



**Superintendencia
Bancaria de Colombia**

Boletín jurídico

No. 38

Septiembre 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

**Coordinador
Boletín Jurídico**
Luis Fernando López Garavito

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

Impresión
STILO
Impresores Ltda.

Portada:
"Casa Colonial La Candelaria"
Foto de Julio Alberto Rincón Rodríguez
Superintendencia Bancaria de Colombia
Año 2004

CONTENIDO

DE ESPECIAL INTERÉS

Decreto 2951 de 2004. Oficinas de representación de instituciones y reaseguros del exterior ..	6
Decreto 2588 de 2004. Procedimiento de exclusión de activos y pasivos	14
Decreto 2587 de 2004. Recursos del fondo de reserva para la estabilización de la cartera hipotecaria	20
Decreto 2211 de 2004. Toma de posesión y liquidación forzosa administrativa	24

JURISPRUDENCIA

Hábeas data	58
Imposibilidad de exigir el ejercicio de la facultad reglamentaria por la acción de cumplimiento	69
Obligaciones bancarias de los desplazados	75
Pensión de invalidez	85

CONCEPTOS

Estados financieros - Publicación	96
Patrimonio	99

TEMAS DE CONSULTA

Información al público de fondos comunes ordinarios y especiales que administran las sociedades fiduciarias	106
Negocios fiduciarios inmobiliarios	107
Sistema especial de administración de riesgos de mercado	113

RESEÑA GENERAL

Normas	116
Jurisprudencia	118

***E**n esta ocasión ofrecemos a nuestros lectores el ejemplar del Boletín Jurídico correspondiente al periodo julio - septiembre del año 2004. El número 38 de esta publicación seriada recoge las disposiciones y pronunciamientos más importantes producidos en este lapso en materia del conocimiento jurídico relacionado con la actividad de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria de Colombia. Destacamos la inclusión de tres disposiciones reglamentarias fundamentales para la supervisión e inspección del sistema financiero colombiano. En primera instancia, se presenta el Decreto 2951 de septiembre de 2004, por el cual se dictan normas sobre la actividad de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior; así mismo, se publica el Decreto 2588 de agosto de 2004, que reglamenta la medida de exclusión de activos y pasivos de establecimientos de crédito de conformidad con lo previsto en el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y de otra parte, se presenta el Decreto 2211 de julio de 2004, que determina el procedimiento aplicable a las entidades financieras sujetas a toma de posesión y liquidación forzosa administrativa. En materia de pronunciamientos de las altas corporaciones judiciales, se incluye en esta edición sentencia del Consejo de Estado sobre la imposibilidad de exigir el ejercicio de la facultad reglamentaria por la vía de la acción de cumplimiento. Se destacan también tres sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la pensión de invalidez por riesgo común y riesgos profesionales, la vigencia del término de caducidad de la información financiera negativa y el derecho fundamental al hábeas data y los derechos fundamentales en el caso de personas desplazadas que tienen obligaciones financieras pendientes con establecimientos bancarios. Por último, el Boletín Jurídico incluye sus secciones tradicionales de Temas de Consulta y Reseña General, que presentan un material seleccionado que aspiramos resulte útil para nuestros lectores.*

**Subdirección de Representación Judicial
y Ediciones Jurídicas**

De especial interés

*Decreto 2951 de 2004.
Oficinas de representación de instituciones
y de reaseguros del exterior.*

*Decreto 2588 de 2004. Procedimiento
de exclusión de activos y pasivos.*

*Decreto 2587 de 2004. Recursos del fondo
de reserva para la estabilización
de la cartera hipotecaria.*

*Decreto 2211 de 2004. Toma de posesión
y liquidación forzosa administrativa.*

*OFICINAS DE REPRESENTACIÓN DE INSTITUCIONES FINANCIERAS
Y DE REASEGUROS DEL EXTERIOR*

Decreto 2951 de 2004*

(septiembre 13)

por el cual se dictan normas sobre la actividad de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 94 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

Decreta:

Artículo 1º. Régimen de apertura. El régimen de apertura de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguradoras del exterior se regirá por las siguientes reglas:

1. Las instituciones financieras del exterior que pretendan promover o publicitar los productos y servicios que constituyen su objeto social en territorio colombiano o a sus residentes deberán establecer una oficina de representación en Colombia, con arreglo a lo dispuesto en el presente decreto.

Las instituciones financieras del exterior que no tengan establecida una oficina de representación en Colombia deberán abstenerse de realizar actos de promoción o de publicidad de sus servicios en territorio colombiano o a sus residentes, so pena de las sanciones que correspondan. En consecuencia, dichas instituciones no podrán:

- a) Enviar empleados o representantes a territorio colombiano o contratar personas que se encuentren residenciadas en territorio colombiano para que realicen labores de promoción o de publicidad respecto de la institución financiera o acerca de sus servicios;
- b) Realizar, directa o indirectamente, actos de promoción o de publicidad en territorio colombiano o a sus residentes, de la institución o de sus servicios.

2. Las instituciones reaseguradoras del exterior que pretendan promover o publicitar los productos y servicios que constituyen su objeto social en el mercado colombiano o a sus residentes, deberán inscribirse en el Registro de Reaseguradores y Corredores de Reaseguro del Exterior, Reacoex, a cargo de la Superintendencia Bancaria.

Asimismo, las instituciones reaseguradoras del exterior podrán establecer una oficina de representación de conformidad con lo dispuesto en el presente decreto. La autorización para el establecimiento de una oficina de representación de una institución reaseguradora

* Diario Oficial 45.671 del 14 de septiembre de 2004, pág. 1.

del exterior conlleva la inscripción en el Registro de Reaseguradores y Corredores de Reaseguro del Exterior, Reacoex.

3. Para efectos de la apertura de una oficina de representación, las instituciones financieras y de reaseguros del exterior deberán presentar la correspondiente solicitud ante la Superintendencia Bancaria, por intermedio del representante legal o del apoderado de la institución interesada, con el lleno de los requisitos señalados en el artículo 3° del presente decreto. La autorización para establecer una oficina de representación se expedirá por término indefinido.

Parágrafo 1°. Para los efectos de este decreto, se entiende por "promoción o publicidad" cualquier comunicación o mensaje, originado por las entidades a que se refiere el presente artículo, realizado personalmente o utilizando cualquier medio de comunicación, sea este masivo o no, destinado a iniciar, directa o indirectamente, actividades financieras.

Parágrafo 2°. Las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior deberán cumplir con los deberes de todo comerciante, atendiendo las particularidades propias de su naturaleza.

Artículo 2°. *Excepciones al régimen de apertura.* No están obligadas a tener oficina de representación en Colombia:

1. Las instituciones financieras del exterior de carácter multilateral creadas con el propósito de ayudar o contribuir al desarrollo, a la productividad o al mejoramiento del nivel de vida de otros países conforme a su objeto social.
2. Las instituciones financieras del exterior de carácter público que tengan por objeto la financiación o fomento de las exportaciones o de microempresas.
3. Las instituciones financieras del exterior que tengan régimen de derecho público internacional o que actúen como intermediarios de préstamos de gobierno a gobierno.
4. Las instituciones financieras del exterior que participen en préstamos sindicados y no tengan la calidad de agente líder o administrador del préstamo sindicado, y solo cuando sus labores se limiten a las actividades propias de promoción y publicidad del préstamo sindicado.
5. La institución financiera del exterior a la que un residente en el país le haya requerido la prestación de servicios financieros, siempre y cuando la relación se haya iniciado por iniciativa o a petición del residente y sin que haya mediado, para el efecto, algún acto de promoción o de publicidad por parte de la institución financiera del exterior en territorio colombiano o dirigida a sus residentes.
6. Las instituciones financieras del exterior que concedan a los intermediarios del mercado cambiario financiaciones para realizar las operaciones a ellos autorizadas en su calidad de tales, de conformidad con lo dispuesto en el régimen cambiario, y solo cuando sus labores se limiten a las actividades propias de promoción y publicidad de la financiación a los intermediarios del mercado cambiario.
7. Las filiales y subsidiarias de instituciones financieras o reaseguradoras del exterior cuya matriz tenga oficina de representación autorizada en Colombia. Para efectos de la corres-

pondiente autorización, la matriz deberá informarle previamente a la Superintendencia Bancaria que la oficina de representación realizará actos de promoción o publicidad respecto de la matriz y de sus filiales y subsidiarias.

8. Las filiales o subsidiarias establecidas en el extranjero de una institución financiera o reaseguradora establecida en el país, siempre que se cumpla lo dispuesto en el presente decreto, en particular lo señalado en su artículo 4°.

9. La institución financiera o reaseguradora establecida en el extranjero que tenga una filial o subsidiaria establecida en el país y autorizada para realizar actividades financiera o reaseguradora, siempre que se cumpla lo dispuesto en el presente decreto, en particular lo señalado en su artículo 4°.

Parágrafo. Aquellas instituciones financieras o reaseguradoras del exterior que, pese a estar cubiertas por algunas de las excepciones señaladas en el presente artículo, decidan establecer una oficina de representación en Colombia, deberán cumplir con los requisitos señalados para el efecto y obtener previamente de la Superintendencia Bancaria la respectiva autorización para su apertura.

Artículo 3°. *Requisitos para el establecimiento de una oficina de representación.* Las instituciones financieras y reaseguradoras del exterior que conforme a lo dispuesto en el presente decreto, busquen establecer una oficina de representación deberán presentar a la Superintendencia Bancaria la correspondiente solicitud por intermedio del representante legal o del apoderado de la institución interesada, junto con los siguientes documentos en español o con su respectiva traducción oficial a este idioma:

1. Certificado expedido por las autoridades competentes del país de origen en la cual conste su existencia, representación legal y el tipo de operaciones que pueden llevar a cabo, indicando la fecha desde la cual se encuentra autorizada para operar, así como la vigencia de tal autorización.

2. Los estatutos sociales vigentes de la institución solicitante, o bien, la documentación que acredite su constitución legal como institución financiera o reaseguradora.

3. La autorización o conformidad expedida por la autoridad competente del lugar de constitución de la institución solicitante para establecer una oficina de representación en el territorio nacional. Si en la legislación a la que está sujeta la institución solicitante no se requiere dicha autorización o conformidad, se deberá presentar una constancia expedida por la autoridad supervisora o reguladora del país de origen de la institución solicitante en la que se confirme que esta se encuentra sujeta a su supervisión y vigilancia y que no requiere la citada autorización.

4. La resolución o acuerdo de la asamblea, o la resolución del órgano o persona competente de la institución financiera o reaseguradora del exterior que apruebe el establecimiento de la oficina de representación en el territorio nacional.

5. El plan general de funcionamiento de la oficina de representación, que exprese las actividades principales que esta llevará a cabo en Colombia, incluyendo, entre otras, los planes de promoción o de publicidad que pretenda ofrecer en el territorio nacional o a sus residentes.

6. La resolución o acuerdo de la asamblea de socios o accionistas, o la resolución del órgano o persona competente de la institución solicitante, relativo a la designación de la persona natural que actuará como representante de la oficina de representación, así como su hoja de vida, en la que se deberá incluir información suficiente que le permita a la Superintendencia Bancaria hacerse a una idea clara acerca de su solvencia moral y su capacidad técnica y administrativa para cumplir con el encargo.

7. La documentación que acredite las facultades y prohibiciones otorgadas al representante legal de la institución solicitante que promueva el establecimiento de la oficina de representación, señalando un domicilio en el territorio nacional para las notificaciones, así como el nombre de la persona o personas autorizadas para tales efectos. La documentación deberá incluir expresamente la facultad para notificarse judicialmente en representación de la institución financiera o reaseguradora del exterior.

Tratándose de instituciones reaseguradoras del exterior se deberá adjuntar el poder en el cual consten las facultades del representante legal designado para la oficina en Colombia, con indicación de la máxima capacidad de aceptación por riesgo y del máximo cúmulo que se puede reasegurar con su intervención en contratos de exceso de pérdida catastróficos. Cualquier modificación a las facultades deberá ser informada a la Superintendencia Bancaria de manera inmediata.

8. Los estados financieros consolidados y auditados de la institución solicitante, expresados conforme a los principios contables generalmente aceptados en su país de origen, correspondientes a los tres (3) ejercicios previos a la solicitud de autorización.

9. Las medidas de control destinadas a evitar que las operaciones puedan ser utilizadas para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero proveniente de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con la misma.

10. Toda la documentación adicional que la Superintendencia Bancaria le solicite, que le permita a dicha entidad formarse un criterio sobre la idoneidad de la institución financiera o reaseguradora del exterior, de sus administradores, accionistas o del plan de negocios para establecer una oficina de representación en territorio nacional.

Artículo 4º. *Representación de instituciones financieras y reaseguradoras del exterior.* Para efectos de lo dispuesto en los numerales 8 y 9 del artículo 2º del presente decreto, la institución financiera o reaseguradora del exterior deberá obtener la autorización ante la Superintendencia Bancaria para realizar actos de promoción o publicidad conforme el presente decreto, y se someterá a las siguientes reglas especiales:

1. La institución financiera o de reaseguros del exterior deberá designar un representante quien se dedicará de forma exclusiva a promocionar o publicitar los servicios financieros o de reaseguros de la institución representada, en los términos autorizados a las oficinas de representación señalados en el presente decreto. El representante designado deberá cumplir con las calidades y requisitos señalados en el artículo 10 del presente decreto.

2. El representante deberá presentar la documentación pertinente a que se hace referencia en el artículo 3º del presente decreto.

3. Obtenida la autorización, la institución financiera o de reaseguros del exterior designará los funcionarios que cumplirán las labores de promoción o publicidad en los términos autorizados a las oficinas de representación conforme el artículo 6° del presente decreto. Los funcionarios a que se refiere el presente numeral deberán tener dedicación exclusiva y, por consiguiente, no podrán ser funcionarios de la entidad matriz, filial o subsidiaria, según sea el caso, establecida en el país.

4. Obtenida la autorización, la institución financiera o de reaseguros del exterior designará los funcionarios que realizarán labores diferentes de las -mencionadas en el numeral inmediatamente precedente. Los funcionarios a que se refiere el presente numeral podrán ser funcionarios de la entidad matriz, filial o subsidiaria, según sea el caso, establecida en el país.

5. La institución financiera o de reaseguros del exterior y las personas a que se refiere el presente artículo deberán abstenerse de realizar los actos señalados en el artículo 7° del presente decreto, o actos de promoción o publicidad por conducto de funcionarios diferentes a los designados para realizar las labores de promoción o publicidad.

6. La institución financiera o de reaseguros del exterior deberá cumplir con los deberes de información y la remisión de información a que se hace referencia en los artículos 8° y 9° del presente decreto.

7. La institución financiera o de reaseguros del exterior podrá realizar actos de promoción o de publicidad haciendo uso de la red de oficinas de la entidad establecida en el país, con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo. En este evento, la promoción o publicidad de los servicios financieros o de reaseguros deberá realizarse en áreas independientes y debidamente identificadas dentro de las oficinas. El representante de la institución financiera o reaseguradora del exterior deberá informar a la Superintendencia Bancaria, en la forma que esta señale, la apertura y ubicación de las citadas oficinas.

Artículo 5°. *Oficinas de representación de reaseguradoras del exterior.* Las oficinas de representación de reaseguradoras del exterior solo podrán operar en la aceptación o cesión de responsabilidades en reaseguro en nombre y por cuenta de la reaseguradora representada.

En desarrollo de tales actividades, las oficinas de representación de las instituciones reaseguradoras del exterior podrán realizar actos de cobranza, pago, compensación o conciliación de saldos derivados de su actividad, realizados exclusivamente con sus cedentes, retrocesionarios e intermediarios de reaseguro, de acuerdo con las facultades otorgadas para tal efecto y dentro del marco de los convenios celebrados con las instituciones aseguradoras nacionales.

Las oficinas de representación de instituciones reaseguradoras del exterior no podrán actuar directa o indirectamente como compañías de seguros.

Artículo 6°. *Servicios autorizados a las oficinas de representación de instituciones financieras del exterior.* Las instituciones financieras del exterior que tengan establecidas oficinas de representación debidamente autorizadas por la Superintendencia Bancaria solo podrán promover o publicitar a la institución financiera del exterior o los productos y servicios que constituyen su objeto social. En desarrollo de ello, podrán:

1. Realizar las actividades administrativas que guarden relación, exclusivamente, con la promoción o publicidad de la institución financiera del exterior o de sus productos o servicios.

2. Servir de enlace entre la institución financiera del exterior y los clientes y usuarios residentes en Colombia. Para tales efectos, las oficinas de representación podrán:

a) Entregar o recibir del cliente o potencial cliente la documentación que exige la institución financiera del exterior para efectos de la prestación del servicio financiero ofrecido;

b) Asesorar a los clientes sobre los diferentes tipos de riesgos que asumirían con las operaciones;

c) Revelar toda la información necesaria para el adecuado entendimiento por parte de clientes y usuarios de las comisiones, costos y gastos, incluidos los tributarios, en que incurrirán por todo concepto relacionado con la prestación de servicios financieros por parte de la institución financiera del exterior.

La actividad a que se refiere el presente numeral, en ningún momento puede significar la asunción de obligaciones o riesgos propios de la actividad financiera, ni supone la prestación del servicio de cajilla de correo o similares.

3. Efectuar las gestiones de cobranza relacionadas con las operaciones realizadas por la institución financiera del exterior, siempre que se encuentren debidamente autorizadas para ello por la respectiva institución del exterior.

Las gestiones de cobranza indicadas se limitarán a aquellas operaciones de financiamiento otorgadas por la institución representada.

Para los efectos de este decreto, se entiende por "gestión de cobranza" los actos jurídicos o prejurídicos tendientes a generar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los residentes en Colombia de la institución financiera del exterior. Esta actividad, en ningún momento puede significar la autorización para recibir el pago de obligaciones objeto de cobranza.

4. Desarrollar campañas de promoción o publicidad de la institución representada y sus servicios; y,

5. Establecer oficinas promotoras de negocios en lugares diferentes al de su domicilio, las cuales dependerán directamente de la oficina de representación autorizada por la Superintendencia Bancaria, y cuya actividad deberá ceñirse estrictamente a lo señalado en la ley y en el presente decreto. Para el efecto, deberá dar previo aviso del tal hecho a la Superintendencia Bancaria y remitir un documento donde se identifique a la persona que actuará bajo tal condición, así como la dirección y las funciones que desarrollará.

Artículo 7º. *Prohibiciones a las oficinas de representación de instituciones financieras del exterior, representantes y funcionarios.* Las oficinas de representación de instituciones financieras del exterior, sus representantes y funcionarios, deberán atender las siguientes prohibiciones, y en consecuencia no podrán:

1. Llevar a cabo, directa o indirectamente, cualquier actividad financiera que requiera de autorización por parte del Gobierno Nacional o realizar cualquier acto que tenga como propósito la ejecución de dicha actividad.
2. Realizar, directamente o por interpuesta persona, operaciones que impliquen captación de recursos del público mediante valores o en moneda legal o extranjera, u operaciones propias de los intermediarios del mercado cambiario.
3. Formular ofertas sobre los servicios financieros de la institución representada, en los términos señalados en el artículo 845 del Código de Comercio.
4. Representar a la institución financiera del exterior para suscribir o perfeccionar los contratos celebrados con residentes en el territorio nacional.
5. Realizar cualquier actividad relacionada con el cierre, registro o autorización final de las operaciones relacionadas con la prestación de servicios financieros por parte de la institución financiera del exterior.
6. Efectuar o recibir, directamente o por interpuesta persona, dinero o valores en pago de operaciones realizadas por la institución financiera del exterior representada, o cualquier otro acto que implique el ejercicio de actividades prohibidas por el presente decreto.
7. Obligarse directa o indirectamente en las operaciones que promuevan.
8. Efectuar cualquier actividad mercantil diferente de aquellas indispensables para la prestación de los servicios autorizados por la ley o el presente decreto.

Artículo 8º. *Deber de información de las oficinas de representación.* Las oficinas de representación de instituciones financieras o reaseguradoras del exterior se identificarán con un aviso expuesto al público en el cual anuncien su condición de oficina de representación de una institución financiera o reaseguradora del exterior.

En el desarrollo de sus actividades autorizadas, deberán manifestar expresamente a sus clientes y usuarios que los productos y servicios que promueven son prestados por la institución financiera o reaseguradora del exterior e ilustrarlos detalladamente acerca de las condiciones jurídicas, financieras, contables, comerciales y administrativas en que esta desarrolla sus operaciones; el alcance de sus responsabilidades como oficina de representación; la responsabilidad que la institución financiera o reaseguradora del exterior asume frente a los servicios ofrecidos, las características principales de la supervisión que ejercen las autoridades respectivas sobre la institución representada y si la institución representada cuenta o no con seguro de depósitos que ampare la operación que está promoviendo o publicitando la oficina de representación y los límites en que este opera.

Artículo 9º. *Remisión de información de las oficinas de representación.* Las oficinas de representación, a través de sus representantes, y los representantes para Colombia de instituciones financieras o reaseguradoras del exterior, deberán remitir a la Superintendencia Bancaria la información que dicha Superintendencia les solicite, con la periodicidad indicada y en los formatos señalados por el ente de supervisión.

Artículo 10. *Calidades y requisitos para ser representante.* La representación legal en Colombia de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior, estará a cargo de una persona natural debidamente inscrita y posesionada para tal efecto ante la Superintendencia Bancaria, de conformidad con lo establecido en el literal g) del numeral 2 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

No podrá desempeñarse como representante de una oficina de representación quien sea administrador de otra oficina de representación, ni los administradores, representantes legales o empleados de instituciones financieras, aseguradoras o intermediarios de seguros o de reaseguros establecidos en Colombia.

Artículo 11. *Facultades de la Superintendencia Bancaria.* Le corresponde a la Superintendencia Bancaria verificar el cumplimiento del presente decreto, y ejercer sobre las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior la inspección, vigilancia y control con las mismas facultades con que cuenta para supervisar a las instituciones del sector financiero y asegurador.

El incumplimiento de lo dispuesto en el presente decreto será sancionado por la Superintendencia Bancaria en la forma prevista en los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Adicionalmente, y en aplicación del numeral 2 del artículo 208 del mismo Estatuto, la Superintendencia Bancaria podrá ordenar la clausura de la oficina de representación y la remoción del representante.

Sin perjuicio del ejercicio de sus atribuciones cuando corresponda, la Superintendencia Bancaria en el evento del incumplimiento a lo establecido en el segundo inciso del numeral 1 del artículo 1º del presente decreto, procederá a informar al organismo de regulación y de supervisión de la institución financiera infractora el desconocimiento a las normas de promoción y publicidad de servicios financieros o aseguradores en territorio colombiano o a residentes en Colombia, establecidas en el presente decreto.

Artículo 12. *Obligación de ajuste de las oficinas de representación autorizadas.* Las oficinas de representación que al momento de la promulgación del presente decreto hayan sido autorizadas para la realización de las actividades que le son propias, deberán ajustarse a lo dispuesto en el presente decreto en un plazo máximo de seis (6) meses contados a partir de la vigencia del presente decreto.

