231 de 2002, el cual quedará así: "A partir del 1° de enero del año 2010, la reserva para siniestros ocurridos no avisados del ramo de seguro de riesgos profesionales se sujetará al régimen general previsto en el artículo 7°

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

del Decreto 839 de 1991 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya".

(*Diario Oficial 45.770 del 22 de diciembre de 2004*).

### ***Superintendencia Bancaria de Colombia***

#### **Clasificación, valoración y contabilización de inversiones**

**Circular Externa 049 de 2004 (noviembre 30).** Modifica el literal b. del numeral 3.1. de la Circular Externa 100 de 1995 con el fin de establecer que la totalidad de las inversiones que se pueden efectuar con los recursos de los fondos de pensiones obligatorias y voluntarias, fondos de cesantía, reservas pensionales administradas por entidades del régimen de prima media y los patrimonios autónomos o encargos fiduciarios cuyo propósito sea administrar recursos pensionales de la seguridad social, sean clasificadas como inversiones negociables, salvo aquellas inversiones efectuadas por los patrimonios autónomos o encargos fiduciarios en mención, en los cuales el contratante o fideicomitente establezca que pueden clasificarse en hasta el vencimiento.

#### **Protección al consumidor - Recepción de moneda legal colombiana\***

**Carta Circular 78 de 2004 (noviembre 29).** De acuerdo con lo establecido en el numeral 4.1 del artículo 98 del EOSF, las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto de-

sarrollan actividades de interés público, deben "emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que éstos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas y en general en el desenvolvimiento normal de sus operaciones", se recuerda que las prácticas de algunos establecimientos de crédito de negarse a recibir moneda legal en billetes viejos, deteriorados o de baja denominación, así como la moneda metálica de cualquier denominación, o abstenerse de entregar el cambio en cualquier operación, además de desconocer las reglas señaladas, resultan abiertamente lesivas de los intereses de los clientes y usuarios del sistema.

#### **Revisor fiscal - Auxiliares y colaboradores\***

**Circular Externa 047 de 2004 (noviembre 29).** Modifica el literal c) del numeral 4.3 del Capítulo 3 del Título Primero de la Circular Básica Jurídica, en el sentido de precisar que en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 210 del Código de Comercio, el revisor fiscal puede tener auxiliares o colaboradores cuya remuneración sea fijada por la asamblea o el órgano correspondiente, siempre que éstos sean nombrados y removidos libremente por el revisor y obren bajo su dirección y responsabilidad. Se resalta además que en ningún caso los auxiliares o colaboradores del revisor fiscal podrán ser empleados de la entidad vigilada sujeto de su control, o estar vinculados a ella mediante cualquier modalidad contractual que pueda implicar una subordinación a ésta o a su administración.



*JURISPRUDENCIA\**

*Corte Suprema de Justicia*

**Ingreso base de liquidación para la pensión**

**Sentencia del 7 de septiembre de 2004.**

**Expediente 22630.** No debe disminuirse por aportes hechos después de cumplir los requisitos.

**Pensión extralegal**

**Sentencia del 13 de septiembre de 2004.**

**Expediente 22517.** Los acuerdos conciliatorios con inmodificables por disposiciones legales expedidas con posterioridad. Pensiones compartidas.

**Pensiones - Traslado de régimen**

**Sentencia del 2 de septiembre de 2004.**

**Expediente 22029.** Es inválido el traslado de régimen que se hace antes del término señalado por la ley; requisitos. Múltiple afiliación.

*Corte Constitucional*

**Centrales de información**

**Sentencia T-846 del 2 de septiembre de 2004.**

Alcance de los derechos fundamentales de hábeas data y buen nombre. Principio de veracidad en el proceso de administración de datos personales. Si un crédito está siendo controvertido, no se puede reportar la mora.

**Juegos y sorteos promocionales\***

**Sentencia C-169 del 2 de marzo de 2004.**

En concepto de la Corte el Constituyente de manera directa no crea los arbitrios rentísticos monopolísticos sino que señala las

reglas básicas que ha de atender el legislador para crear en cada caso el monopolio rentístico y, según sean las características del mismo, sujetarlo a las finalidades y condiciones básicas que señala la Constitución. Los sorteos de las sociedades de capitalización están excluidos del ámbito de la ley sobre monopolio rentístico de juegos de suerte y azar.

**Patrimonio de familia inembargable**

**Sentencia T-950 del 7 de octubre de 2004.**

Se pueden constituir patrimonios de familia inembargables sin desconocer la garantía hipotecaria que exista con anterioridad sobre el inmueble. Madre cabeza de familia.

**Pensión de jubilación\***

**Sentencia T-850 del 2 de septiembre de 2004.**

Procedencia de la acción de tutela por la demora injustificada en el trámite administrativo de reconocimiento de la pensión. El derecho a obtener el reconocimiento de la pensión de jubilación es un derecho fundamental por su conexidad con el derecho a la subsistencia en condiciones dignas, y en muchas ocasiones está íntimamente ligado con el derecho al mínimo vital.

**Potestad sancionadora del Estado\***

**Sentencia C-406 del 4 de mayo de 2004.**

El principio de legalidad y su proyección especial en el ámbito de la potestad administrativa sancionadora. La doctrina y la jurisprudencia constitucional, han identificado la actividad bursátil como una de aquellas en que se manifiesta la potestad administrativa sancionatoria. Facultad reglamentaria y funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Valores.

**Redenominación de los créditos de vivienda (Pesos - UVR)\***

\* Las jurisprudencias indicadas con asterisco se publican en el presente Boletín

**Sentencia T-793 del 23 de agosto de 2004.** Naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Ahorro. Principio de buena fe y el respeto a los propios actos. Posición dominante. Modificación unilateral. Restablecimiento del crédito a pesos.

**Reliquidación de créditos hipotecarios\* Sentencia T-733 del 5 de agosto de 2004.** Procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias. Revocación unilate-

ral de la reliquidación de créditos por parte de las entidades bancarias. Principio del respeto del acto propio. Derechos a la vivienda digna, buen nombre y debido proceso.

#### **Subsidio familiar de vivienda**

**Sentencia T-791 del 23 de agosto de 2004.** El derecho a la vivienda digna y al subsidio familiar de vivienda. Acceso a la propiedad privada. Principio de igualdad.

### *CONCEPTOS\**

#### *Consejo de Estado*

##### **Fondos de empleados**

**Concepto del 19 de agosto de 2004. Expediente 1582.** Desarrollo de actividad financiera cuando hacen parte de organismos de segundo grado. Administración de cesantías. Normas aplicables a las entidades de la economía solidaria. Servicios de ahorro y crédito. Actividad financiera y aseguradora.

#### *Procuraduría General de la Nación*

##### **Funciones de inspección, vigilancia y control**

**Concepto 3685 de 2004 (octubre 22).** Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 35 (parcial) de la Ley 510 de 1999, "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" y 72 de la Ley 795 de 2003 "Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones".

#### *Superintendencia de Sociedades*

##### **Sociedades con objeto social de "factoring"**

**Concepto 220 51426 del 7 de octubre de 2004.** Las sociedades con objeto social de "factoring" están sujetas a las disposiciones generales sobre vigilancia y control de las sociedades mercantiles y de emisión y oferta de valores. La inspección, vigilancia y control de las sociedades de compra de cartera (factoring) no se llevará a cabo por la Superintendencia Bancaria, sino que se ajustará a las disposiciones generales sobre vigilancia y control de las sociedades mercantiles y de emisión u oferta de valores. Estas sociedades continuarán sujetas a la prohibición de captar ahorro del público en forma masiva y habitual.