Artículo 13. *Vigencia y derogatorias.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su promulgación, y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

*PROCEDIMIENTO DE EXCLUSIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS***Decreto 2588 de 2004***

(agosto 13)

Por el cual se reglamenta la medida de exclusión de activos y pasivos de establecimientos de crédito.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las previstas en los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, y en los artículos 48, 52, 113, 114 numeral 1, 320, y 326 numerales 5 y 6 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

Decreta:

Artículo 1º. *Procedencia y alcance de la medida.* De conformidad con el numeral 11 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la exclusión de activos y pasivos es una medida cautelar que procede, a juicio del Superintendente Bancario y previo concepto del Consejo Asesor de la Superintendencia Bancaria, para prevenir que un establecimiento de crédito incurra en causal de toma de posesión o para subsanarla, o que se adopta para complementar una medida de toma de posesión, y que tiene por objeto la transferencia de bienes de propiedad de la entidad sobre la que recae la medida, así como la cesión de pasivos a cargo de la misma.

Artículo 2º. *Coordinación interinstitucional.* Con el fin de garantizar la coordinación interinstitucional entre la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, que debe preceder a la adopción de la medida de exclusión de activos y pasivos, y establecer las implicaciones financieras que se pueden derivar para el Fondo por la implementación de la misma, así como para determinar las acciones que sería necesario desplegar en forma previa y los estimativos de tiempo requeridos para el efecto, se adelantarán las actuaciones que sean necesarias entre la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras previo a la adopción de la medida de exclusión de activos y pasivos, debe producir un informe con destino a la Superintendencia Bancaria que contenga el concepto del Fondo sobre la procedencia de la medida, desde el punto de vista de las implicaciones financieras de la misma respecto del patrimonio del Fondo y respecto de la viabilidad de su implementación, en lo relacionado con la adjudicación de los pasivos que serían objeto de exclusión y la relación de correspondencia entre estos y los activos materia de exclusión, conforme a la información disponible. La Superintendencia Bancaria considerará el informe enviado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, con base en este y a su juicio determinará la procedencia de la medida.

* Diario Oficial 45.643 del 17 de agosto de 2004, pág. 11.

La Superintendencia Bancaria pondrá a disposición del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras la información de que disponga y que pueda ser relevante para el cumplimiento de las actuaciones a cargo del Fondo, sin perjuicio de la que este le solicite para el efecto.

Parágrafo 1º. Teniendo en cuenta su carácter de medida cautelar, la resolución mediante la cual la Superintendencia Bancaria ordene a un establecimiento de crédito adelantar la medida de exclusión de activos y pasivos será de cumplimiento inmediato y se notificará personalmente al representante legal o, si no fuere posible, mediante aviso que se fijará en las oficinas de la administración del domicilio social de la entidad. En consecuencia, el recurso de reposición no suspenderá la ejecución de la medida.

Parágrafo 2º. Los administradores de la entidad sujeto de la medida de exclusión de activos y pasivos deberán prestar la más amplia colaboración a las autoridades para la ejecución de las decisiones adoptadas y ningún acto dispositivo sobre los activos o pasivos excluidos, diferente a la transferencia que de los mismos debe hacerse conforme a la orden impartida, podrá realizarse válidamente a partir de la notificación de la decisión que la ordena, sin la autorización expresa y escrita del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Cualquier información de que dispongan los administradores y que corresponda a situaciones que puedan afectar en cualquier sentido el cumplimiento de la medida, deberá ser puesta de inmediato en conocimiento del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Artículo 3º. *Reglas por las cuales se rige la exclusión de activos y pasivos.* La medida de exclusión de activos y pasivos se adelantará dando cumplimiento a las siguientes reglas:

1. Pasivos a excluir: De conformidad con el artículo 113, numeral 11, literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero son objeto de exclusión los pasivos originados en la captación de depósitos del público a la vista o a término, que son aquellos cubiertos por el seguro de depósitos que administra el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

En caso de que la Superintendencia Bancaria, dentro del marco de sus facultades legales, establezca la existencia de pasivos subvaluados o sobrevaluados, procederá a ordenar los ajustes contables a que haya lugar, con anterioridad a la adopción de la misma.

La transferencia de los pasivos resultantes de la exclusión se producirá de pleno derecho, sin perjuicio del aviso que se dará a los titulares de los pasivos objeto de exclusión respecto de la medida adoptada. La publicación del mencionado aviso la ordenará el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en un diario de amplia circulación nacional, dentro de los tres días hábiles siguientes a la adopción de la medida de exclusión de activos y pasivos, en el cual se indicará el alcance de la misma respecto de los pasivos, de acuerdo con lo dispuesto por la Superintendencia Bancaria, y el o los puntos de atención establecidos para informar a los titulares de los pasivos excluidos sobre la entidad o entidades a las cuales fueron transferidos los mismos, así como el período en que dichos puntos de atención estarán operando, que no será inferior a quince días hábiles.

Además de lo anterior, la entidad que haya adquirido un pasivo excluido enviará al titular del mismo una comunicación a la última dirección que tuviere registrada en la entidad sujeto de la medida, tan pronto como le sea posible, en la que le informará sobre la medida adoptada, la transferencia realizada, los cambios que se hayan dispuesto por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en cuanto a las condiciones del depósito, la oficina en

la que en principio se radicarán el mismo y los demás aspectos que se consideren necesarios, todo con el fin de procurar que se preserve de la mejor manera la prestación del servicio al respectivo usuario.

2. Para la exclusión de los pasivos a los establecimientos de crédito de que trata el numeral primero del presente artículo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 113, numeral 11, literal b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se procederá de la siguiente forma:

Una vez adoptada la medida de exclusión, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras convocará a una subasta a los demás establecimientos de crédito diferentes al sujeto de la medida, la cual se deberá realizar tan pronto como sea posible, a juicio del Fondo, con el objeto de que dichos establecimientos de crédito presenten posturas de adjudicación de los pasivos excluidos. Al hacer la convocatoria, que se surtirá mediante comunicación dirigida a todos los establecimientos de crédito con aptitud legal de participar, el Fondo dispondrá la forma bajo la cual se realizará la subasta que podrá efectuarse en cualquier día hábil o no hábil.

Tendrán aptitud legal para participar en la subasta los establecimientos de crédito que, de acuerdo con el último reporte remitido a la Superintendencia Bancaria para el momento de la adopción de la medida de exclusión de activos y pasivos, se encuentren cumpliendo las normas de capital adecuado.

3. El establecimiento de crédito que es sujeto de la medida de exclusión de activos y pasivos tendrá a su cargo el manejo de los pasivos excluidos mientras se perfecciona la transferencia, para cuyo efecto deberá atender las directrices e instrucciones que imparta el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

4. La Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, determinará en cada caso, el procedimiento, y los destinatarios de las transferencias de los pasivos objeto de exclusión.

La Superintendencia Bancaria a solicitud del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, suministrará la información de la que disponga o pueda disponer y que a juicio de aquel sea necesaria para el ejercicio de la facultad prevista en este numeral.

5. La Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras definirá, en cada caso, las condiciones en las cuales podrá ordenarse la reprogramación de plazos y/o la reducción de tasas, según corresponda, de conformidad con lo previsto en el artículo 320, numeral 10 literales a) y b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Teniendo en cuenta la naturaleza cautelar de la medida de exclusión de activos y pasivos, las decisiones adoptadas, que tienen carácter obligatorio para las partes, serán de cumplimiento inmediato, sin perjuicio de los recursos que se lleguen a formular contra la decisión.

Para la adopción de las decisiones sobre reprogramación de vencimientos, sobre determinación de plazos o sobre reducción obligatoria de tasas de interés, la Superintendencia Bancaria le suministrará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras la información requerida por esta entidad para el cumplimiento de ese objetivo.

6. Activos a excluir: La Superintendencia Bancaria, en el acto administrativo mediante el cual se adopte la medida de exclusión de activos y pasivos, determinará los activos a excluir conforme a la selección que de ellos haya efectuado previamente el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Asimismo, ordenará al establecimiento de crédito cumplir las siguientes reglas u obligaciones:

a) La constitución de la provisión de que trata el numeral 13 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; y

b) La realización de todos aquellos ajustes contables que la Superintendencia Bancaria considere necesarios, dentro del marco legal de sus facultades.

Parágrafo. Con el objeto de disponer de la información que permita determinar con la oportunidad requerida el monto de la provisión que, en el evento de adopción de una medida de exclusión de activos y pasivos, debe constituirse por la entidad que es sujeto de la misma para el pago de las acreencias laborales, prestaciones sociales y/o indemnizaciones legales o convencionales existentes, para garantizar el pago de los mismos, la Superintendencia Bancaria adoptará las medidas para que los establecimientos de crédito dispongan, dentro de los plazos que para el efecto se establezcan, de programas de computador que permitan hacer en forma automática los cálculos necesarios, así como también las medidas en orden a que las entidades mantengan en todo tiempo bases de datos actualizadas con la información del personal necesaria para hacer los referidos cálculos.

7. Con cargo al patrimonio que se conforme con los activos excluidos se emitirán títulos representativos de derechos sobre dichos activos, por un monto equivalente al de los pasivos excluidos, cuyas clases y condiciones serán fijadas por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, conforme a las siguientes reglas:

a) Plazo: El plazo de vencimiento de los títulos emitidos no puede exceder la duración del patrimonio constituido en desarrollo de la medida de exclusión;

b) Tasa: La tasa promedio de los títulos a emitir no será superior a la tasa promedio ponderada a la que rentan los activos excluidos, descontados los costos de administración del patrimonio y el efecto estimado de los activos improductivos en el flujo de caja del patrimonio, todo según la estimación que con la información disponible haga el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras al momento de establecer las condiciones de los títulos.

En todo caso, la determinación que al respecto adopte el Fondo no constituye garantía de pago del capital o de los intereses de los títulos que emita el patrimonio constituido con los activos excluidos, siendo entendido que el administrador del mismo asume obligaciones de medio y no de resultado en relación con la gestión a su cargo;

c) Condiciones equivalentes: La Junta establecerá que los títulos a entregar al Banco de la República tendrán condiciones equivalentes a aquellos a entregar a los establecimientos de crédito.

8. Los títulos de que trata el artículo 113, numeral 11, literal g) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, emitidos por el patrimonio constituido conforme a lo establecido en el

literal c) del mismo artículo, podrán ser pagados a los receptores de tales títulos en bienes que hayan sido transferidos a dicho patrimonio o que se hayan generado por el mismo, incluso antes de su vencimiento:

a) Cuando la decisión sea adoptada por un número plural de acreedores que represente la mitad más uno del valor insoluto de los títulos emitidos en la fecha en que se adopte la decisión. Para el efecto, el administrador del patrimonio constituido con los activos excluidos hará la citación a solicitud de tenedores de títulos que representen el 20% o más del valor insoluto de dichos títulos en circulación, citación que se hará en la forma que se indique en el contrato que se celebre con dicho administrador; y

b) Cuando quiera que los recursos disponibles sean insuficientes para cubrir los gastos de administración de los bienes existentes en el patrimonio constituido con los activos excluidos y los tenedores de los títulos no provean los recursos necesarios para cubrir dichos gastos a requerimiento del administrador del patrimonio constituido con los activos excluidos.

9. Al patrimonio constituido en desarrollo de la medida de exclusión de activos y pasivos deben ser transferidos, activos por un valor equivalente al de los pasivos excluidos, cuando esto sea posible. En cuanto a los activos deberán descontarse las especies identificables que perteneciendo a otras personas se encuentren en poder de la entidad sujeto de la medida y estén registradas en el balance, así como descontando también el efecto de la provisión a que se refiere el literal a) del numeral 6 del presente artículo. Adicionalmente, serán transferidos a dicho patrimonio activos por la diferencia positiva, si la hay, entre los activos restantes y el pasivo externo, cuyo pago quedará a cargo del establecimiento de crédito que es sujeto de la medida. Para tal efecto, deberá tenerse en cuenta el último balance disponible, con inclusión de los ajustes contables que haya ordenado la Superintendencia Bancaria, cuando fuere del caso.

10. Los activos que equivalgan al valor de la provisión constituida con arreglo al numeral 13 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a lo previsto en el literal a) del numeral 6 del presente artículo, se destinarán preferentemente al pago de las obligaciones a que la primera disposición mencionada se refiere y el remanente, si lo hubiere, podrá destinarse al pago de otras acreencias de las que conforman el pasivo externo a cargo de la entidad sujeto de la medida de exclusión de activos y pasivos.

Artículo 4º. *Implicación de la transferencia de activos y pasivos objeto de exclusión.* La transferencia de los activos objeto de la medida de exclusión supone la transferencia de las garantías, privilegios o derechos asociados con los mismos, así como también conlleva la asunción de las obligaciones conexas o derivadas de dichos créditos.

Artículo 5º. *Programa de ajuste.* Los establecimientos de crédito a los cuales se transfieran los pasivos a que se refiere el literal b), numeral 11 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero podrán, por separado, convenir con la Superintendencia Bancaria programas de ajuste en los cuales cuando sea del caso se determinarán reglas especiales para el cumplimiento de normas relacionadas con contribuciones a la Superintendencia Bancaria, límites a la concentración de inversiones, normas de regulación prudencial en cuyo respectivo régimen legal se contemple expresamente esta posibilidad, considerando para el efecto, la implicación que para el establecimiento de crédito solicitante tenga la recepción de los

títulos que se entregan como contrapartida de los pasivos asumidos en virtud de la transferencia que se deriva de la exclusión.

El Superintendente Bancario establecerá las condiciones en las que se deberá suscribir cada programa de ajuste, los cuales en cada caso podrán tener una duración de un año, prorrogable por uno más.

Vencido el término de duración del programa de ajuste convenido, el respectivo establecimiento de crédito deberá dar cumplimiento a las disposiciones a que se refiere el presente artículo en la forma ordinaria.

Artículo 6º. *Límite a los apoyos y garantías otorgados por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras respecto de la adopción y ejecución de la medida de exclusión de activos y pasivos.* Las obligaciones que asuma el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras por concepto de la suscripción de títulos de deuda subordinada y por el otorgamiento de otros apoyos para darle liquidez a los activos excluidos, con arreglo a lo previsto en los literales f) y h) del numeral 11 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no podrán superar el valor del pago que el Fondo haría por concepto de seguro de depósito en caso de que la entidad entrara en un proceso de liquidación, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 6 del artículo 320 del mismo Estatuto.

Artículo 7º. *Liquidación del establecimiento de crédito objeto de la medida.* El establecimiento de crédito que sea sujeto de la medida de exclusión de activos y pasivos podrá ser sujeto de toma de posesión para liquidar en los términos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Artículo 8º. *Entrega de remanentes en el proceso de liquidación del establecimiento de crédito objeto de la medida de exclusión de activos y pasivos.* Dentro de los activos excluidos deberán quedar comprendidos aquellos que eventualmente pudieran quedar en el balance del establecimiento de crédito sujeto de la medida de exclusión de activos y pasivos, una vez cancelado el pasivo externo, caso en el cual los activos deberán ser transferidos tan pronto como sea posible, previa autorización del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, la cual podrá ser negada cuando, a juicio de quien se determine en el contrato que se celebre para la administración del patrimonio constituido con los activos excluidos, la capacidad de generación de efectivo de los activos a transferir no sea positiva, teniendo en cuenta los gastos en que se deba incurrir para cumplir con ese cometido o cuando la calidad o el eventual valor de realización de los activos a transferir o su situación jurídica no lo justifiquen.

Artículo 9º. *Régimen especial de exclusión de activos y pasivos aplicable a instituciones financieras públicas en situación de reorganización o desmonte.* De conformidad con el parágrafo del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la exclusión de activos y pasivos será también aplicable dentro del marco de un proceso de reorganización o de un proceso de desmonte total o parcial de una institución financiera que tenga el carácter de establecimiento de crédito y en cuyo capital participe mayoritariamente la Nación, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras u otras entidades de derecho público.

Para el efecto, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, siempre que a su juicio, la medida pueda ser aplicada, elaborará un documento que contenga las bases sobre las cuales se podrá realizar la exclusión de activos y pasivos, de acuerdo a la información que le provea la Superintendencia Bancaria y la que le suministre la entidad que sería destinataria de

la medida, el cual deberá ser aprobado por el máximo órgano social de la entidad financiera pública que vaya a ser sujeto de dicha medida. En el mencionado documento se indicará cuáles son los pasivos que, en adición a los previstos en el artículo 113, numeral 11, literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero pueden ser excluidos del proceso a seguir para la exclusión y, en el evento en que se haya previsto, los términos bajo los cuales se otorgaría garantía para respaldar los activos transferidos, con cargo a recursos del presupuesto nacional que se asignen para tal fin.

Artículo 10. *Correspondencia entre el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas.* Para los efectos previstos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 113, numeral 11, las menciones al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras que se hagan en el presente decreto, se entenderán también efectuadas al Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, siempre que se trate de operaciones realizadas con entidades cooperativas inscritas en dicho Fondo.

Artículo 11. *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

*RECURSOS DEL FONDO DE RESERVA PARA LA
ESTABILIZACIÓN DE LA CARTERA HIPOTECARIA*

Decreto 2587 de 2004*

(agosto 13)

Por el cual se modifican los Decretos 2670 de 2000, 1163 de 2001, 2868 de 2001 y 3174 de 2002.

El Presidente de la República de Colombia

en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las previstas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en los artículos 48 y 49 de la Ley 546 de 1999,

Decreta:

Artículo 1º. El artículo 1º del Decreto 2670 de 2000, modificado por el artículo 1º del Decreto 1163 de 2001, quedará así:

* Diario Oficial 45.643 del 17 de agosto de 2004, pág. 11.

"Artículo 1°. Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria, FRECH. En desarrollo de la autorización prevista en el artículo 48 de la Ley 546 de 1999, créase el Fondo de Reserva para la Estabilización de la Cartera Hipotecaria, FRECH, administrado por el Banco de la República, como un fondo-cuenta de la Nación. Con tal propósito, el FRECH podrá ofrecer cobertura contra el riesgo referido a la evolución del diferencial multiplicativo entre la tasa de interés DTF efectiva anual y la tasa efectiva anual de crecimiento de la UVR, en las condiciones descritas en el artículo 3° del Decreto 2670 de 2000, solamente para el saldo de cartera vigente de vivienda individual de largo plazo registrada a 31 de diciembre de 2000 en los balances de los establecimientos de crédito y hasta el agotamiento de los recursos que por ley se le han asignado para el cumplimiento de tal finalidad. Los pagos que se realicen por este concepto estarán supeditados a las apropiaciones presupuestales respectivas".

Artículo 2°. El numeral 1 del artículo 2° del Decreto 2670 de 2000, quedará así:

1. "Los recursos provenientes del impuesto a la remuneración del encaje establecido en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 546 de 1999, serán retenidos al momento del pago al respectivo establecimiento y consignados directamente en el FRECH. Los recursos provenientes de este impuesto que fueron recaudados por el Banco de la República a partir del mes siguiente a la fecha de entrada en vigencia de la mencionada ley hasta la fecha del presente decreto y que fueron trasladados a la Nación, deberán ser solicitados en devolución con destino al FRECH a la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para lo cual bastará la solicitud que en tal sentido presente a dicha Dirección el representante legal del Banco de la República".

Artículo 3°. El párrafo del artículo 2° del Decreto 2670 de 2000, quedará así:

"Párrafo. El Banco de la República, en su calidad de administrador, deberá separar en dos cuentas los recursos del FRECH. Una de las cuentas se utilizará para registrar los recursos efectivamente apropiados, los cuales pueden ser ejecutados por el FRECH para el cumplimiento de su finalidad. La otra cuenta se utilizará para registrar las sumas no apropiadas, hasta el momento en que se surta dicho procedimiento por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los movimientos que se realicen solo pueden corresponder a la operación del FRECH, previo el cumplimiento de las normas legales respectivas".

Artículo 4°. El artículo 3° del Decreto 2670 de 2000, modificado por el artículo 2° del Decreto 1163 de 2001, los artículos 1° y 2° del Decreto 2868 de 2001 y el artículo 1° del Decreto 3174 de 2002, quedará así:

"Artículo 3°. Contrato de opción. Los establecimientos de crédito que decidan contratar la cobertura que ofrezca el FRECH, deberán celebrar con el Banco de la República, en su calidad de administrador del Fondo, contratos de opción europea tipo CAP para cubrir el diferencial multiplicativo que se genera en el evento en que la DTF real supere el nivel pactado en el contrato de opción europea tipo CAP durante cualquier mes de vigencia del mismo, liquidado con base en el monto notional pactado en el contrato respectivo. Para tal efecto se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. Alcance de la cobertura. El monto nocional máximo para el cual puede ofrecer cobertura el FRECH, es equivalente al saldo de la cartera vigente de vivienda individual de largo plazo registrada por el establecimiento de crédito a 31 de diciembre de 2000. Si al momento de realizar una oferta, el establecimiento ha contratado anteriormente alguna cobertura con el FRECH, al monto nocional máximo se le descontarán las coberturas previas.

2. Plazo de los contratos de cobertura. El plazo de los contratos de opción será de dos, tres o cuatro años. Las fechas de las ofertas de opciones que realice el administrador del FRECH en los años 2005 y 2006, corresponderán al mismo día y mes calendario de la oferta que realice en el año 2004, siempre y cuando los recursos del FRECH no se hayan agotado. La vigencia de cada contrato comenzará el primer día calendario del mes inmediatamente siguiente a aquel en que se realice la respectiva oferta anual de las opciones. Durante el plazo del contrato la cobertura se liquidará mensualmente y se pagará dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la liquidación de la misma.

3. Condiciones especiales del contrato de cobertura. Los contratos de opción cubrirán un monto nocional de cartera a la que se refiere el presente decreto, equivalente a un múltiplo de mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00). El administrador del FRECH podrá celebrar con las entidades autorizadas para acceder a la cobertura, acuerdos marco para la celebración de los contratos de cobertura a los que se refiere este decreto, en donde se regularán los derechos y obligaciones de las partes y el procedimiento para la suscripción, liquidación y pago, entre otros, de los respectivos contratos.

4. Oferta y valoración de las opciones.

a) El Comité de Inversiones del FRECH determinará las fechas de oferta de opciones, que será un día específico de cada año comenzando en 2004 y por espacio de tres años siendo la última oferta en el año 2006;

b) El administrador del Fondo valorará opciones CAP sobre la tasa de interés DTF real anual desde cuatro por ciento (4%) y hasta ocho por ciento (8%), con incrementos de cincuenta (50) puntos básicos. Las series de datos usados en la valoración deberán contener información hasta el mes inmediatamente anterior al momento de la valoración. La metodología de valoración que se usará se describirá en el convenio previsto en el artículo 6° del Decreto 2670 de 2000;

c) El administrador del Fondo valorará una prima de descuento por asimetría de acuerdo a lo establecido en el convenio previsto en el artículo 6° del presente decreto, mediante la cual se reconoce la obligación limitada contenida en los contratos de cobertura. Esta prima será descontada del valor de cada opción CAP que determine y publique el administrador del FRECH cada año;

d) El Comité de Inversiones del FRECH presentará cada año, en los quince (15) días inmediatamente anteriores a la fecha establecida para la suscripción de los contratos, el valor máximo neto de las opciones por cada mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00) de cartera inscrita, en sus diferentes posibilidades de plazo y tasa de referencia. Este valor incluirá la prima de descuento por asimetría mencionada en el literal anterior, calculada sobre un monto nocional de cuatro billones de pesos (\$4.000.000.000.000.00) para un

contrato de opción CAP con una tasa de interés del seis por ciento (6%) y un plazo de cuatro (4) años;

e) Con una antelación mínima de tres (3) días a la fecha límite de ingreso al mecanismo mencionado en el literal anterior, cada entidad determinará la tasa aplicable a la cobertura del contrato de opción CAP, así como el monto nocional y la duración del mismo;

f) Las entidades deberán suscribir los contratos a más tardar el día hábil inmediatamente anterior a la fecha de su entrada en vigencia, una vez se haya realizado la correspondiente oferta de opciones CAP por el administrador del FRECH. De no hacerlo, deberán esperar al siguiente año para reiniciar el proceso de solicitud de cobertura en los términos anteriormente descritos.

5. Pago de la prima de las opciones. La prima neta de las opciones podrá ser pagada en un número de cuotas iguales al número de años de duración del contrato. Cada cuota deberá pagarse al principio del año correspondiente, en la fecha estipulada en el contrato. Al valor de las cuotas a financiar se le cobrará una tasa de interés que será fijada por el Comité de Inversiones del FRECH. La mora en el pago de las cuotas en el plazo pactado dará lugar a la suspensión de la cobertura y a la terminación del contrato, en este evento, el valor de la financiación causada se debitará de la cuenta de depósito que el establecimiento posee en el Banco de la República.

6. Liquidación de las obligaciones. Con corte al último día de cada mes el administrador calculará la tasa de interés real partiendo de la DTF promedio del mes y de la tasa efectiva anual de crecimiento de la UVR, publicadas por el Banco de la República, de conformidad con lo establecido en el convenio a que se hace referencia en el artículo 6° del Decreto 2670 de 2000. A partir de este cálculo establecerá, si es del caso, los pagos a favor de las entidades que adquieran la opción tipo CAP. El valor correspondiente será consignado en la cuenta que el establecimiento posee en el Banco de la República, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha del mencionado cálculo.

7. Agotamiento de los recursos. Cuando se agoten los recursos del FRECH, los pagos del último mes en que se efectúe la liquidación de los contratos de cobertura se harán a prorrata de acuerdo con los pagos que se hubieran tenido que realizar a los distintos contratos, de no haberse agotado tales recursos.

8. Manejo de los contratos. Los contratos de opción CAP previstos en el presente decreto podrán ser desmaterializados.

9. Finalización de la cobertura. Terminado el último contrato de cobertura que haya firmado el FRECH, los fondos restantes con que cuente el fondo se trasladarán al Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

Artículo 5°. El artículo 5° del Decreto 2670 de 2000, quedará así:

"Artículo 5°. Inversión de los recursos del FRECH. El Banco de la República invertirá los recursos del FRECH con criterios de seguridad, liquidez y rentabilidad, en los términos y condiciones que establezca el Comité de Inversiones del FRECH de que trata el artículo 7° del Decreto 2670 de 2000".

Artículo 6°. El artículo 8° del Decreto 2670 de 2000, modificado por el artículo 5° del Decreto 1163 de 2001, quedará así:

"Artículo 8°. Contabilidad. El Banco de la República llevará una contabilidad separada del FRECH, sujetándose a los principios y normas que rigen para el Banco, que pondrá a disposición de la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, luego de finalizar cada semestre calendario. Aunque los pagos de las obligaciones generadas en los contratos a los que se refiere el presente decreto se realicen anualmente, cada mes se contabilizarán las posiciones pasivas o activas de cada una de las partes".

Artículo 7°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el artículo 4° del Decreto 2670 de 2000, modificado por el artículo 3° del Decreto 1163 de 2001 y los artículos 3° y 6° del Decreto 2868 de 2001.

TOMA DE POSESIÓN Y LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA

Decreto 2211 de 2004*

(julio 8)

Por medio del cual se determina el procedimiento aplicable a las entidades financieras sujetas a toma de posesión y liquidación forzosa administrativa.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las previstas en los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999,

Decreta:

Título I

Normas generales sobre toma de posesión

Capítulo I

Medidas y efectos

Artículo 1°. *Toma de posesión y medidas preventivas.* De conformidad con el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999, la toma de posesión tendrá por objeto establecer si la entidad vigilada debe ser objeto de liquidación; si es posible colocarla en condiciones de desarrollar

* Diario Oficial 45.604 del 9 de julio de 2004, pág. 2.

adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias. La decisión correspondiente deberá adoptarse por la Superintendencia Bancaria en un término no mayor de dos (2) meses contados a partir de la fecha de la toma de posesión, prorrogable por un término igual por dicha entidad, previo concepto del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Para el efecto, la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras durante dicho plazo, mantendrán mecanismos de coordinación e intercambio de información sobre los antecedentes, situación de la entidad, posibles medidas a adoptar y demás acciones necesarias, para lo cual designarán a los funcionarios encargados de las distintas labores derivadas del proceso.

Lo anterior no impedirá que la Superintendencia Bancaria adopte las medidas previstas en el inciso tercero del artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 21 de la Ley 510 de 1999.

El acto administrativo que ordene la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada por la Superintendencia Bancaria dispondrá las siguientes medidas preventivas:

1. Medidas preventivas obligatorias

- a) La inmediata guarda de los bienes de la institución financiera intervenida y la colocación de sellos y demás seguridades indispensables;
- b) La orden de registro del acto administrativo que dispone la Toma de Posesión en la Cámara de Comercio del domicilio de la intervenida y en las del domicilio de sus sucursales; y, si es del caso, la de los nombramientos de los administradores y del revisor fiscal;
- c) La comunicación al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para que proceda a nombrar el Agente Especial;
- d) La comunicación a los jueces de la República y a las autoridades que adelanten procesos de jurisdicción coactiva, sobre la suspensión de los procesos de la ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase contra la entidad objeto de toma de posesión con ocasión de obligaciones anteriores a dicha medida, y la obligación de dar aplicación a las reglas previstas por los artículos 99 y 100 de la Ley 222 de 1995;
- e) La advertencia que, en adelante, no se podrá iniciar ni continuar procesos o actuación alguna contra la intervenida sin que se notifique personalmente al Agente Especial, so pena de nulidad;
- f) La comunicación a la Superintendencia de Notariado y Registro, para que dicha entidad mediante circular ordene a todos los Registradores de Instrumentos Públicos que dentro de los treinta días siguientes a la toma de posesión, realicen las siguientes actividades y se abstengan de adelantar las que se mencionan a continuación:

Informar al agente especial sobre la existencia de folios de matrícula en los cuales figure la entidad intervenida como titular de bienes o cualquier clase de derechos; disponer el registro de la toma de posesión en los folios de matrícula de los bienes inmuebles de la institución financiera intervenida; cancelar los embargos decretados con anterioridad a la fecha de la adopción de la medida de toma de posesión que afecten los bienes de la intervenida; y cancelar los gravámenes que recaigan sobre los bienes de la institución financiera intervenida a solicitud elevada sólo por el Agente Especial mediante oficio.

Se deberá advertir además a los Registradores para que se abstengan de cancelar los gravámenes constituidos a favor de la intervenida sobre cualquier bien cuya mutación esté sujeta a registro, salvo expresa autorización del Agente Especial; así como de registrar cualquier acto que afecte el dominio de bienes de propiedad de la intervenida a menos que dicho acto haya sido realizado por la persona mencionada, caso en el cual deben cancelar la respectiva anotación sobre el registro de toma de posesión;

g) La comunicación al Ministerio de Transporte, para que dicha entidad directamente o mediante solicitud a todas las Secretarías de Tránsito y Transporte proceda a realizar la inscripción de la medida de toma de posesión en el registro de automotores correspondiente o en el registro único nacional de tránsito; para que cancelen los embargos decretados con anterioridad a la fecha de la adopción de la medida de toma de posesión que afecten los vehículos de la intervenida; para que cancelen los gravámenes que recaigan sobre los vehículos de la institución financiera intervenida a solicitud unilateral del Agente Especial mediante oficio; para que se abstengan de cancelar los gravámenes constituidos sobre vehículos a favor de la institución financiera intervenida, cuya mutación esté sujeta a registro, salvo expresa autorización del Agente Especial; y para que se abstengan de registrar cualquier acto que afecte el dominio de vehículos de propiedad de la intervenida a menos que dicho acto haya sido realizado por la persona mencionada;

h) La prevención a todo acreedor, y en general a cualquier persona que tenga en su poder activos de propiedad de la institución financiera intervenida, para que proceda de manera inmediata a entregar dichos activos al Agente Especial;

i) La advertencia de que el Agente Especial está facultado para poner fin a cualquier clase de contratos existentes al momento de la toma de posesión, si los mismos no son necesarios. Si se decide la liquidación, los derechos causados hasta la fecha de la intervención serán reconocidos y pagados de conformidad con las reglas que rigen el proceso de liquidación forzosa administrativa, especialmente las previstas en el presente decreto;

j) La prevención a los deudores de la intervenida que sólo podrán pagar al Agente Especial, advirtiéndolo la inoponibilidad del pago hecho a persona distinta, así como el aviso a las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre la adopción de la medida, para que procedan de conformidad;

k) La prevención a todos los que tengan negocios con la intervenida, que deben entenderse exclusivamente con el Agente Especial, para todos los efectos legales;

l) La designación del funcionario comisionado para ejecutar la medida, quien podrá solicitar que se decreten y practiquen las medidas necesarias para dar cumplimiento a la toma de posesión.

2. Medidas preventivas facultativas. El acto administrativo podrá disponer también las siguientes medidas:

a) La separación de los administradores, directores, y de los órganos de administración y dirección así como del revisor fiscal, salvo en los casos que la Superintendencia Bancaria determine lo contrario, de conformidad con el artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sin perjuicio de la facultad de removerlos con posterioridad. En caso de remoción del Revisor Fiscal, su reemplazo será designado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;

b) La orden de suspensión de pagos de las obligaciones causadas hasta el momento de la toma de posesión, cuando sea del caso, sin perjuicio de la facultad de ordenar esta medida posteriormente.

Parágrafo 1º. Para todos los efectos y especialmente para los previstos en el literal n) del numeral 9 del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Superintendencia Bancaria deberá poner a disposición del representante legal de la entidad intervenida, los documentos que dieron origen a la toma de posesión.

Parágrafo 2º. En desarrollo de la facultad de suspender los pagos, la Superintendencia Bancaria, de acuerdo con la situación de la entidad y las causas que originaron la toma de posesión, podrá disponer entre otras condiciones, que esta sea general, o bien que opere respecto de determinado tipo de obligaciones en particular y/o hasta por determinado monto, sin perjuicio del deber de cumplir las operaciones realizadas por la entidad o por cuenta de ella en el mercado de valores antes de la toma de posesión. En todo caso, el representante legal de la entidad objeto de Toma de Posesión podrá realizar los gastos administrativos de que trata el Artículo 41 del presente Decreto.

Parágrafo 3º. Cuando quiera que al decretar la toma de posesión de una entidad, la Superintendencia Bancaria encuentre acreditado que la misma debe ser liquidada, podrá disponer la liquidación en el mismo acto.

Artículo 2º. *Medidas durante la posesión.* Durante la posesión, incluyendo la liquidación, se podrán adoptar, además de las medidas previstas en el artículo anterior, las siguientes, sin perjuicio de aquellas dispuestas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y normas complementarias:

1. De acuerdo con el numeral 10 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999, las medidas que adopte la Superintendencia Bancaria para colocar a la entidad en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, u otras operaciones dirigidas a lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias podrá incluir además de las previstas en dicho numeral, otros institutos de salvamento de la confianza pública consagrados en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y normas complementarias, así como la entrega de la entidad a los accionistas previa suscripción de compromisos específicos, y/o aquellas que determine la entidad de vigilancia y control.

2. Durante todo el proceso, incluyendo la administración de la entidad o su liquidación, podrán celebrarse acuerdos entre los acreedores y la entidad intervenida, los cuales se sujetarán a las siguientes reglas:

a) Podrán ser aprobados por el voto favorable del cincuenta y uno por ciento (51%) de las acreencias y como mínimo de la mitad más uno de los acreedores, incluyendo en este cómputo el valor de los depósitos en que el Fondo se haya subrogado. En los demás aspectos dichos acuerdos se sujetarán en lo pertinente a las normas del régimen concordatario;

b) Los acuerdos serán aplicables a todos los acreedores cuando hayan sido aprobados con la mayoría prevista en el literal anterior;

c) Para la aceptación de fórmulas de adjudicación, los acreedores podrán votar en asambleas presenciales o mediante voto escrito enviado por correo o por cualquier otro mecanismo. Para tal efecto el Liquidador remitirá las propuestas de pago o fórmulas de adjudicación a la última dirección registrada por los acreedores;

d) La entrega de bienes a título de dación en pago podrá ser objeto de los acuerdos de acreedores.

3. Las operaciones realizadas antes de la toma de posesión por la entidad o por cuenta de ella en el mercado de valores deberán ser cumplidas en el plazo acordado, siempre que se trate de operaciones cuyas respectivas órdenes hayan sido aceptadas para su compensación y liquidación.

Las garantías que respaldan estas operaciones se harán efectivas conforme a las reglas previstas para la compensación y liquidación o para el depósito de valores, así como a las disposiciones aplicables al acto jurídico mediante el cual se constituyeron, por lo que para hacerse efectivas no deberán sujetarse a procedimientos de reconocimiento de créditos o a cualquier otro acto jurídico de naturaleza similar.

Si de la ejecución del negocio jurídico para asegurar las obligaciones y cumplidas estas en su totalidad queda algún remanente, este deberá ponerse a disposición de la entidad objeto de la toma de posesión.

En el caso de títulos depositados en depósitos de valores, las anotaciones en cuenta correspondientes a derechos y garantías, así como los bienes sobre los cuales recaen tales derechos no formarán parte de la masa de la liquidación, en caso que esta se decida,

4. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en desarrollo de la facultad consagrada en el numeral 11 del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 59 de la Ley 795 de 2003, designará en los mismos términos en que efectúa la designación y posesión del representante legal principal, al funcionario de la entidad intervenida que tendrá la representación legal frente a las ausencias temporales o definitivas del principal. Para dichos efectos, el Fondo evaluará previamente tanto la idoneidad profesional como personal del respectivo funcionario, cuya remuneración no será modificada como consecuencia del ejercicio de la representación legal o de la designación, la cual deberá registrarse ante la Cámara de Comercio del domicilio de la intervenida.

5. Ante la necesidad de proteger los activos y evitar su pérdida de valor, se podrá proceder a la enajenación de los mismos, para cuyo efecto, se seguirá el procedimiento previsto en el presente Decreto para la enajenación de activos en caso de urgencia.

Artículo 3º. *Cumplimiento y notificación de la decisión de toma de posesión.* De conformidad con el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la decisión de toma de posesión será de cumplimiento inmediato a través del funcionario comisionado para el efecto por el Superintendente y si la misma no se puede notificar personalmente al representante legal, se notificará por un aviso que se fijará por un día en lugar público de las oficinas de la administración del domicilio social.

Las medidas cautelares y la toma de posesión que en ejercicio de sus funciones adopte la Superintendencia Bancaria, serán de aplicación inmediata. En consecuencia, el recurso de reposición que proceda contra las mismas no suspenderá la ejecutoriedad del acto administrativo.

Sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se haga efectiva la medida, la resolución por la cual se adopte se publicará por una sola vez en un diario de circulación nacional y en el boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, capítulo de la Superintendencia Bancaria y se divulgará a través de los mecanismos de información electrónica de que disponga la Superintendencia.

Artículo 4º. *Inventario en la toma de posesión.* Dentro del mes siguiente a la fecha en que el Superintendente Bancario haya tomado posesión de una entidad vigilada, el agente hará un inventario preliminar de los activos y pasivos de la misma. Dicho plazo podrá ser prorrogado por la Superintendencia Bancaria.

Capítulo II Del agente especial

Artículo 5º. *Competencia del agente especial.* Mientras no se disponga la liquidación, la representación legal de la entidad estará en cabeza del Agente Especial. El Agente Especial podrá actuar como liquidador.

Artículo 6º. *Naturaleza de las funciones del agente especial.* De conformidad con el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999, los agentes especiales ejercen funciones públicas transitorias, sin perjuicio de la aplicabilidad, cuando sea el caso, de las reglas de derecho privado a los actos que ejecuten en nombre de la entidad objeto de la Toma de Posesión.

El Agente Especial deberá tomar posesión ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y la Superintendencia Bancaria. Para efectos de dar la publicidad correspondiente la designación y las posesiones deberán inscribirse en la Cámara de Comercio del domicilio principal de la entidad y en las demás ciudades en las cuales la misma tenga sucursales. Sin perjuicio del deber de cumplir con la inscripción en la Cámara de Comercio, tanto el Agente Especial como el Revisor Fiscal asumirán las respectivas funciones a partir de la posesión de los respectivos cargos.

En la medida en que los agentes especiales deben posesionarse ante la Superintendencia Bancaria, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras deberá designar como Agente Especial, personas que se encuentren en posibilidad de cumplir con los requisitos exigidos por la entidad de vigilancia y control, para dar posesión a los administradores de entidades financieras sometidas a su vigilancia.

Artículo 7º. *Seguimiento de la actividad del Agente Especial.* De conformidad con el artículo 291 numeral 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999, corresponde al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras realizar el seguimiento de la actividad del Agente Especial, sin perjuicio de la vigilancia de la Superintendencia Bancaria sobre la entidad intervenida, mientras no se disponga su liquidación.

Artículo 8º. *Funciones del Agente Especial.* Corresponde al agente especial la administración general de los negocios de la entidad intervenida. Las actividades del Agente Especial están orientadas por la defensa del interés público, la estabilidad del sector financiero, y la protección de los acreedores y depositantes de la entidad intervenida. El Agente Especial tendrá los siguientes deberes y facultades:

1. Actuar como Representante Legal de la intervenida y en tal calidad desarrollar todas las actividades necesarias para la administración de la sociedad y ejecutar todos los actos pertinentes para el desarrollo del objeto social.
2. Si es del caso, separar en cualquier momento los administradores y directores de la intervenida que no hayan sido separados por la Superintendencia Bancaria en el acto que ordenó la Toma de Posesión.
3. Promover la celebración de acuerdos de acreedores, de conformidad con lo señalado en el numeral 19 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el Artículo 24 de la Ley 510 de 1999.
4. Adelantar el recaudo de los dineros y la recuperación de los activos que por cualquier concepto deban ingresar a la entidad intervenida, para lo cual podrá ofrecer incentivos por la denuncia de la existencia y entrega de tales activos.
5. Administrar los activos de la intervenida.
6. Velar por la adecuada conservación de los bienes de la entidad, adoptando las medidas necesarias para mantener los activos en adecuadas condiciones de seguridad física y ejerciendo las acciones judiciales y administrativas requeridas para el efecto.
7. Continuar con la contabilidad de la entidad.
8. Ejecutar todos los actos y efectuar todos los gastos que a su juicio sean necesarios para la conservación de los activos y archivos de la entidad.
9. Bajo su responsabilidad promover las acciones de responsabilidad civil o penales que correspondan contra los administradores, revisor fiscal y funcionarios de la intervenida.
10. Suministrar a la Superintendencia Bancaria y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras la información que las entidades requieran.
11. Si es el caso, impetrar las acciones revocatorias de que trata el numeral 7 del artículo 301 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el inciso primero del artículo 27 de la Ley 510 de 1999, y

12. Las demás derivadas de su carácter de administrador y representante legal de la entidad.

Parágrafo. El Agente Especial deberá contar con la autorización previa de la Superintendencia Bancaria para la adopción de las medidas en las que la ley específicamente exige tal autorización.

Artículo 9º. Contratación. Para el cumplimiento de las finalidades de la toma de posesión, las entidades intervenidas podrán contratar entre sí la prestación de servicios administrativos relacionados con la gestión de la intervención, así como celebrar convenios con el mismo fin, o contratos de mandato con terceros.

Capítulo III De la Junta Asesora del Agente Especial

Artículo 10. Integración de la Junta Asesora del Agente Especial. De conformidad con el artículo 291, numeral 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999, el Agente Especial podrá contar con una junta asesora con representación de los acreedores, si así lo determina la Superintendencia Bancaria.

Dicha Junta, de acuerdo con la información que reposa en los estados financieros de la intervenida, estará integrada por los cinco (5) mayores acreedores de la entidad. El nombramiento de los miembros de la Junta Asesora corresponde al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras de acuerdo con la información que para tal propósito ha de proporcionarle el Agente Especial.

Si alguno de los acreedores a quienes correspondía integrar la Junta Asesora de acuerdo a los criterios anteriormente señalados declina su nombramiento, se procederá a nombrar el acreedor que siga en orden dentro de los criterios anteriormente establecidos.

Artículo 11. Reuniones de la Junta Asesora del Agente Especial. La Junta Asesora del Agente Especial se reunirá al menos una vez al mes por convocatoria de este último. La junta podrá sesionar y decidir válidamente con la participación de mínimo tres de sus integrantes. Cuando uno de los integrantes de la Junta Asesora deje de asistir a tres (3) sesiones convocadas por el Agente Especial, se procederá a reemplazarlo de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo anterior.

Artículo 12. Funciones de la Junta Asesora del Agente Especial. La Junta Asesora del Agente Especial tiene la función básica de asesorar al Agente Especial en todos los asuntos concernientes a la marcha de la entidad financiera. En especial la Junta Asesora cumplirá las siguientes funciones:

- a) Revisar con anterioridad al traslado a los acreedores, las cuentas comprobadas presentadas por el Agente Especial;
- b) Dar concepto a los estados financieros;
- c) Asesorar al Agente Especial, cuando este se los solicite, en cuestiones relacionadas con su gestión, y

d) Requerir al Agente Especial para que presente las cuentas comprobadas de su gestión cuando este se abstenga de hacerlo.

Parágrafo primero. Los conceptos de la Junta Asesora no son de obligatorio cumplimiento para el Agente Especial.

Parágrafo segundo. Los miembros de la Junta Asesora están obligados a guardar reserva sobre los diferentes asuntos que conozcan en razón de su función.

Título II Posesión para administrar

Artículo 13. *Posesión para administrar.* En el evento que la Superintendencia Bancaria, previo concepto del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, dentro del término de dos meses contados a partir de la toma de posesión, prorrogables por el mismo plazo, determine que la entidad puede desarrollar su objeto social conforme a las reglas que lo rigen, o pueden adoptarse otras medidas que permitan a los depositantes, ahorradores o inversionistas obtener el pago total o un pago parcial de sus créditos, expedirá la resolución disponiendo la administración de la entidad, en la cual también se ordenará dar aviso al público mediante publicación en un lugar visible en las oficinas de la institución intervenida por un término de siete (7) días hábiles, así como la publicación por una vez en un diario de amplia circulación nacional, de un aviso informando sobre la expedición de la medida. Si la misma no se puede notificar personalmente al representante legal, se notificará por un aviso que se fijará por un día en lugar público de las oficinas de la administración del domicilio social de la intervenida. El recurso de reposición no suspenderá la ejecución de la medida.

Sin perjuicio del momento en que se decida la posesión para administrar, se deberá dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1° del presente decreto. Las medidas previstas en el artículo 2° de este decreto podrán ser aplicadas inclusive mientras la entidad permanece en posesión para administrar.

Deberán tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1. Para la elaboración del concepto de que trata el presente artículo, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras solicitará al Agente Especial, un plan sobre las medidas que resulten procedentes y demás información necesaria para la elaboración del concepto.
2. La Superintendencia Bancaria solicitará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras la presentación del programa que se seguirá con el fin de lograr el cumplimiento de la medida y en el cual se señalarán los plazos para el pago de los créditos. Dicho programa podrá ser modificado cuando las circunstancias lo requieran, evento que se comunicará a la Superintendencia Bancaria y a los interesados. Lo anterior sin perjuicio de que pueda haber acuerdos entre los acreedores y la entidad objeto de toma de posesión.

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras deberá presentar el programa de que trata el presente artículo, máximo dentro de un término de dos (2) meses contados a partir de la fecha en que entre en vigencia la resolución de la Superintendencia Bancaria disponiendo la administración de la entidad.

En todo caso, si en el plazo de un (1) año, prorrogable por un término igual no se subsanaren las dificultades que dieron origen a la toma de posesión, la entidad de vigilancia y control dispondrá la disolución y liquidación de la entidad, Lo anterior sin perjuicio de que el Gobierno Nacional por resolución ejecutiva autorice una prórroga mayor cuando así se requiera en razón de las características de la institución.

Artículo 14. *Levantamiento de la medida de toma de posesión.* La medida de Toma de Posesión podrá ser levantada, previo concepto del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, por la Superintendencia Bancaria mediante acto administrativo, cuya notificación se sujetará a las normas del Código Contencioso Administrativo. El recurso de reposición no suspenderá la ejecución de la medida.

Artículo 15. *Rendición de cuentas por parte del Agente Especial.* Si la Superintendencia Bancaria decide levantar la medida de Toma de Posesión, el Agente Especial convocará a la asamblea general de accionistas de la Intervenido, a fin de que procedan a nombrar los nuevos directivos y al revisor fiscal.

El Agente Especial rendirá informe a la Asamblea General que para el efecto convoque, en los términos previstos en el Artículo 45 de la Ley 222 de 1995. La entidad permanecerá bajo la administración del Agente Especial hasta que el nuevo representante legal se posesione debidamente ante la Superintendencia Bancaria.

Título III

Liquidación forzosa administrativa

Capítulo I

Medidas y efectos derivados de la liquidación forzosa administrativa

Artículo 16. *Contenido del acto que ordene la liquidación forzosa administrativa.* El acto administrativo por el cual la Superintendencia Bancaria ordene la liquidación forzosa administrativa de una institución financiera vigilada, tendrá los efectos previstos en el artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y deberá disponer, además de las medidas previstas en el Artículo 1° del presente decreto, las siguientes:

- a) La advertencia de que todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida son exigibles a partir de la fecha en que se adoptó la medida de liquidación forzosa administrativa, sin perjuicio de lo que dispongan las normas que regulan las operaciones de futuros, opciones y otros derivados, de acuerdo con lo previsto en el literal b) del artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;
- b) En el caso de aseguradoras, la advertencia acerca de la terminación automática al vencimiento de un plazo de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo, de los contratos de seguros vigentes, cualquiera que sea su clase, salvo cuando se trate de seguros de cumplimiento o de vida, evento en el cual el plazo podrá ser ampliado hasta en seis (6) meses;
- c) La advertencia de que el pago efectivo de las condenas provenientes de sentencias en firme contra la entidad intervenida proferidas durante la toma de posesión se hará aten-

diendo la prelación de créditos establecidos en la ley y de acuerdo con las disponibilidades de la entidad;

d) La comunicación a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, para que retire las calidades de agentes retenedores y autorretenedores de los impuestos administrados por dicha entidad.

Parágrafo. Cuando en el mismo acto de toma de posesión se disponga la liquidación, se deberá dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1° del presente decreto y las menciones hechas al Agente Especial en dicho Artículo, se entenderán hechas al liquidador.

Artículo 17. *Ejecución y notificación de la medida de liquidación forzosa administrativa.* De conformidad con el artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999, la decisión de liquidación forzosa administrativa será de cumplimiento inmediato a través del funcionario comisionado para el efecto por el Superintendente Bancario y se notificará por un aviso que se fijará por un día en lugar público de las oficinas de la administración del domicilio social de la intervenida.

Sin perjuicio de su cumplimiento inmediato, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que se haga efectiva la medida, la resolución por la cual se adopte se publicará por una sola vez en un diario de circulación nacional y en el boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, capítulo de la Superintendencia Bancaria, así como a través de los mecanismos de información electrónica de que disponga la Superintendencia.

El recurso de reposición no suspenderá la ejecución de la medida.

Artículo 18. *Cesión de contratos de seguros.* Para la terminación o cesión de los contratos de seguro en el evento de toma de posesión para liquidar una entidad aseguradora, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se seguirán las siguientes reglas:

a) En virtud de lo dispuesto en el artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero los contratos de seguro se darán por terminados en un plazo de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo correspondiente. La terminación dará lugar a la devolución de la prima no devengada al tomador, si a ello hubiere lugar, de conformidad con las reglas que para el efecto establece el Código de Comercio;

b) La Superintendencia Bancaria está facultada para ampliar el mencionado plazo a un máximo de seis (6) meses para el caso de contratos de seguro de vida o cumplimiento. Vencido este término, el contrato se terminará y dará lugar a la devolución de la prima no devengada, si a ello hubiere lugar, de conformidad con las reglas que para el efecto establece el Código de Comercio;

c) El liquidador deberá ceder dentro del plazo mencionado en el literal a) del presente artículo a otra compañía de seguros legalmente facultada para explotar el ramo correspondiente, los contratos de seguros que otorguen las coberturas de la seguridad social previstas en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto-ley 1295 de 1994 y los contratos de Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito, SOAT. La cesión deberá contemplar las reservas técnicas constituidas como respaldo de las mencionadas coberturas, en especial la reserva matemática;

d) El Liquidador tiene la facultad de ceder contratos de seguros diferentes a los previstos en el literal anterior a otra compañía de seguros legalmente facultada para explotar los ramos correspondientes. El plazo para esta cesión será el contemplado en los literales a) y b) del presente artículo según el tipo de contrato de seguro que se trate. En todo caso la cesión deberá contemplar las reservas técnicas constituidas como respaldo de las mencionadas coberturas.

Artículo 19. *Cesión de contratos de leasing.* De conformidad con lo establecido en el literal h) del numeral 2 del artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 61 de la Ley 795 de 2003, no forman parte de la masa de la liquidación los bienes dados en leasing, los cuales se transferirán al locatario cuando ejerza la opción y pague el valor respectivo.

Si está pendiente el plazo de ejecución del contrato, el liquidador dará la opción al locatario de cancelar el valor presente correspondiente, con lo cual se terminará el contrato y se efectuará la respectiva transferencia del bien, si fuere el caso. Para estos efectos, el liquidador contará con un plazo que no podrá exceder de ciento veinte (120) días contados a partir de la toma de posesión para liquidar. El locatario deberá manifestar su aceptación a la propuesta del liquidador dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la correspondiente comunicación del liquidador.

Si vencido el plazo anterior, el locatario no manifiesta su voluntad de pagar el valor presente correspondiente, el contrato y el bien serán cedidos a otra entidad legalmente facultada para desarrollar operaciones de leasing, o a la entidad de redescuento que hubiese proporcionado recursos para realizar la operación.

Para la cesión de los contratos, el Liquidador deberá formular una invitación a las instituciones financieras legalmente facultadas para desarrollar operaciones de leasing, para que presenten sus ofertas dentro del término que fije para tal efecto. El Liquidador realizará la cesión a la compañía o compañías que ofrezcan las mejores condiciones y la cesión incluirá los bienes dados en Leasing.

Artículo 20. *Cesión de contratos de fiducia.* Dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la liquidación, el Liquidador deberá realizar las gestiones encaminadas a ceder todos los contratos de fiducia que aún tengan pendiente el plazo de ejecución, cualquiera que sea su clase.

Para la cesión de los contratos, el Liquidador deberá formular una invitación a las instituciones financieras legalmente facultadas para desarrollar operaciones de fiducia para que presenten sus ofertas dentro del término que fije el Liquidador. El Liquidador realizará la cesión del contrato y de los bienes dados en fiducia a la compañía que ofrezca las mejores condiciones, previa aceptación de los beneficiarios y/o fideicomitentes del contrato de fiducia manifestada por escrito dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha del envío de la comunicación del Liquidador, en la cual se proponga la cesión del contrato, en la que se advertirá que en caso de que la decisión sea negativa el contrato se terminará y se procederá a su liquidación aplicando el procedimiento general establecido en el presente decreto, en lo pertinente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 290 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Parágrafo primero. En los casos en que no se haya pactado la aceptación expresa de la cesión, si vencido el plazo para que el beneficiario y/o fideicomitente se pronuncie sobre la solicitud de aceptación de la cesión contractual propuesta, no hay manifestación alguna al respecto, se entenderá aceptada la cesión.

Parágrafo segundo. En caso de negocios fiduciarios con beneficiario plural, la cesión del contrato deberá ser aceptada por quienes representen por lo menos el 51 % de los derechos en el contrato. En caso de que no se reúna este porcentaje se entenderá que la decisión es negativa.

Parágrafo tercero. Aceptada la cesión, el Liquidador procederá a realizar las gestiones y pagos necesarios para perfeccionar dicha cesión con cargo a los recursos disponibles en cada contrato. En el evento en que no existan recursos, el fideicomitente, o la parte que contractualmente esté obligada a ello, deberá proporcionar dichos recursos dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha del envío de la comunicación del Liquidador en la cual le solicite los recursos. Vencido este término, el Liquidador requerirá al beneficiario del contrato para que provea los recursos dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que se efectúe el requerimiento. En caso de que vencido este segundo término no se reúnan los recursos necesarios para perfeccionar la cesión del contrato, se entenderá que la decisión es negativa y se procederá a su liquidación aplicando el procedimiento establecido en el presente decreto, en lo pertinente.

Artículo 21. *Administración de cartera de créditos de redescuento.* Las instituciones financieras cuya liquidación haya sido dispuesta podrán continuar administrando la cartera de créditos que hubiere sido objeto de descuento o redescuento, cuando el descontante o redescontante así lo requiera y lo solicite al Liquidador. Para el efecto, podrán suscribirse convenios o contratos entre la institución financiera en liquidación y la entidad de redescuento en los cuales se acordará la remuneración que cubra los costos que implica tal gestión.

En todo caso, la administración de esta cartera por parte de la entidad en liquidación se realizará únicamente hasta el momento en el cual el Liquidador estime que la entidad cuenta con el soporte operativo, administrativo y de personal necesario para cumplir adecuadamente con esta gestión. Cuando la liquidación no disponga del soporte operativo, administrativo y de personal necesario, deberá comunicar dicha circunstancia a la entidad descontante o redescontante con treinta (30) días de antelación a la fecha en que pretenda entregar la cartera a la entidad de redescuento. Una vez transferida a otra entidad financiera, el diferencial de intereses será percibido por esta última, a partir de la fecha en que asuma dicha administración.

Artículo 22. *Terminación de contratos.* En desarrollo de la facultad prevista en el numeral 14 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, desde el inicio del proceso liquidatorio el Liquidador podrá poner fin unilateralmente a los contratos de cualquier índole existentes al momento de la adopción de la medida que no sean necesarios para la liquidación de la institución financiera intervenida.

Parágrafo. De conformidad con lo establecido en los literales f) del artículo 116 y e) del artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificados respectivamente por los artículos 22 y 23 de la Ley 510 de 1999, en el proceso de toma de posesión y liquidación, los derechos laborales de los trabajadores gozan de la correspondiente protec-

ción legal y la nómina continuará pagándose normalmente, en la medida en que los recursos de la entidad lo permitan.

Capítulo II

Determinación del pasivo a cargo de la institución financiera en liquidación

Artículo 23. Emplazamiento. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se disponga la liquidación de la institución, se emplazará a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la intervenida y a quienes tengan en su poder, a cualquier título, activos de la intervenida, para los fines de su devolución y cancelación.

Para tal efecto, se publicarán por lo menos dos (2) avisos en un diario de amplia circulación nacional y en otro del domicilio principal de la intervenida, el primero dentro de los primeros cinco (5) días posteriores a la fecha de la toma de posesión para liquidar y el segundo dentro de los diez (10) días siguientes a la publicación del primer aviso. Adicionalmente se divulgará, por lo menos una vez, a través de una cadena de televisión nacional o de un canal regional o en una emisora nacional o regional de radio, en horas de amplia audiencia y sintonía dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha en que se dispuso la liquidación. Sin perjuicio de lo anterior, el liquidador cuando lo considere conveniente, podrá utilizar además cualquier otro medio que en su concepto contribuya a cumplir la finalidad del emplazamiento.

Copia del texto del aviso deberá fijarse además tanto en las oficinas principales como en las agencias y sucursales de la intervenida, en sitios a los cuales tenga fácil acceso el público, así como en la Secretaría General de la Superintendencia Bancaria y en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Cuando la liquidación se decida en el mismo acto que dispuso la toma de posesión, se deberá dar cumplimiento a lo previsto en el Artículo 1º del presente decreto y las menciones hechas al Agente Especial en dicho Artículo, se entenderán hechas al liquidador.

El aviso de emplazamiento contendrá lo siguiente:

a) La citación a todas las personas naturales o jurídicas de carácter público o privado que se consideren con derecho a formular reclamaciones de cualquier índole contra la institución financiera en liquidación, a fin de que se presenten con prueba siquiera sumaria de sus créditos, en el lugar que para el efecto se señale. Cuando se trate de derechos incorporados en títulos valores deberá presentarse el original del título. Sin embargo, cuando sea necesaria la presentación de un título valor en varios procesos liquidatorios a la vez, el original del título valor se aportará en uno de los procesos liquidatorios y en los demás se aportará copia del mismo con certificación del liquidador del proceso en que se haya aportado el original, sobre la existencia del mismo. Si los créditos constan en títulos valores que hayan sido depositados en depósitos centralizados de valores la existencia del crédito se probará con los documentos a que se refiere el artículo 26 de la Ley 27 de 1990. El depositante en el depósito centralizado de valores podrá autorizar al liquidador para solicitar el certificado a que se refiere dicho artículo;

b) El término para presentar las reclamaciones oportunamente, con la advertencia de que una vez vencido este, el Liquidador no tendrá facultad para aceptar ninguna reclamación, y

que las obligaciones no reclamadas y las reclamaciones presentadas en forma extemporánea, que aparezcan debidamente comprobadas en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida, serán calificadas como pasivo cierto no reclamado;

c) La advertencia sobre la cesión y terminación de los contratos de seguro, de conformidad con el artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero;

d) La advertencia sobre la suspensión de los procesos de ejecución en curso y la imposibilidad de admitir nuevos procesos de esta clase, así como la obligación de los secuestrados, auxiliares de la justicia y demás funcionarios que tengan activos de la intervenida para que procedan de manera inmediata a entregarlos al liquidador, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1° del presente decreto.

Artículo 24. *Término para presentar reclamaciones.* El término que se establezca para presentar las reclamaciones no podrá ser superior a un (1) mes contado a partir de la fecha de publicación del último aviso de emplazamiento.

Para las reclamaciones que se señalan a continuación se tendrá en cuenta los siguientes aspectos particulares:

1. Reclamaciones en la liquidación forzosa de entidades aseguradoras. En la liquidación forzosa administrativa de entidades aseguradoras las reclamaciones de tomadores, asegurados y beneficiarios que no hubieren podido ser presentadas dentro del término previsto en el presente artículo, que correspondan a siniestros ocurridos con posterioridad a la fecha de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios por parte de la Superintendencia Bancaria, o por devolución de primas no devengadas correspondientes a contratos de seguros revocados a partir de la fecha antes señalada, para todos los efectos del proceso liquidatorio se entenderán presentadas en la oportunidad legal siempre y cuando dentro del mes siguiente a la ocurrencia del siniestro o a la revocatoria de la póliza, tales reclamaciones sean entregadas a la institución aseguradora con los comprobantes que, según las condiciones de la correspondiente póliza, sean indispensables para acreditar los requisitos del artículo 1077 del Código de Comercio, cuando sea el caso.

El liquidador decidirá sobre dichas reclamaciones en las oportunidades a que haya lugar, una vez la entidad aseguradora haya determinado los siniestros liquidados por pagar o haya objetado de manera seria y fundada las reclamaciones. En caso de ser aceptadas entrarán al concurso para efectos de la distribución del activo o se reconocerán como sumas excluidas de la masa, según corresponda.

La presentación de las reclamaciones a las que se refiere este numeral no afectará los actos administrativos en firme que hubieren reconocido o rechazado acreencias dentro del proceso, ni suspenderá su ejecutoriedad.

2. Reclamaciones en la liquidación forzosa de fiduciarias. En la liquidación forzosa administrativa de sociedades fiduciarias tanto los acreedores de la fiduciaria como de cada uno de los patrimonios autónomos y encargos fiduciarios deberán presentar sus respectivas reclamaciones durante el término fijado para el efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 290 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

3. Reclamaciones en la liquidación forzosa de compañías de leasing. En los Contratos de leasing vigentes a la fecha en que se ordena la liquidación, los arrendatarios o locatarios, por no ser acreedores sino deudores de la compañía de Leasing, no están en la obligación de presentar reclamaciones.

4. Reclamaciones por parte de las entidades de redescuento. Durante el término fijado para presentar reclamaciones, el Banco de la República, cuando intermedie líneas de crédito externo, el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario, Finagro, el Banco de Comercio Exterior S. A., Bancoldex, la Financiera de Desarrollo Territorial S. A., Findeter y la Financiera Eléctrica Nacional, FEN, presentarán su reclamación dentro del proceso de liquidación forzosa administrativa por concepto de operaciones de redescuento. No obstante, en su carácter de titulares de los créditos redescontados, podrán obtener directamente el pago de dichas obligaciones, previa comunicación de dicha decisión a la institución financiera intervenida. A las operaciones de apoyo de liquidez celebradas por el Banco de la República con la entidad en liquidación se les aplicarán las mismas reglas.

Artículo 25. *Traslado de las reclamaciones.* Vencido el término para presentar reclamaciones, el expediente se mantendrá en la oficina principal de la entidad en liquidación en traslado común a todos los interesados por un término de cinco (5) días hábiles. Durante el término del traslado cualquiera de los interesados podrá objetar las reclamaciones presentadas, acompañando las pruebas que tuviere en su poder.

Artículo 26. *Pasivo a cargo de la entidad en liquidación.* Para la determinación de las sumas a cargo de la entidad en liquidación se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. Determinación de las sumas y bienes excluidos de la masa y de los créditos a cargo de la masa de la liquidación. Dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al vencimiento del término para presentar reclamaciones, el Liquidador decidirá sobre las reclamaciones presentadas oportunamente mediante resolución motivada o mediante actos administrativos independientes en los que además de resolver las objeciones presentadas se señalará lo siguiente:

a) Las reclamaciones oportunamente presentadas aceptadas y rechazadas en relación con bienes y sumas de dinero excluidos de la masa de la liquidación, señalando la cuantía y el orden de restitución de conformidad con el numeral 2 del artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero modificado por el artículo 26 de la Ley 510 de 1999 y por el artículo 61 de la Ley 795 de 2003; los numerales 1, 5 y 6 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999; el artículo 51 de la Ley 454 de 1998; los artículos 9 y 10 de la Ley 546 de 1999 y las demás normas que expresamente reconozcan este privilegio;

b) Las reclamaciones oportunamente presentadas, aceptadas y rechazadas contra la masa de la liquidación, señalando la naturaleza de las mismas, su cuantía y la prelación para el pago y las preferencias que la ley establece, de conformidad con el numeral 1 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las reglas generales del Código Civil y demás disposiciones legales aplicables.

2. Obligaciones en moneda extranjera. Cuando se trate de obligaciones en moneda extranjera, las mismas se reconocerán a la Tasa de Cambio Representativa del Mercado del día en

que se haya ordenado la liquidación de la institución financiera, certificada por la autoridad competente.

3. Obligaciones a favor del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Cuando el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras pague el seguro de depósito, en las resoluciones de reconocimiento de acreencias a cargo de la institución financiera en liquidación, el Liquidador dejará expresa constancia que de conformidad con el artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999, el fondo se subroga parcialmente, por lo cual tendrá derecho a obtener el pago de las sumas que haya cancelado, con la misma prelación y en las mismas condiciones que los depositantes o ahorradores. En el mismo sentido se procederá cuando el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras pague las garantías otorgadas por conceptos diferentes al del seguro de depósito, de conformidad con las normas que regulan la materia.

4. Obligaciones a favor de entidades de redescuento. En el evento en que el Banco de la República, cuando intermedie líneas de crédito externo, el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario, Finagro, el Banco de Comercio Exterior S. A., Bancoldex, la Financiera de Desarrollo Territorial S. A., Findeter y la Financiera Eléctrica Nacional, FEN, opten por presentar sus reclamaciones dentro del proceso de liquidación forzosa administrativa, y siempre y cuando la respectiva reclamación haya sido presentada oportunamente, las sumas recibidas por la cancelación de créditos redescontados, antes o después de la intervención, incluyendo las que se reciban al hacer efectivas las garantías correspondientes, estarán excluidas de la masa de la liquidación y con las mismas se pagarán las obligaciones derivadas de las respectivas operaciones de redescuento. El saldo insoluto de las operaciones de redescuento constituirá una obligación a cargo de la masa de la liquidación y su pago estará sujeto a las prelación establecidas en la ley.

Las sumas que hubiere recaudado la entidad intervenida antes de la ejecutoria del acto administrativo que reconozca la respectiva reclamación, se entregarán una vez este se encuentre en firme. Las sumas que se recauden con posterioridad, se entregarán a la entidad de redescuento correspondiente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su recaudo.

En todo caso, cuando la cartera de redescuento sea transferida a otra entidad financiera, el diferencial de intereses será percibido por esta última, a partir de la fecha en que asuma dicha administración,

5. Obligaciones derivadas de operaciones de apoyo de liquidez. De acuerdo con el numeral 5 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 25 de la Ley 510 de 1999, las obligaciones a favor del Banco de la República por concepto de cupos de liquidez u otras operaciones gozarán del privilegio de ser cubiertas con sumas excluidas de la masa de la liquidación. El mismo tratamiento se dará cuando la entidad en liquidación haya sido la emisora de un título que respalda operaciones de apoyo de liquidez celebradas por el Banco de la República por concepto de cupos de liquidez u otras operaciones. En todo caso, el Banco de la República informará a la entidad respectiva los pagos que reciba por parte de cualquiera de las liquidaciones.

Parágrafo. Si el Liquidador dudare de la procedencia o validez de cualquier reclamación prevista en el presente decreto, la rechazará.

Artículo 27. Notificación de la resolución. La resolución que determine las sumas y bienes excluidos de la masa y los créditos a cargo de la masa de la institución financiera intervenida se notificará por edicto en la forma prevista en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo. Adicionalmente, dentro de los primeros tres (3) días de fijación del edicto se publicará un aviso en un periódico de amplia circulación informando: la expedición de dicha resolución, la fijación del edicto, la fecha en que será desfijado, el término para presentar el recurso de reposición y el lugar o lugares en los cuales podrá consultarse el texto completo de la resolución.

Artículo 28. Recursos. Contra la resolución que determina las sumas y bienes excluidos de la masa y los créditos a cargo de la masa de la institución financiera en liquidación, procederá el recurso de reposición, el cual deberá presentarse ante el Liquidador acreditando la calidad en que se actúa, dentro de los cinco (5) días siguientes a la desfijación del edicto por medio del cual se notifique dicha resolución y con el lleno de los requisitos señalados en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.

De los recursos presentados se correrá traslado en las oficinas de la institución financiera intervenida durante los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término para su presentación.

Las resoluciones que decidan los recursos se notificarán personalmente al titular de la acreencia sobre la que se decida y a quien hubiera interpuesto el recurso, en la forma prevista en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

Una vez vencido el término para interponer los recursos de reposición, la resolución mediante la cual se adopta la decisión sobre las sumas y bienes excluidos de la masa y los créditos a cargo de la masa de la institución financiera en liquidación quedará ejecutoriada y en firme respecto de las reclamaciones sobre las cuales no se haya interpuesto recursos, y en consecuencia el cumplimiento de este acto administrativo procederá de forma inmediata.

Parágrafo 1º. En cualquier momento del proceso liquidatorio y antes de la adjudicación, los titulares de acreencias podrán ceder los derechos en el respectivo proceso, con sujeción a las normas sobre la materia. En el caso de entidades públicas, la cesión podrá adelantarse con otras entidades de la misma naturaleza.

Parágrafo 2º. Siempre y cuando se garantice el principio de igualdad entre los acreedores, en cualquier momento del proceso liquidatorio, el liquidador previo consentimiento del respectivo acreedor, puede realizar pagos parciales o totales en especie, quedando facultado para perfeccionar las correspondientes daciones en pago.

Artículo 29. Pasivo cierto no reclamado. Si atendidas las obligaciones excluidas de la masa y aquellas a cargo de ella, de acuerdo con las reglas previstas en el presente decreto, subsisten recursos, el liquidador mediante acto administrativo, determinará el pasivo cierto no reclamado a cargo de la institución financiera intervenida señalando su naturaleza, prelación de acuerdo con la ley y cuantía. Para el efecto, se tendrán en cuenta los pasivos que no fueron reclamados oportunamente pero que aparezcan debidamente registrados en los libros oficiales de contabilidad de la intervenida, así como las reclamaciones presentadas extemporáneamente que estén debidamente comprobadas.

Para efectos de la notificación de la resolución que determine el pago del pasivo cierto no reclamado, así como de los recursos interpuestos contra la misma se atenderá el procedimiento previsto en los artículos 27 y 28 de este decreto.

Parágrafo. Dentro del pasivo cierto no reclamado a cargo de la institución financiera no se incluirán las obligaciones respecto de las cuales se hayan cumplido los términos de prescripción o caducidad.

Artículo 30. *Pérdida del poder adquisitivo.* Con el fin de compensar la pérdida de poder adquisitivo sufrida por la falta de pago oportuno, una vez atendidas las obligaciones excluidas de la masa y a cargo de ella, así como el pasivo cierto no reclamado, si hay lugar a él, si quedare un remanente se reconocerá y pagará desvalorización monetaria a los titulares de los créditos que sean atendidos por la liquidación, cualquiera sea la naturaleza, prelación o calificación de los mismos, con excepción de los créditos que correspondan a gastos de administración. La cuantía por este concepto y su exigibilidad se determinará según las reglas dispuestas en el artículo 44 del presente decreto.

Para efectos de la notificación de la resolución que reconozca la pérdida de poder adquisitivo, así como de los recursos interpuestos contra la misma, se atenderá el procedimiento previsto en los artículos 27 y 28 del presente decreto.

Capítulo III

Determinación y valoración del activo de la institución financiera en liquidación

Artículo 31. *Inventario.* Dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que se adoptó la medida de liquidación forzosa administrativa, el Liquidador hará un inventario detallado de los activos de propiedad de la institución financiera. Este plazo podrá ser prorrogado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras ante circunstancias excepcionales.

Artículo 32. *Valoración del inventario.* Dentro del mes siguiente a la fecha en que haya vencido el término para la elaboración del inventario, el Liquidador, con base en avalúos técnicos, mediante resolución aceptará la valoración de los activos del inventario.

Para efectos de la valoración de los bienes incorporados en el inventario, incluida la cartera, el Liquidador acudirá a personas o firmas evaluadoras, respecto de las cuales se solicitará el concepto previo del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

En todo caso, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 24 de la Ley 510 de 1999, la enajenación de los activos se hará a través de mecanismos de mercado y en condiciones que permitan obtener el valor en el mismo de dichos activos.

Artículo 33. *Notificación del acto administrativo que acepta el inventario valorado.* El acto administrativo que acepte el inventario valorado se notificará por edicto en la forma prevista en el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo. Adicionalmente, dentro de los primeros tres (3) días de fijación del edicto se publicará un aviso en un periódico de amplia circulación informando: la expedición de dicha resolución, la fijación del edicto, la fecha en que será desfijado, el término para presentar el recurso de reposición y el lugar o lugares en los cuales podrá consultarse el texto completo de la resolución y el inventario valorado.

Contra el acto administrativo que acepte el inventario valorado procede el recurso de reposición, que deberá presentarse ante el Liquidador acreditando la calidad en que se actúa, dentro de los cinco (5) días siguientes a la desfijación del edicto por medio del cual se notifique dicha resolución y con el lleno de los requisitos señalados en el artículo 52 del Código Contencioso Administrativo.

En lo no objetado o impugnado, el inventario valorado quedará en firme para todos los efectos legales y se podrá adelantar inmediatamente la realización de tales activos en los términos previstos en el artículo 35 del presente decreto.

De los recursos presentados se correrá traslado en las oficinas de la institución financiera intervenida durante los cinco (5) días siguientes al vencimiento del término para la presentación de recursos.

Dentro del mes siguiente a la fecha en que venció el término del traslado de los recursos presentados contra el acto administrativo que acepte el inventario valorado, el Liquidador decidirá sobre las impugnaciones presentadas a través de acto administrativo, para lo cual podrá disponer la elaboración de un nuevo avalúo.

Las resoluciones que decidan los recursos se notificarán al recurrente y a los demás interesados, en la forma prevista en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 34. *Actualización del inventario de activos y de su valoración.* Cuando concurren circunstancias que a juicio del Liquidador incidan notoriamente en los avalúos inicialmente determinados, se deberá actualizar la valoración de los activos contenidos en el inventario siguiendo el procedimiento establecido en los dos (2) artículos precedentes, actualización que deberá notificarse mediante edicto fijado en la sede de la entidad.

Los ajustes a que haya lugar con ocasión de los nuevos avalúos se contabilizarán dentro del mes siguiente a la fecha de su elaboración y deberán ser informados a la Junta Asesora o a los acreedores según sea el caso.

Igualmente, cuando aparezcan nuevos activos de propiedad de la institución financiera en liquidación que no se encuentren incorporados en el inventario inicial, se procederá a actualizar el inventado siguiendo el procedimiento indicado en los artículos 32 y 33 del presente decreto.

Para los efectos previstos en este artículo los bienes recibidos en pago, producto de la cartera o de las obligaciones a favor de la institución financiera en liquidación, incorporadas en el inventario inicial no se considerarán activos nuevos y en consecuencia sólo habrá lugar a registrar los respectivos ajustes en los libros de contabilidad oficiales de la intervenida e informar al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y/o a la Junta Asesora dentro del mes siguiente a la fecha en que se haga el correspondiente registro contable, con base en el avalúo realizado por una firma inscrita en el registro de avaluadores, avalúo que se deberá realizar con antelación al recibo del bien en dación en pago.

Parágrafo. En los casos de bienes en los que la liquidación posea una parte que no justifique un avalúo, el liquidador, bajo su responsabilidad, podrá tomar como referencia el último avalúo existente en poder del copropietario mayoritario.

Capítulo IV

Reglas para la enajenación de los activos

Artículo 35. *Enajenación de activos.* La enajenación de los activos de la institución financiera sometida al proceso de liquidación forzosa administrativa se deberá realizar siguiendo las reglas que se señalan a continuación.

De conformidad con el numeral 11 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero modificado por el artículo 24 de la Ley 510 de 1999 la liquidación, realización o enajenación de los activos de la institución financiera se hará a través de mecanismos que permitan obtener el valor de mercado de dichos activos.

Para tal efecto, el liquidador tomará como referencia el avalúo de los activos que se encuentra en firme. Cuando las ofertas obtenidas directamente por el Liquidador difieran sustancialmente del avalúo, es decir, cuando el valor de dichas ofertas sea inferior en más del diez por ciento (10%) de los avalúos realizados, el Liquidador podrá enajenar los activos a través de una invitación pública para presentar propuestas o mediante martillos.

Para este efecto la invitación para presentar ofertas o para participar en el martillo deberá publicarse mediante aviso en un diario de amplia circulación nacional.

En todo caso, el Liquidador podrá enajenar por un valor inferior al avalúo, cuando la relación costo-beneficio de cada operación, calculada de acuerdo con la metodología que expida el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, sea favorable. En todo caso, dentro del mes siguiente a la fecha en que se perfeccione la venta, se hará un informe detallado con destino a los acreedores y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, sin perjuicio de que el Fondo solicite mayor información en desarrollo de las facultades con que cuenta para ejercer la labor de seguimiento.

Parágrafo. Cuando se trate de la venta de acciones o de títulos inscritos en bolsa, el liquidador podrá acudir a cualquier mecanismo que establezca el valor de mercado de los mismos o, en su defecto, al mecanismo de martillo ofrecido por entidades autorizadas.

Artículo 36. *Procedimiento de enajenación en caso de urgencia.* De considerarse necesario para evitar el deterioro o pérdida de valor, el Liquidador podrá enajenar los activos de la institución financiera por el medio que se considere más expedito sin previo traslado del avalúo.

Igualmente, en situaciones de iliquidez y con el único fin de atender los gastos administrativos básicos de la liquidación, sin que sea necesario que se corra previamente traslado del avalúo, el cual podrá ser realizado por una de las firmas evaluadoras que se encuentren registradas en cualquiera de las entidades en liquidación, se podrán enajenar activos de la institución financiera a través de la invitación pública a todos los posibles interesados para que presenten sus ofertas. Cuando se prevea que el valor de los activos puede exceder los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, la invitación se efectuará, a través de un aviso publicado en un diario de amplia circulación nacional, además de un aviso fijado en las instalaciones de la institución financiera objeto de liquidación.

En todo caso, el Liquidador podrá enajenar por un valor inferior al avalúo, cuando la relación costo-beneficio de cada operación, calculada de acuerdo con la metodología que expida el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, sea favorable.

Dentro del mes siguiente a la fecha en que se perfeccione la venta a través del procedimiento de enajenación para casos de urgencias, se hará un informe detallado con destino a los acreedores y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en el que se justifique las razones por las cuales se acudió a este procedimiento excepcional, y los resultados del mismo.

Parágrafo. En el caso de la liquidación de instituciones fiduciarias, los procedimientos de valoración y enajenación de activos previstos en los artículos 35 y 36 del presente decreto se aplicarán tanto a los activos propios de la fiduciaria como a los activos de cada uno de los contratos en liquidación.

Capítulo V

Reglas y procedimientos para el pago del pasivo a cargo de la institución financiera en liquidación

Artículo 37. *Pago del seguro de depósitos.* En los casos de liquidación forzosa administrativa de las instituciones financieras inscritas en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en firme la decisión sobre la orden de restitución y pago de las reclamaciones aceptadas, procederá el pago del seguro de depósitos de acuerdo con la reglamentación expedida por la Junta Directiva del Fondo.

Lo anterior, sin perjuicio de que de acuerdo con el artículo 323 literal h) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero pueda cancelarse a los depositantes a partir de la toma de posesión, una suma hasta por un monto equivalente al valor del seguro de depósito. Dicho pago tendrá efectos liberatorios respecto del seguro en el monto por el cual el mismo se realice.

Artículo 38. *Pago de los gastos de administración de la liquidación.* Los créditos que se causen durante el curso de la liquidación por concepto de salarios, prestaciones sociales y aquellos en los que se incurra para la realización o recuperación de activos y aquellos derivados del artículo 60 del presente decreto, se pagarán de preferencia respecto de cualquier otro crédito, como gastos de administración de la liquidación. Igual tratamiento recibirán las obligaciones por concepto de impuestos, tasas y contribuciones siempre y cuando estos afecten la enajenación de los bienes de la liquidación, los honorarios profesionales que se causen con ocasión del proceso, los pagos a los auxiliares de la justicia y de conformidad con lo dispuesto por el literal h) del numeral 9 del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero todas las obligaciones que a juicio del Liquidador sean necesarias para la conservación de los activos de la entidad intervenida. En todo caso, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá señalar mediante instructivos de carácter general todos aquellos gastos administrativos que por su naturaleza constituyen gastos de funcionamiento.

Artículo 39. *Condiciones para la realización de los pagos.* Las restituciones de sumas excluidas de la masa de la liquidación, los pagos a cargo de la masa de la liquidación y del pasivo cierto no reclamado y el pago de la compensación por la pérdida de poder adquisitivo, se efectuarán en la medida en que las disponibilidades de la intervenida lo permitan y siguiendo estrictamente el orden que se señala en los siguientes artículos del presente capítulo.

Artículo 40. *Restitución de bienes excluidos de la masa de la liquidación.* Los bienes diferentes a sumas de dinero, excluidos de la masa de la liquidación, se entregarán una vez en firme la providencia que acepte las reclamaciones.

Pasados seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de la mencionada providencia, sin que los interesados se presentaren a recoger los bienes, el Liquidador podrá optar por entregarlos en depósito a empresas especializadas o en el caso de los bienes depositados en las cajillas a una institución financiera que tenga autorizada esta operación, en espera de que sus dueños se presenten a reclamarlos; o bien disponer que a dichos bienes se les dé el siguiente trámite:

El Liquidador evaluará y enajenará dichos bienes de acuerdo con el procedimiento establecido en el presente decreto y con el producto de la venta, deducidos los gastos de la misma, se constituirá una provisión por el término de seis (6) meses para que los recursos de la venta sean entregados a sus dueños, y en el evento en que durante este término tampoco se presentaren a recibir dichos recursos, estos se destinarán a efectuar restituciones o pagos a cargo de la liquidación y las acreencias a favor de los titulares de dichos bienes se incluirán en el pasivo cierto no reclamado a cargo de la intervenida.

En caso de que dentro del mismo término no se presentaren los titulares de cajillas de seguridad, para su apertura se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 1421 del Código de Comercio.

Artículo 41. *Restitución de sumas de dinero excluidas de la masa de la liquidación.* En la medida en que las disponibilidades de la intervenida lo permitan y cuantas veces sea necesario, el Liquidador señalará períodos para adelantar total o parcialmente la restitución de las sumas de dinero excluidas de la masa de la liquidación.

Las sumas disponibles que deban distribuirse entre personas que de acuerdo con la ley tengan derecho a ser pagadas con bienes excluidos de la masa, pero que no tengan derechos sobre un bien determinado, se dividirán a prorrata del valor de los respectivos créditos.

1. Operaciones de apoyo. Las sumas pagadas por concepto de seguro de depósito, las obligaciones a favor del Banco de la República por concepto de cupos de liquidez u otras operaciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, gozarán del derecho a ser cubiertas con sumas excluidas de la masa de la liquidación, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

2. Redescuento. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral anterior, con las sumas recibidas por la cancelación de créditos redescontados, antes o después de la intervención, incluyendo las que se reciban al hacer efectivas las garantías correspondientes, se pagarán las obligaciones derivadas de las respectivas operaciones de redescuento celebradas por el Banco de la República, cuando este intermedie líneas de crédito externo, el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario, Finagro; el Banco de Comercio Exterior S. A., Bancoldex; la Financiera de Desarrollo Territorial S. A., Findeter, y la Financiera Eléctrica Nacional, FEN, siempre y cuando dichas instituciones financieras hayan presentado oportunamente la correspondiente reclamación en la liquidación.

Las sumas recaudadas con anterioridad a la ejecutoria del acto administrativo que reconozca la respectiva reclamación se entregarán una vez este se encuentre en firme y las sumas que se recauden con posterioridad a dicha fecha se entregarán a la institución financiera correspondiente dentro de los cinco días hábiles siguientes a su recaudo.

La entrega de la cadera de redescuento se hará hasta la concurrencia del saldo que le adeuda la institución en liquidación a la fecha en la que se ordena esa medida y sin perjuicio de los derechos de la institución intervenida derivados del margen de redescuento y el diferencial de tasa de interés siempre que esta última asuma proporcionalmente los gastos derivados de la administración de la cartera.

Artículo 42. *Pago de los créditos a cargo de la masa de la liquidación.* Una vez restituidas las sumas de dinero excluidas de la masa de la liquidación, en la medida en que las disponibilidades de la intervenida lo permitan y cuantas veces sea necesario el Liquidador señalará períodos para realizar el pago parcial o total de los créditos a cargo de la masa de la liquidación, con sujeción a la prelación de pagos establecida.

Artículo 43. *Pago del pasivo cierto no reclamado.* Si después de cancelados los créditos a cargo de la masa de la liquidación subsistieren recursos, se procederá a cancelar el pasivo cierto no reclamado respetando la prelación de créditos prevista en la ley, para lo cual el Liquidador señalará un período que no podrá exceder de tres (3) meses.

Artículo 44. *Reglas para determinar y pagar la compensación por la pérdida de poder adquisitivo.* Si después de cancelados los créditos a cargo del pasivo cierto no reclamado subsistieren recursos, de conformidad con lo establecido en el numeral 17 del artículo 291 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el 24 de la Ley 510 de 1999, se procederá a cancelar la compensación por la pérdida de poder adquisitivo sufrida por los titulares de los créditos atendidos en la liquidación debido a la falta de pago oportuno cualquiera sea la naturaleza, prelación o calificación de los mismos, con excepción de los créditos que conforme al presente decreto correspondan a gastos de administración. Para liquidar la compensación por desvalorización monetaria se procederá así:

a) Se utilizará el índice mensual de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, del mes calendario siguiente a aquel en el cual la Superintendencia Bancaria haya dispuesto la toma de posesión.

Se actualizará cada crédito reconocido en la liquidación en moneda legal o el saldo del mismo, según el caso, con el índice antes señalado, certificado desde el mes indicado en el inciso anterior hasta la fecha que se fije para el inicio del período de pagos por compensación monetaria.

En todo caso, las sumas se actualizarán hasta la fecha en que el respectivo pago haya sido puesto a disposición de los acreedores;

b) Una vez descontadas las provisiones a que haya lugar conforme a la ley, la desvalorización monetaria será reconocida y pagada con cargo a los activos que quedaren de la institución financiera intervenida y hasta concurrencia del remanente de estos, a prorrata del valor de cada crédito. El pago se efectuará con sujeción al orden que corresponda a cada clase de acreencias, según su naturaleza y prelación legal, de acuerdo con lo indicado en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las normas civiles y comerciales;

c) Para el pago de la desvalorización monetaria se señalará un período de pagos que no podrá exceder de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha de su iniciación.

Las sumas por desvalorización que por cualquier causa no sean reclamadas dentro de ese plazo se destinarán a completar el pago de quienes recibieron compensación parcial en un término máximo de dos (2) meses, si a ello hubiere lugar. Vencido este último término, las sumas no reclamadas en cualquier etapa del proceso se entregarán al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con destino a la reserva correspondiente;

d) Al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras le corresponderá la desvalorización monetaria a que haya lugar sobre cada acreencia en forma proporcional a los pagos efectivamente realizados por concepto del seguro de depósito, calculada desde la fecha en que el Fondo realice el pago respectivo y hasta la fecha en que proceda el pago de la desvalorización.

Artículo 45. *Provisión en favor de titulares de los créditos reconocidos que no se presenten a recibir los pagos ordenados por el liquidador.* A la terminación del último período establecido para la restitución de créditos excluidos de la masa de la liquidación y, si es el caso, de los de la masa, que correspondan a reclamaciones oportunamente presentadas y aceptadas, con las sumas correspondientes a los titulares que no se hubieren presentado para el pago, el liquidador constituirá por el término de tres (3) meses una reserva representada en activos de alta seguridad, rentabilidad y liquidez para efectuar el pago a aquellos acreedores que se presenten.

En cualquier tiempo desde el inicio del primer período para adelantar la restitución de las correspondientes sumas, hasta el vencimiento del término de la respectiva reserva, el reclamante aceptado que no se haya presentado oportunamente a recibir tendrá derecho a la restitución en la misma proporción en que se haya efectuado a los demás reclamantes aceptados, salvo que se trate de aquellas sumas cuya restitución procede una vez hayan sido recaudadas.

En caso de que con el último pago ordenado, la entidad no alcance a cancelar la totalidad de los créditos excluidos de la masa de la liquidación en razón al agotamiento de sus activos, vencido el plazo de la provisión de que trata el primer inciso de este artículo, los dineros no cobrados se distribuirán a prorrata entre los acreedores que hubiesen cobrado oportunamente su acreencia debidamente reconocida, siempre y cuando el valor cancelado no exceda el total de la acreencia.

Cuando con el último pago ordenado, la entidad cubra la totalidad del valor de las acreencias de la no masa, una vez vencido el término de la provisión, los remanentes se destinarán a realizar pagos a cargo de la masa de la liquidación y los valores de los créditos cuyos titulares no se hayan presentado a recibirlos, se incorporarán como pasivo a cargo del pasivo cierto no reclamado.

Para el caso de la masa, se aplicará el mismo procedimiento descrito anteriormente, sobre los créditos de esa categoría. Cuando se trate del pago total de los créditos de esta categoría, los remanentes se destinarán al pago del pasivo cierto no reclamado.

Artículo 46. *Reglas para el pago de obligaciones por procesos en curso.* Cuando durante el proceso liquidatorio se produzcan sentencias judiciales en contra de la intervenida y las mismas estén en firme, se les dará el siguiente tratamiento para su pago:

a) Procesos iniciados antes de la toma de posesión: El Liquidador deberá constituir una reserva razonable con las sumas de dinero o bienes que proporcionalmente corresponderían respecto de obligaciones condicionales o litigiosas cuya reclamación se presentó oportunamente pero fueron rechazadas total o parcialmente, teniendo en cuenta los siguientes criterios: La prelación que le correspondería a la respectiva acreencia, en caso de ser fallada en contra de la liquidación y la evaluación sobre la posibilidad de un fallo favorable o adverso.

En caso de un fallo favorable para el demandante, este deberá proceder a solicitar la revocatoria de la resolución a que se refiere el artículo 26 de este decreto, en la parte correspondiente a su reclamación y en la cuantía en la cual fue rechazada, para proceder a su inclusión entre las aceptadas y a su pago en igualdad de condiciones a los demás reclamantes de la misma naturaleza y condición, sin que en ningún caso se afecten los pagos realizados con anterioridad.

Las condenas que correspondan a reclamaciones que no fueron presentadas oportunamente serán pagadas como pasivo cierto no reclamado;

b) Procesos iniciados con posterioridad a la toma de posesión: Cuando haya obligaciones condicionales o litigiosas originadas durante el proceso liquidatorio, se hará una reserva adecuada en poder del Liquidador para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, o mientras termina el juicio respectivo, según el caso. Terminada la liquidación sin que se haya hecho exigible la obligación condicional o litigiosa, la reserva se entregará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en calidad de mandato, o a una sociedad fiduciaria encargada de su pago.

Artículo 47. Restitución a herederos. En los casos y en las cuantías previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se podrá restituir las sumas reconocidas directamente a los herederos y al cónyuge de los depositantes y demás acreedores que fallezcan, sin necesidad de adelantar previamente juicio de sucesión.

Capítulo VI

Reglas sobre la culminación del proceso de liquidación forzosa administrativa

Artículo 48. Término máximo para culminar el proceso de liquidación forzosa administrativa. De conformidad con el numeral 2 del artículo 117 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 23 de la Ley 510 de 1999, cuando se disponga la liquidación forzosa administrativa de una institución financiera, la misma no podrá prolongarse por más de cuatro (4) años.

Parágrafo. Previa solicitud del Liquidador debidamente sustentada y presentada con una antelación no menor a tres (3) meses antes de que culmine el término para adelantar el proceso de liquidación forzosa administrativa, el Gobierno Nacional, mediante resolución ejecutiva, podrá prorrogar el término para adelantar el proceso de liquidación forzosa administrativa, en razón del tamaño de la entidad y las condiciones de la liquidación.

Artículo 49. Determinación del equilibrio financiero del proceso de liquidación forzosa administrativa. El Liquidador realizará cada seis (6) meses a partir del segundo año de la liquidación, o en cualquier momento del proceso a solicitud del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, una evaluación objetiva que permita establecer si la relación entre la venta de activos

y los gastos administrativos justifica continuar con el esfuerzo de realización de los activos para el pago de acreencias. En el evento en que el Liquidador determine que la relación no justifica la continuidad del proceso de realización de los activos y el pago de acreencias, deberá proceder de manera inmediata a aplicar las reglas sobre activos remanentes y situaciones jurídicas no definidas previstas en los siguientes artículos.

Artículo 50. *Reglas sobre activos remanentes.* Cuando la relación entre los activos comparados con los gastos administrativos no sea suficiente para continuar con la realización de los activos y el pago de las acreencias, se procederá así:

a) Adjudicación por consenso de los acreedores. El Liquidador requerirá a los acreedores que de acuerdo con la prelación legal tienen derecho a recibir el siguiente pago de su acreencia, para que propongan fórmulas de pagos mediante la adjudicación de los bienes remanentes hasta por el monto de los créditos. Los bienes podrán ser entregados directamente a los acreedores o a una entidad que sea elegida por los mismos y que se encuentre autorizada para administrar activos, a efectos de que esta realice dicha labor por cuenta de los acreedores.

Las propuestas o fórmulas de pago que se reciban serán sometidas a la aprobación de los acreedores que, de acuerdo con la ley y la resolución de reconocimiento de acreencias, tienen derecho a recibir el correspondiente pago.

El Liquidador aceptará las fórmulas de adjudicación que sean aprobadas por el voto favorable del cincuenta y uno por ciento (51%) de las acreencias y como mínimo la mitad más uno de los acreedores que tienen derecho a recibir el siguiente pago.

Si no se pudiere lograr la aceptación de las fórmulas de pago a que se refiere el presente literal, el Liquidador podrá acudir a cualquiera de los siguientes mecanismos, según estime conveniente;

b) Celebración de contratos. En concordancia con lo previsto en el numeral 11 del artículo 301 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Liquidador podrá suscribir directamente convenios o contratos de mandato con otras instituciones financieras intervenidas, con terceros e incluso con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, mediante los cuales contrate la realización de actividades relacionadas con la liquidación.

Igualmente, el Liquidador podrá constituir patrimonios autónomos y encargos fiduciarios o celebrar todo tipo de contratos para la administración y enajenación de los activos remanentes y para el pago de las obligaciones a cargo de la institución financiera en liquidación. En todo caso, deberá obtener la autorización del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en los casos previstos en el literal n) del numeral 1 del artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás previstos en la ley.

Para el cumplimiento del propósito señalado en este literal, atendiendo a circunstancias particulares como el tamaño de la institución, el número de acreedores, la naturaleza de los activos remanentes, los costos, entre otros factores, el Liquidador podrá contratar personas naturales o jurídicas de derecho público o privado que de conformidad con su objeto social puedan actuar como colectores de instituciones financieras intervenidas, o prestar

servicios especializados en administración, gestión y enajenación de los activos para la cancelación de los pasivos a cargo de instituciones financieras en liquidación.

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

Antes de suscribir y perfeccionar estos contratos, el Liquidador elaborará un informe detallado con destino a la Junta Asesora o a los acreedores, según el caso, en el que se justifique las razones por las cuales se estima conveniente suscribir estos contratos. Dicho informe deberá trasladarse a los acreedores por diez (10) días mediante la publicación de un aviso en un diario de amplia circulación nacional, con el fin de que presenten objeciones si hay lugar a ello. Las objeciones serán resueltas por el liquidador, en un plazo máximo de diez (10) días, contados a partir del vencimiento del plazo para su presentación.

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en ejercicio de la labor de seguimiento señalada en la ley, podrá pronunciarse sobre el desarrollo y ejecución de los contratos de que trata el presente artículo;

c) Adjudicación forzosa. El Liquidador podrá, mediante resolución debidamente motivada, adjudicar los activos remanentes entre los acreedores que tienen derecho a recibir el siguiente pago, a título de dación en pago, a prorrata y teniendo en cuenta las reglas de prelación de créditos reconocida dentro del proceso liquidatorio, siempre y cuando el monto, la naturaleza divisible y las condiciones de los activos remanentes permitan que la dación en pago se realice sin vulnerar el derecho de igualdad de los acreedores.

La adjudicación forzosa y las daciones en pago a los acreedores se harán sobre el ciento por ciento (100%) del último avalúo.

Artículo 51. *Reglas sobre situaciones no definidas.* Cuando subsistan procesos o situaciones jurídicas no definidas, el Liquidador previa información a los acreedores o a la junta asesora, según el caso, y siguiendo las reglas previstas en el inciso segundo del literal b) del artículo 50 del presente decreto, deberá encomendar la atención de dichas situaciones a otra institución financiera intervenida o a un tercero especializado, previa constitución de una reserva adecuada. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá pronunciarse sobre el desarrollo y ejecución de estos contratos en desarrollo de la labor de seguimiento señalada en la ley.

Artículo 52. *Terminación de la existencia legal.* El Liquidador declarará terminada la existencia legal de la institución financiera en liquidación, previa acreditación del cumplimiento de las condiciones que a continuación se señalan:

a) Que se encuentran plenamente determinadas las sumas y bienes excluidos de la masa, los créditos a cargo de la masa de la liquidación, el pasivo cierto no reclamado y la desvalorización monetaria, de conformidad con lo señalado en el presente decreto;

- b) Que se encuentra plenamente determinado el activo a cargo de la institución financiera en liquidación, de acuerdo con lo señalado en los artículos 31 y 32 del presente decreto;
- c) Que el pasivo externo a cargo de la institución financiera en liquidación se encuentra total y debidamente cancelado o que la totalidad de los activos de dicha institución se han distribuido entre los acreedores;
- d) Que en el evento en que se establezca que el proceso de liquidación forzosa administrativa se encuentra en desequilibrio financiero, el Liquidador haya adoptado y perfeccionado los esquemas previstos en los artículos 50 y 51 del presente decreto;
- e) Que las reservas previstas en el artículo 46 del presente decreto se encuentran debidamente constituidas;
- f) Que la provisión para el mantenimiento y conservación del archivo de la institución financiera en liquidación se encuentra debidamente constituida, y que el archivo haya sido entregado a quien tendrá la custodia del mismo;
- g) Que el cierre contable se haya realizado;
- h) Que una copia impresa y en medio digital del directorio de acreedores debidamente actualizado haya sido recibido en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;
- i) Que la rendición final de cuentas presentada por el Liquidador se encuentre en firme y protocolizada y una copia de la respectiva escritura pública se haya recibido en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;

Artículo 53. Terminación del proceso. El proceso de liquidación forzosa administrativa terminará cuando la resolución por la cual se declare terminada la existencia legal de una institución financiera en liquidación, luego de publicarse por una sola vez en un diario de amplia circulación nacional, quede en firme y sea inscrita en el registro mercantil.

Capítulo VII

Suspensión y reapertura del proceso de liquidación forzosa administrativa

Artículo 54. Suspensión del proceso liquidatorio. Cuando no puedan continuarse las etapas propias del proceso liquidatorio, por existir circunstancias tales como iliquidez transitoria o procesos judiciales pendientes de resolver, se podrá suspender el proceso por decisión del Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras mediante acto administrativo, previo concepto del Liquidador, quien junto con el contralor cesará en sus funciones temporalmente hasta tanto se reinicie la liquidación, sin perjuicio del deber de cuidado y custodia sobre los asuntos de la liquidación.

En el acto que ordene la suspensión se adoptarán las medidas a que haya lugar para atender los gastos que se causen durante la suspensión de la liquidación.

La suspensión del proceso liquidatorio tendrá las siguientes consecuencias:

a) Durante el periodo de suspensión la entidad no tendrá la obligación de presentar declaraciones tributarias. Las declaraciones que deberían presentarse durante dicho periodo se presentarán dentro de los dos meses siguientes a la terminación de la suspensión;

b) La contabilidad de la entidad se cortará a la fecha de la resolución de suspensión y se continuará una vez se reinicie el proceso liquidatorio;

Una vez terminen los motivos de la suspensión, el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras dispondrá la continuación de la liquidación.

Artículo 55. *Reapertura del proceso liquidatorio.* Si con posterioridad a la terminación del proceso, se tiene conocimiento de la existencia de bienes o derechos de propiedad de la institución financiera, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá ordenar la reapertura del proceso liquidatorio respectivo con el fin de que se adelante la realización de tales activos y el pago de los pasivos insolutos a cargo de la respectiva institución financiera, hasta concurrencia de tales activos.

En estos eventos el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras designará un Liquidador para que lleve a cabo el proceso de liquidación en lo que sea pertinente, conforme a las normas previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en este Decreto.

El Liquidador dará a conocer esa decisión mediante la publicación de dos avisos sucesivos en periódicos de amplia circulación nacional, con un intervalo no menor a tres días hábiles.

Cuando el valor de los nuevos derechos o activos sea inferior a los costos en que se incurriría en la reapertura del proceso o los valores a repartir entre cada uno de los acreedores sea inferior al diez por ciento (10%) del promedio de los saldos insolutos, no procederá la reapertura del proceso y los activos remanentes se entregarán en administración directamente al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Parágrafo. También se podrá ordenar la reapertura del proceso liquidatorio después de que se haya declarado su terminación, cuando surjan situaciones que hubieran quedado pendientes, siempre y cuando el solicitante sufrague los gastos a que haya lugar.

Capítulo VIII Rendición de cuentas

Artículo 56. *Fecha para la rendición de cuentas.* El Liquidador rendirá cuentas comprobadas de su gestión en las oportunidades y en la forma prevista en el literal g) del numeral 9 del artículo 295 y en el artículo 297 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Para tal efecto, salvo que el Liquidador señale otra fecha, de lo cual deberá avisar a los acreedores por medio de un oficio remitido a cada uno de ellos o por aviso publicado en un medio masivo de comunicación, para efectos de la rendición de cuentas se dará traslado de las mismas dentro del mes siguiente a la fecha en la cual el Liquidador se separe del cargo y anualmente a partir del quince (15) de abril de cada año calendario o el día siguiente hábil, si dicho día no lo fuera, y en todo caso comprenderán únicamente la gestión realizada entre la última rendición de cuentas y la que presenta.

Artículo 57. *Rendición de cuentas a los accionistas.* Cuando se haya cancelado la totalidad del pasivo externo a cargo de la institución financiera intervenida, constituido las provisiones requeridas y cubierto los gastos de la liquidación, el Liquidador convocará a los accionistas de la institución financiera liquidada, mediante aviso que se publicará en diario de amplia circulación, para hacerles entrega de la rendición final de cuentas y del remanente de activos en el evento que subsistieran.

Rendidas las cuentas y entregado el remanente si a ello hay lugar, a partir de este momento cesarán las obligaciones del Fondo y del Liquidador por él designado.

Si hecha debidamente la convocatoria no se integra el quórum, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes se convocarán en la misma forma a una segunda asamblea en la cual se podrá decidir válidamente con cualquier número de accionistas. Si a dicha reunión no concurre ningún accionista se tendrá por presentada y aprobada la rendición de cuentas, se constituirá con recursos provenientes de la liquidación un fondo para el mantenimiento y conservación del archivo de la institución y se hará entrega de los activos remanentes al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Artículo 58. *Rendición de cuentas a fideicomitentes y/o beneficiarios.* La rendición de cuentas a los fideicomitentes y/o beneficiarios se realizará en las fechas y en los mismos términos establecidos en los dos artículos precedentes y adicionalmente contendrá la información específica de cada uno de los contratos administrados por la institución fiduciaria en liquidación.

Capítulo IX La Junta Asesora del Liquidador

Artículo 59. *Integración de la Junta asesora.* En los procesos de liquidación habrá una Junta Asesora del Liquidador la cual se reunirá en cualquier tiempo cuando sea convocada por el Liquidador o por el Contralor y, en todo caso, en reunión ordinaria, el 1° de abril de cada año a las 10 a.m. en la oficina principal de la entidad en liquidación.

La Junta estará integrada por cinco miembros, de los cuales tres serán los acreedores cuyos créditos vigentes sean los de mayor cuantía y dos serán designados periódicamente por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Cuando no acepten alguno o algunos de los acreedores cuyos créditos son los de mayor cuantía, se designará a los acreedores que por el valor de los créditos siguen en turno.

Para la designación de los dos miembros restantes el Fondo, por conducto de la Liquidación, hará una invitación pública a todos los acreedores minoritarios para que por escrito manifiesten su intención y aceptación para integrar la Junta Asesora, la cual quedará conformada por los dos (2) primeros acreedores minoritarios que hagan llegar su aceptación, circunstancia esta que el Liquidador deberá informar al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. El Liquidador publicará y comunicará la integración de la Junta Asesora.

La Junta Asesora deliberará con la mitad más uno de sus integrantes y decidirá al menos con el voto favorable de igual número de miembros. Cuando la Junta no pueda sesionar por falta de quórum el Liquidador la citará nuevamente y por una sola vez para los diez días siguientes, convocando directamente a los acreedores que según el valor de sus créditos deban reemplazar a quienes no concurrieron, si dentro de los tres (3) días siguientes los

mismos no han justificado su inasistencia. En este caso la Junta deliberará y decidirá con cualquier número plural de miembros que asistan. Cuando se trate de la reunión ordinaria, en el evento de que no sesione la Junta, el liquidador dará traslado de las cuentas a los acreedores a partir de la fecha de la segunda y última convocatoria.

La Junta Asesora del Liquidador tendrá las funciones previstas en el presente decreto para la Junta Asesora del Agente Especial.

Parágrafo 1º. Durante su proceso de constitución la Junta podrá sesionar, deliberar y decidir con tres (3) de sus miembros.

Parágrafo 2º. Desde el reconocimiento de los créditos y hasta cuando se concluyan los pagos por concepto de restitución de sumas excluidas de la masa de la liquidación, la Junta sólo podrá estar integrada por acreedores de tales sumas. Una vez éstas hayan sido canceladas la Junta se integrará con acreedores de la masa de la liquidación.

Parágrafo 3º. En caso de que por alguna circunstancia no pueda sesionar la junta, el Liquidador no podrá suspender las decisiones a adoptar, sino seguir con el procedimiento dando publicidad mediante medios idóneos e informando a la junta en la sesión siguiente.

Capítulo X Disposiciones finales

Artículo 60. *Archivo.* De acuerdo con el artículo 96 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 22 de la ley 795 de 2003, los libros y papeles anteriores a la toma de posesión de las instituciones financieras sometidas al proceso de liquidación forzosa administrativa, deberán conservarse por cinco (5) años, contados a partir de la fecha del respectivo asiento, sin perjuicio de los términos establecidos en normas especiales. Transcurrido este lapso podrán ser destruidos siempre que, por cualquier medio técnico adecuado, se garantice su reproducción exacta. El Liquidador, antes de entregar el archivo a la entidad contratada para su custodia, deberá realizar la depuración y consecuente destrucción de aquellos documentos que no se encuentre obligado a conservar.

Los libros y papeles de la liquidación se someterán a lo dispuesto en el artículo 134 del Decreto 2649 de 1993 para las sociedades comerciales en liquidación. Las entidades financieras públicas en liquidación se regirán en esta materia por lo previsto en el parágrafo del artículo 96 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 22 de la Ley 795 de 2003.

El Liquidador podrá adoptar medidas especiales para la conservación de los documentos en materia fiscal y laboral de las entidades financieras privadas en liquidación, para lo cual, antes de proceder a la entrega del archivo, deberá remitir una copia auténtica de la carpeta laboral a la última Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) y a los respectivos trabajadores a la última dirección registrada por ellos en la entidad.

La organización del archivo de las entidades financieras públicas en liquidación se sujetará a las normas especiales y a los acuerdos del Archivo General de la Nación.

Artículo 61. *Directorio de acreedores.* El Liquidador de cada institución financiera en liquidación deberá conformar y mantener actualizado el respectivo directorio de los acreedores y accionistas con la indicación del nombre, domicilio, dirección, teléfono, documento de identificación, número de reclamación, la cuantía y la prelación en el pago reconocido o la participación en el capital social respectivamente.

Parágrafo. Los acreedores están obligados a notificar al Liquidador todo cambio en su dirección o teléfonos en los cuales pueden ser contactados.

Artículo 62. *Instructivos.* Sin perjuicio de la competencia y responsabilidad que les corresponde a los Liquidadores, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá expedir instructivos de carácter general en relación con los diferentes aspectos del proceso de liquidación forzosa administrativa.

Artículo 63. *Normas de aplicación en el tiempo de las reglas de procedimiento.* Lo dispuesto en el presente decreto se aplicará a los procesos en curso, sin perjuicio de que los recursos interpuestos, los términos que hubiesen comenzado a correr y las notificaciones o citaciones que se estén surtiendo se rijan por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, empezó a correr el término o a surtirse la notificación.

Artículo 64. *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga el Decreto 2418 de 1999 y las normas que le sean contrarias.

Jurisprudencia

Habeas data

*Imposibilidad de exigir el ejercicio
de la facultad reglamentaria por la acción
de cumplimiento*

Obligaciones bancarias de los desplazados

Pensión de invalidez

HÁBEAS DATA

Corte Constitucional. M. P. Jaime Córdoba Triviño. Sentencia T-049 del 29 de enero de 2004. Expedientes T-779.731 y T-789.683

Síntesis: *La Corte reitera la cosa juzgada constitucional en el tema, centrándose en el argumento según el cual la vigencia del término de caducidad de la información financiera negativa no afecta la protección efectiva del derecho fundamental al hábeas data.*

«(...)

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver el siguiente interrogante: ¿La conservación, por parte de administradores de bases de datos, de información financiera negativa dentro de los términos de caducidad introducidos por la jurisprudencia constitucional, vulnera los derechos fundamentales a la intimidad, el buen nombre y el hábeas data de los titulares del dato?

Para este fin, la Corte reiterará su jurisprudencia sobre la protección de datos personales y su aplicación en el caso de la información recopilada con destino al cálculo del riesgo financiero. Además, hará algunas breves consideraciones relacionadas con el alcance de la cosa juzgada constitucional que declara la inexequibilidad de normas respecto a las decisiones de los jueces de tutela. Luego, con base en estos contenidos, procederá a resolver cada uno de los casos concretos contenidos en los expedientes de la referencia.

Alcance del derecho fundamental al hábeas data y la caducidad del dato financiero negativo. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 15 de la Constitución Política¹ contiene un plexo de derechos de libertad relacionados con el acceso y control de los datos relacionados con la información personal. En primer lugar, esta disposición consagra el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, prerrogativa oponible tanto al Estado como a los particulares. En segundo lugar, la norma otorga a los individuos el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellos en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. Por último, el mismo artículo estipula la obligación de respetar la libertad y demás garantías constitucionales en el ejercicio de las actividades de recolección, tratamiento y circulación de datos, además que prescribe la regla general de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, las cuales sólo podrán ser interceptadas o registradas por orden judicial o a través del control jurisdiccional posterior en aquellos eventos en que se pretenda la prevención de acciones terroristas, de conformidad con la re-

¹ El artículo 15 de la Carta fue modificado por el Acto Legislativo 02 de 2003.

glamentación estatutaria que se prevea para esta materia.

Las prerrogativas antes enunciadas, empero, presentan algunos problemas constitucionales de importancia cuando en cada caso concreto interactúan con otros derechos fundamentales, en especial el derecho a la información. En efecto, el artículo 20 C.P.

garantiza la libertad de expresar y difundir el pensamiento y opiniones y la de informar y recibir información veraz e imparcial, facultades que entran en tensión con el ejercicio del derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa², puesto que, de un lado, la Carta protege el derecho a que la información personal sea protegida de la indebida intervención y conocimiento por parte de terceros y, del otro, otorga al conglomerado la posibilidad de recibir información veraz e imparcial,

dentro de la cual están incluidos, por supuesto, datos relativos a sujetos individualmente considerados. Entonces, se está ante la necesidad de fijar límites en el ejercicio de cada derecho, para que, sin vaciar el con-

tenido de su núcleo esencial, puedan materializarse de forma coetánea.

Esta tensión entre derechos fundamentales se hace patente al analizar el alcance y las consecuencias de la recolección de datos destinada al cálculo del riesgo crediticio. Al respecto, debe advertirse cómo la labor que llevan a cabo las centrales de información financiera

(i) está enmarcada en el ejercicio del derecho a informar antes descrito, (ii) versa principalmente sobre datos relacionados con el comportamiento comercial de personas naturales y jurídicas, (iii) tiene una relación inescindible con el correcto funcionamiento del servicio de intermediación financiera, que es de interés público según lo dispuesto el artículo 335 C.P., y (iv) es un presupuesto para el mantenimiento de la confianza en el sistema de ahorro y crédito por parte de sus usuarios³. Por ende, concurren suficientes argumentos para concluir que la

actividad realizada por las centrales de información crediticia, en especial la creación de registros sobre comportamiento financiero, pretende la satisfacción de un fin constitucionalmente legítimo.

La labor que llevan a cabo las centrales de información financiera (i) está enmarcada en el ejercicio del derecho a informar, (ii) versa principalmente sobre datos relacionados con el comportamiento comercial de personas naturales y jurídicas, (iii) tiene una relación inescindible con el correcto funcionamiento del servicio de intermediación financiera

² Este concepto fue desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-729/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³ Con relación a la justificación, desde el ámbito constitucional, de la recolección y tratamiento de información sobre riesgo crediticio, pueden consultarse, entre otras, las Sentencias SU-082/95 M.P. Jorge Arango Mejía y T-355/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sin embargo, el ejercicio de la actividad de recopilación, tratamiento y circulación de reportes sobre riesgo crediticio carece de alcance ilimitado, pues ello afectaría el goce de los derechos a la intimidad personal y familiar y al buen nombre⁴. Entonces, con el fin que estos derechos sean salvaguardados, la jurisprudencia constitucional ha establecido restricciones definidas a la recopilación de información financiera, límites que se derivan del derecho fundamental al hábeas data, entendido como la facultad que tiene toda persona a conocer, actualizar y rectificar la información que sobre ella esté contenida en bancos de datos, tanto de naturaleza pública como privada.

En primer lugar, los datos contenidos en las bases deben versar, de forma exclusiva, sobre asuntos relacionados con la activi-

dad comercial y financiera del titular de la información, proscribiéndose la inclusión de datos propios de la esfera íntima del individuo -categoría definida en la doctrina como información sensible-⁵ o que no resulten relevantes para el cálculo del riesgo crediticio. En segundo lugar, los administradores de las centrales de información financiera están en la obligación de suministrar a los titulares de los datos las herramientas adecuadas y suficientes para que ejerzan sus facultades constitucionales de conocimiento, actualización y rectificación antes citadas, a fin que la información consignada en las bases responda a criterios de veracidad y exactitud.

Con base en las prerrogativas contenidas en este último deber de los administradores de las centrales de información financiera, la

4 Un análisis del derecho al buen nombre a la luz de la recopilación de información personal de índole crediticia se encuentra en la Sentencia T-783/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 La prohibición de incluir en los registros sobre riesgo financiero datos relacionados con la información sensible del individuo fue analizada por la Corte en la Sentencia SU-082/95 M.P. Jorge Arango Mejía, la que sobre el tema estimó:

"La primera pregunta que surge al intentar el análisis de este asunto, es ésta: ¿la conducta de una persona en lo tocante al cumplimiento de sus obligaciones con los establecimientos de crédito y con el comercio, es asunto que sólo pertenece a su fuero íntimo, desprovisto, por lo mismo, de implicaciones sociales? ¿O, por el contrario, es algo que forma parte de su comportamiento social, sobre lo cual los demás miembros de la comunidad, especialmente los dedicados a la concesión de créditos, tengan eventualmente el derecho a recibir información?

Cuando el artículo 15 de la Constitución consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, es evidente que ampara, en primer lugar, aquello que atañe solamente al individuo, como su salud, sus hábitos o inclinaciones sexuales, su origen familiar o racial, sus convicciones políticas y religiosas. Ampara, además, la esfera familiar, lo que acontece en el seno de la familia, que no rebasa el ámbito doméstico. Nadie extraño tiene, en principio, por qué conocer cómo discurre la vida familiar. Sólo en circunstancias anormales, y precisamente para volver a la normalidad, el Estado, por ejemplo, interviene, y temporalmente el derecho a la intimidad familiar debe ceder frente a otro superior.

(...)

Entendidas así la intimidad personal y familiar, es claro que resulta exagerado colocar en su mismo plano el comportamiento de una persona en materia crediticia. Ello, por varias razones.

La primera, que el ser buen o mal pagador es algo que necesariamente no sólo interesa al deudor, sino a éste y a quienes son sus acreedores actuales o potenciales.

La segunda, que lo relativo al crédito tiene un contenido económico, que no puede equipararse con lo que pertenece a planos superiores, como la vida, la libertad y la dignidad del hombre.

Dicho en los términos más sencillos, quien obtiene un crédito de una entidad dedicada a esta actividad y abierta al público, no puede pretender que todo lo relacionado exclusivamente con el crédito, y en especial la forma como él cumpla sus obligaciones, quede amparado por el secreto como si se tratara de algo perteneciente a su intimidad. Lo anterior sin perjuicio de lo que se señalará sobre la titularidad del dato personal, en otra parte de esta sentencia."

Corte ha reconocido la necesidad de establecer un término de caducidad del dato negativo, que impida el uso abusivo e indiscriminado del poder informático que ejercen dichas centrales y que permita el cálculo del riesgo financiero en condiciones de razonabilidad frente a los usuarios del sistema de crédito y las instituciones que ejercen labores de intermediación financiera y de suministro de bienes y servicios. Sobre este punto gravitan las reglas jurisprudenciales introducidas por la Sentencia SU-082 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía, decisión que sobre ese particular señaló:

"Novena.- Límite temporal de la información: la caducidad de los datos.

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

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

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

Corresponde al legislador, al reglamentar el habeas data, determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones. Igualmente corresponderá a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley que reglamente este derecho, establecer si el término que se fije es razonable y si las condiciones en que se puede suministrar la información se ajustan a la Constitución.

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

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

En este orden de ideas, sería irrazonable la conservación, el uso y la divulgación informática del dato, si no se tuviera en cuenta la ocurrencia de todos los siguientes hechos:

- a) Un pago voluntario de la obligación;
- b) Transcurso de un término de dos (2) años, que se considera razonable, término contado a partir del pago voluntario. El término de dos (2) años se explica porque el deudor, al fin y al cabo, pagó voluntariamente, y se le reconoce su cumplimiento, aunque haya sido tardío. Expresamente se exceptúa el caso en que la mora haya sido inferior a un (1) año, caso en el cual, el término de caducidad será igual al doble de la misma mora; y,

Corresponde al legislador, al reglamentar el habeas data, determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones. Igualmente corresponderá a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley que reglamente este derecho, establecer si el término que se fije es razonable y si las condiciones en que se puede suministrar la información se ajustan a la Constitución.

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

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

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

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

Igualmente debe advertirse que si el demandado en proceso ejecutivo invoca excepciones, y éstas prosperan, y la obligación se extingue porque así lo decide la sentencia, el dato que posea el banco de datos al respecto, debe des-

aparecer. Naturalmente se exceptúa el caso en que la excepción que prospere sea la de prescripción, pues si la obligación se ha extinguido por prescripción, no ha habido pago, y, además, el dato es público."

Hasta el momento, el Legislador no ha expedido la ley estatutaria que regule el tema de la caducidad del dato financiero negativo, razón por la cual, en vista del vacío legal existente, los plazos fijados por esta Corporación, destinados a proteger el derecho fundamental al hábeas data, continúan siendo aplicables. En consecuencia, la vulneración de dicho derecho constitucional se hace presente en aquellas situaciones en que el administrador de la base de datos conserva el reporte crediticio negativo por un plazo superior al prescrito en las reglas jurisprudenciales transcritas.

Así, si el titular de la información impetra el amparo constitucional con base en estos elementos de orden fáctico, será deber del juez de tutela verificar el incumplimiento del término y, de encontrarse probado, proceder a emitir la orden consistente en la eliminación del registro respectivo, con el objeto de restablecer al interesado en el ejercicio del derecho fundamental al hábeas data.

La caducidad del dato financiero negativo y los principios de la administración de datos personales

Aunque las reglas jurisprudenciales contenidas en el citado precedente resultan en principio suficientes para resolver los problemas constitucionales relacionados con la caducidad del dato negativo, la Sala advierte cómo es necesario analizar la validez de dichas reglas a la luz de los principios ordenadores de la administración de datos personales estudiados por esta Corporación, en especial en la Sentencia T-729 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Para la Corte, la actividad de recopilación, gestión y circulación de datos personales, si

En este sentido, de las facultades de conocimiento, actualización y rectificación de los datos personales contenidos en centrales de información se derivan los principios de libertad, necesidad, veracidad, integridad, incorporación, finalidad, utilidad, circulación restringida, caducidad e individualidad.

bien es imprescindible para el normal desarrollo de múltiples ámbitos de la vida social y constituye, como se dijo anteriormente, una expresión de la libertad de informar consagrada en el artículo 20 C.P., el ejercicio indiscriminado de tal derecho contrae la afectación de otros bienes constitucionalmente valiosos, como la intimidad, la honra, el buen nombre y, para el caso específico de la información financiera, el derecho a la libertad económica, puesto que al consignarse datos sobre crédito de manera errónea, inexacta o carente de actualidad, se impide la exactitud en el cálculo del nivel de riesgo y con ello se priva del acceso de recursos del mercado financiero a los distintos agentes económicos, afectándose con ello el sistema de intermediación en su conjunto.

A fin de evitar tales consecuencias lesivas en términos de protección de derechos fundamentales, resulta útil fijar una serie de princi-

pios para la administración de datos personales, que tiendan a facilitar la labor de ponderación entre las prerrogativas constitucionales en tensión. En este sentido, de las facultades de conocimiento, actualización y rectificación de los datos personales contenidos en centrales de información se derivan los principios de libertad, necesidad, veracidad, integridad, incorporación, finalidad, utilidad, circulación restringida, caducidad e individualidad.⁶

Para la Sala, es evidente que varios de los principios citados comparten identidad de propósitos con la disposición de un término de caducidad del dato negativo. Este es el caso del principio de necesidad, pues la identificación del nivel de riesgo financiero, de manera general, debe basarse en la situación comercial actual del usuario del recurso de crédito, razón por la cual la inclusión en la base de datos de información sobre deudas que estuvieron en mora y fueron pa-

⁶ La definición de cada principio es expuesta en la Sentencia T-729/02 del siguiente modo:

"Según el principio de libertad, los datos personales sólo pueden ser registrados y divulgados con el consentimiento libre, previo y expreso del titular, de tal forma que se encuentra prohibida la obtención y divulgación de los mismos de manera ilícita (ya sea sin la previa autorización del titular o en ausencia de mandato legal o judicial). En este sentido por ejemplo, se encuentra prohibida su enajenación o cesión por cualquier tipo contractual.

Según el principio de necesidad, los datos personales registrados deben ser los estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades perseguidas con la base de datos de que se trate, de tal forma que se encuentra prohibido el registro y divulgación de datos que no guarden estrecha relación con el objetivo de la base de datos.

Según el principio de veracidad, los datos personales deben obedecer a situaciones reales, deben ser ciertos, de tal forma que se encuentra prohibida la administración de datos falsos o erróneos.

gadas no puede tener vocación de perennidad, ello porque el paso del tiempo privaría de idoneidad al dato para la determinación del nivel de riesgo, tornándose por ende en innecesario. Relación similar se encuentra ante el principio de utilidad, ya que el reporte sobre créditos puestos al día es menos eficaz en términos de determinación del nivel de riesgo financiero, cuando media un espacio de tiempo considerable entre la fecha del pago y el momento en que se efectúa el cálculo de dicho nivel.

La compatibilidad expresada se torna aún más estrecha respecto al principio de caducidad, pues este mandato impide que los administradores de las bases de datos per-

sonales conserven la información desfavorable de manera indefinida, por lo que ésta deberá ser eliminada del registro después de un término proporcional y razonable que responda a las causas que motivaron la inclusión del reporte, las que, en el caso bajo estudio, están relacionadas con la necesidad de determinar el grado de riesgo crediticio.

Sin embargo, podría argumentarse válidamente que la fijación de un término de caducidad para la información financiera desfavorable es contraria al principio de incorporación. De acuerdo con este principio, los administradores de las bases de datos están en la obligación de incluir en sus registros la información que genere situaciones ventajosas a favor de su titu-

Según el principio de integridad, estrechamente ligado al de veracidad, la información que se registre o se divulgue a partir del suministro de datos personales debe ser completa, de tal forma que se encuentra prohibido el registro y divulgación de datos parciales, incompletos o fraccionados. Con todo, salvo casos excepcionales, la integridad no significa que una única base de datos pueda compilar datos que, sin valerse de otras bases de datos, permitan realizar un perfil completo de las personas.

Según el principio de finalidad, tanto el acopio, el procesamiento y la divulgación de los datos personales, deben obedecer a una finalidad constitucionalmente legítima, definida de manera clara, suficiente y previa; de tal forma que queda prohibida la recopilación de datos sin la clara especificación acerca de la finalidad de los mismos, así como el uso o divulgación de datos para una finalidad diferente a la inicialmente prevista.

Según el principio de utilidad, tanto el acopio, el procesamiento y la divulgación de los datos personales, deben cumplir una función determinada, como expresión del ejercicio legítimo del derecho a la administración de los mismos; por ello, está prohibida la divulgación de datos que, al carecer de función, no obedezca a una utilidad clara o determinable.

Según el principio de circulación restringida, estrechamente ligado al de finalidad, la divulgación y circulación de la información está sometida a los límites específicos determinados por el objeto de la base de datos, por la autorización del titular y por el principio de finalidad, de tal forma que queda prohibida la divulgación indiscriminada de los datos personales.

Según el principio de incorporación, cuando de la inclusión de datos personales en determinadas bases, deriven situaciones ventajosas para el titular, la entidad administradora de datos estará en la obligación de incorporarlos, si el titular reúne los requisitos que el orden jurídico exija para tales efectos, de tal forma que queda prohibido negar la incorporación injustificada a la base de datos.

Según el principio de caducidad, la información desfavorable al titular debe ser retirada¹ de las bases de datos siguiendo criterios de razonabilidad y oportunidad, de tal forma que queda prohibida la conservación indefinida de los datos después que han desaparecido las causas que justificaron su acopio y administración.

Según el principio de individualidad, las administradoras deben mantener separadamente las bases de datos que se encuentren bajo su administración, de tal forma que queda prohibida la conducta dirigida a facilitar cruce de datos a partir de la acumulación de informaciones provenientes de diferentes bases de datos.

Además de las obligaciones derivadas de los principios rectores del proceso de administración de bases de datos personales, existen otros que tienen su origen directo en normas constitucionales y legales, sobre todo lo relativo a la obligación de diligencia en el manejo de los datos personales y la obligación de indemnizar los perjuicios causados por las posibles fallas en el proceso de administración."

lar, a condición que éste reúna los requisitos que la ley exija para tal fin. En tal sentido, es claro que dentro de estas circunstancias favorables está la exclusión de los datos sobre mora de créditos actualmente redimidos, por lo que conservar dicha información, incluso durante un término previamente definido, constituiría una violación del principio de incorporación.

Para solucionar esta controversia, debe hacerse de nuevo referencia al ejercicio del derecho al hábeas data, entendido como mecanismo de ponderación entre los derechos a la información, la intimidad y el buen nombre. En estricto sentido, la existencia del principio de incorporación se deriva de la facultad constitucional que tiene el individuo de actualizar la información personal contenida en una base de datos; sin embargo, como se tuvo oportunidad de señalar anteriormente, el uso de esta facultad, al igual que las de conocimiento y rectificación, está limitada por la vigencia de otros bienes jurídicos valiosos, entre ellos, el interés general, el buen funcionamiento del sistema de intermediación financiera y la protección del ahorro público a través de un adecuado cálculo del riesgo crediticio.

Analizados los dos extremos de esta tensión entre derechos fundamentales, observa la Sala cómo la eliminación del registro negativo, de forma inmediata y una vez se produzca el pago de la obligación, constituye un ejercicio desproporcionado de la facultad de actualización del dato financiero, puesto que tal actuación es contraria a la efectiva vigencia de los bienes constitucionales a los que hizo referencia, relacionados con el derecho a la información y el normal funcionamiento del sistema de crédito.

De este modo, la consagración de un término de caducidad del dato negativo se torna en una herramienta útil para proteger los

intereses del deudor titular de la información y de los demás agentes económicos, incluidas las instituciones comerciales y financieras, pues, de un lado, permite que la información esté disponible para su utilización en el cálculo del nivel de riesgo crediticio durante un lapso de tiempo razonable y, del otro, obliga a la exclusión del dato nega-

La consagración de un término de caducidad del dato negativo se torna en una herramienta útil para proteger los intereses del deudor titular de la información y de los demás agentes económicos, incluidas las instituciones comerciales y financieras.

tivo concluido dicho término, en aras de salvaguardar la intimidad y buen nombre del deudor que cumplió voluntaria o judicialmente con el pago y que, como lo ha señalado esta Corporación en oportunidades anteriores,⁷ tiene derecho a que su buen comportamiento comercial actual sirva para redimir las consecuencias jurídicas de la mora en la que incurrió en el pasado.

Efecto de las decisiones judiciales que declaran la inexequibilidad de normas. Imposibilidad de aplicación por parte del juez de tutela de disposiciones inconstitucionales. Reiteración de jurisprudencia

Los jueces de instancia en cada uno de los expedientes acumulados en el presente trámite fundaron sus decisiones, entre otros

7 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-082/95. Más recientemente, sobre este particular puede consultarse la Sentencia T-060/03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

preceptos, en las disposiciones legales contenidas en el artículo 19 de la Ley 716 de 2001, que concedían el beneficio de la caducidad inmediata de la información financiera negativa a los deudores que se pusieran al día en el pago de sus créditos dentro del año siguiente a la expedición de dicha norma. Sin embargo, el citado artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-687 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, como consecuencia de la violación de la reserva de ley estatutaria en los términos del artículo 152 literal a de la Carta Política, puesto que la norma regulaba aspectos propios del núcleo esencial del derecho fundamental al hábeas data, y, por ello debía tramitarse según las reglas establecidas en el artículo 153 C.P. y no a través del procedimiento legislativo ordinario.

Los efectos jurídicos de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional que declaran la inexecutable de leyes están definidos en el artículo 243 Superior, el cual estipula que dichos fallos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Este instituto es definido por la jurisprudencia de esta Corporación como el fenómeno "mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Por lo tanto, De ella surge una restricción negativa consistente en la imposibilidad de que el juez constitucional vuelva a conocer y decidir sobre lo resuelto"⁸. Tal restricción, por supuesto, también contrae la obligación que tiene las distintas autoridades, entre ellas los jueces, de no aplicar, al momento de resolver los casos sometidos a su estudio, las disposiciones retiradas del ordenamiento por el tribunal constitucional. En un caso en que un Tribunal Administrativo utilizó normas

declaradas inexecutables para decidir un asunto relativo a la admisión de una acción de cumplimiento destinada a la realización de una consulta popular, la Corte señaló:

"El inciso primero del artículo 243 de la Carta establece en forma expresa que los fallos dictados en ejercicio del control constitucional atribuido a la Corte hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Esta característica comporta la producción de efectos jurídicos, en cuanto su obligatoriedad, generalidad, y oponibilidad a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna⁹.

El valor de la cosa juzgada implica que ninguna norma que haya sido retirada del ordenamiento jurídico por decisión de la Corte, podrá ser revivida mediante su reproducción, mientras subsistan las causas que dieron origen a la declaratoria de su inexecutable, ni mucho menos aplicada por los distintos operadores jurídicos en los asuntos sometidos a su conocimiento y decisión.

Considera la Sala que las razones que se aducen en las providencias cuestionadas contradicen de manera ostensible tanto la cosa juzgada, como la doctrina constitucional contenida en la sentencia C-157/98, pues la Corte al declarar inexecutable el inciso segundo del art. 2 de la ley 393/97, según el cual la interpretación por el juez del no cumplimiento de la norma por la autoridad debía ser restrictiva y aparecer evidente el incumplimiento consideró, por el contrario, que éste debía ser deducido razonablemente por el juez con base en el análisis de la norma y de las pruebas incorporadas al proceso."¹⁰

En conclusión, las providencias judiciales que aplican normas declaradas inexecutables son contrarias al Estatuto Superior, pues desconocen el valor de la cosa juzgada constitucional dispuesta en el artículo 243 C. P., al igual que la naturaleza vinculante del precedente jurisprudencial proferido por la Corte en ejercicio del control constitucio-

8 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-774/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

9 Sentencia 600/98. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

10 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-814/99 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

nal de las leyes. Por lo tanto, es claro que los jueces de instancia transgredieron esta prohibición en el uso de la norma declarada inexecutable, situación que será tenida en cuenta al momento de decidir sobre cada asunto en particular.

Casos concretos

La solución del problema jurídico planteado en los expedientes acumulados consiste en determinar si se ha vulnerado el derecho fundamental al hábeas data como consecuencia de la conservación de la información financiera negativa en la base de datos por un término superior al fijado en la regla jurisprudencial contenida en la Sentencia SU-082/95. En caso afirmativo, la Sala deberá revocar las decisiones de los jueces de instancia y, en su lugar, conceder el amparo invocado y ordenar la actualización inmediata del registro a través de la eliminación del dato correspondiente. En el evento contrario, esto es, que resulte probado que la información ha sido conservada en la base de datos durante la vigencia del término de caducidad, la protección del derecho al hábeas data por parte del juez de tutela no será procedente.

Vistos los presupuestos fácticos de cada una de las controversias jurídicas sometidas a revisión, se concluye que las centrales de información financiera accionadas no afectaron con su conducta derecho fundamental alguno. Respecto a la primera situación (expediente T-779731) se observa cómo el señor (...) pagó voluntariamente la obligación derivada de su tarjeta de crédito del Banco (...) el día 5 de noviembre de 2001, por lo que, al haberse comprobado un periodo de mora superior a un año, el dato crediticio negativo podía conservarse en la base de datos hasta el día 4 de diciembre de 2003, fecha esta posterior al momento en que se interpuso la acción de tutela, razón por la cual la conservación del dato por parte de la Cifin resultaba legítima a la luz del término de caducidad señalado por la Corte.

La solución del problema jurídico planteado en los expedientes acumulados consiste en determinar si se ha vulnerado el derecho fundamental al hábeas data como consecuencia de la conservación de la información financiera negativa en la base de datos por un término superior al fijado en la regla jurisprudencial contenida en la Sentencia SU-082/95.

Similares previsiones son aplicables al caso expuesto en el expediente T-789.683. En efecto, el señor (...) puso al día su crédito con el establecimiento de comercio (...) el día 9 de enero de 2003, habiéndose presentado una mora por dieciocho meses. En este sentido, la inclusión del reporte negativo resulta constitucionalmente legítima hasta el día 8 de enero de 2005, siempre y cuando se

haga referencia expresa a que se está ante una obligación al día, salvedad que efectivamente ha realizado la central de información financiera Datacrédito, según lo expuso ante el juez de primera instancia.¹¹ Por ende, en vista que el plazo de permanencia del dato aún no ha concluido, la actuación desplegada por los administradores de dicha central no es censurable a la luz del Estatuto Superior y, en consecuencia, las decisiones judiciales que ahora se revisan están ajustadas a la Constitución y a las reglas jurisprudenciales sobre caducidad del dato financiero negativo planteadas por la Corte.

Con todo, debe advertirse cómo los jueces de primera instancia de ambos trámites incluyeron dentro de la motivación de sus sentencias el análisis del artículo 19 de la Ley 716 de 2001, norma que, como se anotó anteriormente, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Sobre este particular, la Sala considera que si bien la actuación de los jueces de tutela resulta contraria a la Carta Política debido a que desconoce la cosa juzgada constitucional y por ello resulta jurídicamente reprochable, no por ello debe desconocerse que las consecuencias materiales de ambos fallos, que unánimemente negaron el amparo solicitado con base en la vigencia del término de caducidad de la información financiera negativa, no afectan la protección efectiva del derecho fundamental al hábeas data, materia que era el problema jurídico esencial del presente asunto, sino que, antes bien, constituyen una correcta aplicación del precedente jurisprudencial sobre los plazos de permanencia del dato negativo en las centrales de riesgo crediticio, razón por la cual la Corte confirmará ambos fallos, según la argumentación expuesta en la presente Sentencia.

Incluso, aún desligándose del análisis de cada caso el hecho de la declaratoria de inexecutable del artículo 19 de la Ley 716 de 2001, la Sala observa cómo ninguno de los accionantes era beneficiario de la exclusión inmediata del reporte negativo, puesto que, para el caso del señor (...), el pago de

la obligación se produjo con anterioridad a la vigencia de la Ley 716¹² y, respecto al señor (...), el cumplimiento en su crédito se verificó con posterioridad no sólo al plazo de gracia contemplado por la citada disposición, sino también a la Sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la norma. Por ende, el periodo de tiempo en que dicha Ley estuvo vigente y produjo efectos jurídicos que generaron situaciones consolidadas a favor de los deudores del sistema financiero que pusieron al día sus obligaciones, no es aplicable a los asuntos sometidos a revisión en el presente trámite.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR, con base en las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali (Valle) el 27 de mayo de 2003, la cual negó el amparo invocado por el señor (...).

Segundo: CONFIRMAR, con fundamento exclusivo en la motivación la presente Sentencia, el fallo emitido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Montería (Córdoba) el 4 de agosto de 2003, que a su vez confirmó la sentencia proferida el 1º de julio de 2003 por el Juzgado Quinto Civil Municipal de la misma ciudad, decisión judicial que negó la protección de los derechos fundamentales invocados por el señor (...).

11 Cfr. Folio 46 del expediente.

12 Sobre la imposibilidad de aplicar efectos retroactivos al beneficio de caducidad inmediata de información financiera negativa, pueden consultarse las Sentencias T-665/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-060/03 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

*IMPOSIBILIDAD DE EXIGIR EL EJERCICIO DE LA FACULTAD
REGLAMENTARIA POR LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO*

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. C. P. María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia del 27 de mayo de 2004. Expediente 1863.

Síntesis: *A través de la acción de cumplimiento no es dable calificar si la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional en relación con el asunto referido en la demanda responde al querer del legislador. Sin embargo, teniendo en cuenta que la potestad reglamentaria no tiene límite temporal alguno y que obedece a criterios de competencia y necesidad, el Gobierno Nacional está facultado para reglamentar la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria respecto del Fondo Nacional de Ahorro, mediante un ordenamiento autónomo e independiente del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en caso que lo considere conveniente.*

«(...)

II. CONSIDERACIONES

(...)

2. Generalidades sobre la acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución tiene por finalidad hacer efectivo el derecho del que goza toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de intereses jurídicos, para exigir tanto a las autoridades públicas como a los particulares que ejerzan funciones de esta índole, el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo que ha impuesto ciertos deberes u obligaciones a tal autoridad, la cual se muestra renuente a cumplirlos, y de tal forma, hacer efectiva la observancia del ordenamiento jurídico existente. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado:

La acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución tiene por finalidad hacer efectivo el derecho del que goza toda persona, natural o jurídica, pública o privada, en cuanto titular de intereses jurídicos, para exigir tanto a las autoridades públicas como a los particulares que ejerzan funciones de esta índole, el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo.

"El objeto y finalidad de la acción de cumplimiento es otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter. De esta manera, la referida acción se encamina a procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, lo cual conlleva la concreción de principios medulares del Estado Social de Derecho, que tienden a asegurar la vigencia de un orden jurídico, social y económico"¹.

Según se colige del contenido de la Ley 393 de 1997, los requisitos mínimos exigidos para que la acción de cumplimiento prospere son los siguientes:

1. Que el deber jurídico que se pide hacer cumplir se encuentre consignado en normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos vigentes (art. 1º).
2. Que el mandato sea imperativo e inobjetable y que esté radicado en cabeza de aquella autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, frente a los cuales se reclama su cumplimiento (arts. 5º y 6º).
3. Que se pruebe la renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir, o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (art. 8º).
4. No procederá la acción cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, salvo el caso que, de no proceder el juez administrativo, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

1. La norma cuyo cumplimiento se pretende

El actor solicita que se ordene a las autoridades demandadas lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 432 de 1998, cuyo texto es el siguiente:

"Ley 432 de 1998
(enero 29)

Por la cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones.

(...)

Artículo 14. Inspección y vigilancia. De conformidad con la reglamentación especial que al efecto expida el Gobierno Nacional, el Fondo Nacional de Ahorro estará sometido a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y se afiliará al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Fogafin.²"

1 Corte Constitucional, sentencia C-157 del 29 de abril de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

2 Norma declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, en sentencia C-1190 del 13 de septiembre de 2000.

2. El caso concreto

El actor impugnó la sentencia de primera instancia, alegando que la reglamentación a que se refiere el artículo 14 de la Ley 432 de 1998 es un presupuesto necesario para que la Superintendencia Bancaria pueda ejercer las funciones de inspección y vigilancia sobre el Fondo Nacional de Ahorro, pero que la misma no ha sido expedida por parte del gobierno nacional.

Para el a quo, la acción no debía prosperar porque, siendo la acción de cumplimiento un mecanismo encaminado a obtener el cumplimiento de normas y actos administrativos, a través de ella no puede ordenarse la reglamentación de una ley, toda vez que el Presidente tiene una amplia discrecionalidad para ejercer la potestad reglamentaria confiada por la Constitución Política. De otra parte, el tribunal de instancia encontró que para la inspección y vigilancia del Fondo Nacional del Ahorro era aplicable el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cual es la disposición a la que acude la Superintendencia Bancaria para ejercer las funciones de control sobre las entidades administradoras de cesantías y las entidades de crédito.

Ahora bien, en primer lugar, la Sala considera que el deber legal reclamado no es uno de aquellos que pueda ser ordenado a través de la acción de cumplimiento, en la medida en que implica exigir al Gobierno Nacional el ejercicio de la potestad reglamentaria que le fue constitucionalmente atribuida, para lo cual aquél goza de amplia discrecionalidad.

El numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, señala que corresponde al Presidente de la República "Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes".

En relación con dicha competencia, la Corte Constitucional ha manifestado que "la ejerce el Presidente de la República por derecho propio y con carácter permanente³", de lo que se infiere la libertad para desarrollarla, con la limitante de respetar el texto legal reglamentado en su integridad literal y conceptual, como quiera que con tal facultad se busca asegurar la efectiva ejecución de las leyes.

Por tal razón, no es dable al legislador ni a ningún otro órgano indicar o sugerir la forma y términos en que debe reglamentarse una ley; además, porque los criterios de competencia y necesidad bajo los cuales se debe ejercer la potestad reglamentaria⁴, deben ser evaluados exclusivamente por la autoridad a quien fue confiada tal atribución.

Así las cosas, siendo la reglamentación de las leyes una potestad en cabeza del ejecutivo cuyo ejercicio le compete en forma exclusiva y discrecional, no es viable afirmar que la misma constituya un deber legal que pueda ser ordenado a través del ejercicio de esta acción.

3 Corte Constitucional. Sentencia C-512 de 1997.

4 Sobre el particular, véanse, entre muchos otros: Consejo de Estado. Sección Cuarta, Expedientes 5604 de 1995 y 7618 de 1996.

"La prosperidad de la acción de cumplimiento supone que tanto de la ley como del acto administrativo que pretenda hacerse cumplir, debe desprenderse una obligación, clara, expresa y actualmente exigible" perfectamente determinada, que ofrezca certeza acerca del derecho que se pretende reclamar.

Como lo ha sostenido reiteradamente esta Corporación, "la prosperidad de la acción de cumplimiento supone que tanto de la ley como del acto administrativo que pretenda hacerse cumplir, debe desprenderse una obligación, clara, expresa y actualmente exigible⁵" perfectamente determinada, que ofrezca certeza acerca del derecho que se pretende reclamar.

En igual sentido, la Corte Constitucional señaló que: "si el requisito constitucional para estimar una acción de cumplimiento se concreta en la omisión de un deber, escapa a esta acción la impugnación de conductas que carezcan de obligatoriedad, máxime en los casos en los cuales la Constitución concede un margen de libertad de acción o atribuye a un órgano una competencia específica de ejecución condicionada⁶".

El marco jurisprudencial que antecede conduce a concluir que a través de la acción de cumplimiento no es posible ordenar la realización de conductas que carecen de obligatoriedad, como las que se ejercen en virtud de la facultad discrecional. En esa

medida, no hay lugar a acceder a la pretensión del actor en cuanto exige que se conmine al Gobierno Nacional para que haga uso de la potestad reglamentaria respecto a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria sobre el Fondo Nacional de Ahorro.

Así lo consideró la Sala en un asunto similar al sub examine:

"El artículo 189-11 de la Constitución Nacional dispone que le corresponde al Presidente de la República, como jefe de estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

(...)

Carece por completo de fundamento pretender que mediante la acción de cumplimiento, se le pueda imponer un plazo o establecer unas condiciones al Presidente de la República para ese efecto, toda vez que ello constituiría una clara violación del artículo 189.11 constitucional.⁷"

5 Entre muchas otras, Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "A". Expediente 481 de 1998.

6 Corte Constitucional, sentencia de 29 de abril de 1998, expedientes núms. D-1790, D-1793, D-1796, D-1798, D-1808, D-1810, D-1816, D-1817 y D-1819, actor: Francisco Cuello Duarte y otros, Magistrados Ponentes, Dres. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Herrera Vergara.

7 Consejo de Estado. Sección Quinta. Expediente ACU-1123, sentencia del 10 de febrero de 2000.

Tal razonamiento es suficiente para denegar las pretensiones de la demanda. No obstante, en segundo lugar se advierte otra situación que de la misma forma llevaría a ésta determinación.

De los documentos que obran al expediente logra acreditarse que el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Desarrollo Económico -entidad a la cual se encontraba vinculado el Fondo Nacional de Ahorro en esa época-⁸ expidió una reglamentación contenida en el Decreto 1453 del 29 de julio de 1998, "por el cual se reglamenta la Ley 432 de 1998 (...)".

En el mencionado decreto se desarrolló la naturaleza jurídica del Fondo Nacional de Ahorro, al precisar su calidad de "Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, con un régimen legal propio, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico, organizada como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente."

De igual forma, se definieron sus funciones, se explicó el régimen jurídico, presupuestal y tributario, se dictaron los parámetros para la administración de cesantías y para la modalidad de ahorro voluntario de los afiliados, y se especificaron los órganos de administración de la entidad, entre otros aspectos.

Particularmente, en el título IX, artículo 55, se reguló el régimen de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia Bancaria, en los siguientes términos:

"Título IX

Régimen de inspección, vigilancia y control

Artículo 55. Inspección, vigilancia y control. La Superintendencia Bancaria tendrá respecto al Fondo las mismas facultades de inspección, control y vigilancia con que cuenta frente a los demás establecimientos de crédito, en todo lo que no riña con las normas especiales contenidas en la Ley 432 de 1998.

Para poder ejercer su objeto como establecimiento de crédito de naturaleza especial, el Fondo Nacional de Ahorro deberá obtener certificado de autorización expedido por el Superintendente Bancario."

La Superintendencia Bancaria tendrá respecto al Fondo las mismas facultades de inspección, control y vigilancia con que cuenta frente a los demás establecimientos de crédito, en todo lo que no riña con las normas especiales contenidas en la Ley 432 de 1998.

El ejecutivo -representado por el entonces Ministerio de Desarrollo Económico- dentro de la reglamentación general de la Ley 432 de 1998 contenida en el Decreto 1453 de 1998, desarrolló lo relacionado con la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Ban-

8 Artículo 1º, Ley 432 de 1998. Actualmente, el Fondo Nacional del Ahorro se encuentra vinculado al Ministerio de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 4º de la Ley 790 de 2002, y el artículo 4º del Decreto 216 del 3 de febrero de 2003.

caría respecto del Fondo Nacional de Ahorro, remitiendo a las normas que sobre el particular se aplican para los demás establecimientos de crédito, que no son otras que las recogidas en el Decreto 663 de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, "en lo que no riña con las normas especiales contenidas en la Ley 432 de 1998".

En el artículo 325 del mencionado Estatuto se estableció la naturaleza y objetivos de la Superintendencia Bancaria, y se precisaron cuáles eran las entidades vigiladas. Por su parte, el artículo 326, modificado por el artículo 2° del Decreto 2359 de 1993, desarrolló las funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria como autoridad de intervención y vigilancia de todo el conjunto de instituciones financieras, dentro de las que están comprendidos los establecimientos de crédito, y la entidad de control deberá seguir los mismos parámetros para ejercer tales atribuciones respecto del Fondo Nacional del Ahorro, teniendo en cuenta su naturaleza jurídica de establecimiento de crédito especial.

De las facultades de control y vigilancia relacionadas en la norma en referencia, la Superintendencia Bancaria deberá determinar cuáles le son aplicables al Fondo Nacional de Ahorro, respetando la limitación de que no vayan en contra de sus particulares características.

Así las cosas el Gobierno Nacional expidió una reglamentación correspondiente a la inspección, vigilancia y control del Fondo Nacional del Ahorro con el Decreto 1453 de 1998 que, a su vez, remite en el artículo 55 a las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en lo que no contraría la naturaleza del Fondo, restricción que deberá ser atendida por la Superbancaria al momento de ejercer sus funciones.

A través de la acción de cumplimiento no es dable calificar si la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional en relación con el asunto referido en la demanda responde al querer del legislador. Sin embargo, teniendo en cuenta que la potestad reglamentaria no tiene límite temporal alguno⁹ y que obedece a criterios de competencia y necesidad, el Gobierno Nacional está facultado para reglamentar la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria respecto del Fondo Nacional de Ahorro, mediante un ordenamiento autónomo e independiente del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en caso que lo considere conveniente.

En consecuencia, como se anunció, hay lugar a denegar las pretensiones de la demanda; por lo tanto, la Sala confirmará la sentencia impugnada.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia de 18 de marzo de 2004, proferida por la Sección Primera, Subsección "A" del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.»

9 Al respecto: Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente 3283, y Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1994.

OBLIGACIONES BANCARIAS DE LOS DESPLAZADOS

Corte Constitucional. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia T-419 del 6 de mayo de 2004. Expediente T-839992.

Síntesis: *La Corte considera que si se vulneran los derechos fundamentales de una persona desplazada (vida, igualdad, libertad u otro derecho fundamental), cuando una entidad bancaria le exige el pago de su obligación sin considerar los efectos que tiene la condición de desplazado sobre sus posibilidades de cumplir tal pago.*

«(...)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

(...)

2. Lo que se discute.

2.1 Se examinará la procedencia de esta acción de tutela, dirigida a que el juez constitucional ordene a la entidad financiera que tenga en cuenta su condición de desplazado y le ordene la condonación de la deuda que tiene con la entidad, y no sólo a la rebaja de intereses que la entidad le propone. Este tratamiento, según el demandante, es el que la Corte Constitucional ha reconocido a favor de las personas secuestradas, en aplicación del principio de solidaridad. Considera que la negativa de la entidad financiera a su solicitud, afecta sus propios derechos fundamentales y los de sus hijos menores de edad, a la vida en condiciones dignas y justas, a la igualdad, a la libertad y los derechos de los niños.

2.2 El juez denegó esta acción pues, si bien está probado que el actor es el padre de los menores, según los registros civiles, no son éstos sino el demandante quien tiene una obligación económica con el Banco, y esta entidad le ha ofrecido un arreglo de acuerdo con su actual capacidad de pago, invitándolo a hacer una propuesta de arreglo.

2.3 Planteado así el objeto de esta demanda, se examinará si es posible, para efectos de

Deber de solidaridad frente a las personas que están en circunstancias de debilidad manifiesta y dimensiones de la obligación de socorro y ayuda, según el caso concreto, en los eventos de quien es víctima del secuestro y/o hace parte de la población desplazada por la violencia.

las obligaciones bancarias, asimilar la situación de los desplazados con la de quien ha padecido o padece un secuestro. Y, en tal virtud, proceder por la vía de tutela a condonar la deuda con la entidad financiera, como lo pide el actor.

3. Deber de solidaridad frente a las personas que están en circunstancias de debilidad manifiesta y dimensiones de la obligación de socorro y ayuda, según el caso concreto, en los eventos de quien es víctima del secuestro y/o hace parte de la población desplazada por la violencia.

No se requieren muchas explicaciones para señalar que si bien el secuestro y el despla-

miento de personas son dos de las más graves manifestaciones del conflicto de orden público que vive el país, las consecuencias sociales y económicas de quienes padecen alguno de estos flagelos no son iguales, y por ello, las protecciones que para cada situación han dado la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la ley han sido distintas, aunque partiendo del punto común como es la materialización del deber de solidaridad, contenido en la Constitución, entendido éste como la exigencia tanto al Estado como a los particulares de brindar el socorro y la ayuda que las circunstancias de debilidad ameriten.

Se aludirá brevemente a la jurisprudencia y a las normas legales que se han proferido tanto en el caso de las personas secuestradas como en el de las víctimas del desplazamiento interno.

3.1 La jurisprudencia en el caso de las personas secuestradas y algunos de los eventos que se presentan:

1. Cuando la víctima del secuestro es un empleado. Es el caso de la persona secuestrada y que al momento de la ocurrencia del hecho tenía un vínculo laboral, la Corte ha fijado el criterio de protección a la familia de la víctima, con el fin de que no se afecte el mínimo vital. Por ello, ha ordenando que se continúe el pago de los salarios, de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso: Sentencias T-015 de 1995, T-1634 de 2000, entre otras.

2. Cuando la víctima del secuestro no ha podido hacerse presente en procesos judiciales. También ha examinado la Corte la situación de personas víctimas del secuestro y que en virtud de esta situación no han podido hacerse presentes en procesos judiciales adelantados en su contra. Este fue el caso estudiado en la Sentencia T-1012 de 1999, en la que la Corte protegió los derechos al debido proceso y de defensa de dos perso-

nas secuestradas que, por obvias razones, no tuvieron la oportunidad procesal de notificarse personalmente del mandamiento de pago contra ellas librado en un proceso ejecutivo.

3. Cuando la víctima de secuestro tiene obligaciones con entidades financieras, situación que posiblemente es a la que alude el actor de esta acción de tutela. La Corte, en la Sentencia T-520 de 2003, analizó la circunstancia del secuestrado, que una vez dejado en libertad mediante la entrega de una alta suma de dinero, las entidades le exigieron el pago de la totalidad de los créditos y, para tal efecto, procedieron a instaurar las demandas judiciales, sin que hubieren aceptado la reliquidación. Ante esta situación, el actor instauró acción de tutela con el fin de que se le permita una fórmula de arreglo acorde con sus condiciones económicas para cancelar lo adeudado (obsérvese que no solicitó condonación de la obligación). La Corte examinó constitucionalmente esta situación, a partir de la siguiente pregunta: "¿se vulneran los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad cuando una entidad bancaria exige el pago a un deudor secuestrado y posteriormente liberado, sin considerar los efectos que tuvo su secuestro sobre sus posibilidades de cumplir?" (consideraciones 3.1) Al conceder esta tutela, la Corte fijó el criterio constitucional del deber de solidaridad frente a las personas que han sido secuestradas e impartió a las entidades financieras las órdenes que el caso ameritaba, dentro de las que se encuentra la suspensión, por término determinado, de los procesos ejecutivos iniciados por los Bancos; se ordenó novar los contratos inicialmente suscritos; y, llegar a un nuevo acuerdo en relación con las cuotas del préstamo. Además, el juez constitucional señaló la forma como se deben liquidar los intereses durante el período en que el ciudadano sufrió el secuestro. Es claro que no se pueden confundir estas órdenes con una decisión de condonación de la obligación.

4. Así mismo, la Corte, en la sentencia C-400 de 2003, analizó la demanda de inconstitucionalidad del artículo 10, parágrafos 1º y 2º, de la Ley 589 de 2000 "Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura, y se dictan otras disposiciones.", respecto del derecho de pago de salarios u honorarios a cargo del Estado o del empleador particular en el evento del secuestro.

3.2 Jurisprudencia y normas proferidas en torno a la población desplazada.

En el caso de la población desplazada, son ampliamente conocidos los numerosos pronunciamientos de la Corte. Además, dada la magnitud de este problema, se han proferido leyes encaminadas a darle solución global, como son entre otras, la Ley 387 de 1997 "Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia" y sus Decretos reglamentarios, entre ellos, el Decreto 2569 de 2000, el Decreto 2007 de 2001. Tanto la jurisprudencia como las disposiciones legales están encaminadas a suministrar el socorro y la ayuda inmediata que permitan la satisfacción de los derechos fundamentales para la subsistencia de estas personas: vida, salud, dignidad, integridad física, educación, vivienda.

La Corte fijó el criterio constitucional del deber de solidaridad frente a las personas que han sido secuestradas e impartió a las entidades financieras las órdenes que el caso ameritaba, dentro de las que se encuentra la suspensión, por término determinado, de los procesos ejecutivos iniciados por los Bancos.

Sin embargo, esta grave situación de insatisfacción de derechos fundamentales continúa y el número de desplazados aumenta, como prueba de ello son las numerosas acciones de tutela que se instauran en distintas partes del país por las personas que lo sufren, lo que condujo a la Corte en la reciente sentencia, T-025 de 2004, a declarar el estado de cosas inconstitucional. En efecto, en esta providencia en la que fueron acumulados 108 expedientes, interpuestos por

1150 núcleos familiares, la Corte decidió: "Declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, y el volumen de recursos efectivamente destinados a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondien-

tes mandatos constitucionales y legales, de otro lado".

En virtud de esta declaración, la Corporación fijó unos plazos con el fin de que el Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la violencia, diseñe e implemente un plan de acción para superar la situación, dando prioridad a la ayuda humanitaria. Por consiguiente, estableció los que denominó "Los niveles mínimos de satisfacción de los derechos constitucio-

nales de las personas en situación de desplazamiento", que resulta oportuno transcribir:

"A partir de ese criterio, y con base en las obligaciones internacionales asumidas por Colombia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario, así como en la compilación de criterios para la interpretación y aplicación de medidas para atender a la población desplazada contenida en los Principios Rectores, la Sala considera que los siguientes derechos mínimos encuadran bajo esta definición y, por ende, integran el mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado:

1. El derecho a la vida, en el sentido que establece el artículo 11 C.P. y el Principio 10.

2. Los derechos a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral (artículos 1 y 12 C.P.), tal y como se particularizan en el Principio 11.

3. El derecho a la familia y a la unidad familiar consagrado en los artículos 42 y 44 CP y precisado para estos casos en el Principio 17, especialmente aunque sin restringirse a ellos, en los casos de familias conformadas por sujetos de especial protección constitucional -niños, personas de la tercera edad, disminuidos físicos, o mujeres cabeza de familia-, quienes tienen derecho a reencontrarse con sus familiares.

4. El derecho a una subsistencia mínima como expresión del derecho fundamental al mínimo vital, según está precisado en el Principio 18, lo cual significa que 'las autoridades competentes deben proveer a las personas desplazadas, así como asegurar el acceso seguro de las mismas, (a) alimentos esenciales y agua

potable, (b) alojamiento y vivienda básicos, (c) vestidos apropiados, y (d) servicios médicos y sanitarios esenciales." También se dispone que las autoridades deberán realizar esfuerzos especiales para garantizar la participación plena de las mujeres en condición de desplazamiento en la planeación y la distribución de estas prestaciones básicas. Este derecho debe leerse también a la luz de lo dispuesto en los Principios 24 a 27 reseñados en el Anexo 3, ya que es a través de la provisión de asistencia humanitaria que las autoridades satisfacen este deber mínimo en relación con la subsistencia digna de los desplazados. Esta asistencia humanitaria se refiere tanto a la ayuda humanitaria de emergencia, que se presta al producirse el desplazamiento, como a los componentes de asistencia mínima durante las etapas de restablecimiento económico y de retorno.

En este sentido, y 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. Considera la Sala que este plazo fijado por el legislador no es manifiestamente irrazonable, si se tiene en cuenta que (a) fija una regla clara con base en la cual la persona desplazada puede planificar a corto plazo y tomar decisiones autónomas de auto - organización que le permitan acceder a posibilidades razonables de subsistencia autónoma sin estar apremiada por las necesidades inmediatas de subsistencia; y (b) otorga al Estado un plazo igualmente razonable para que diseñe los programas especí-

1 La ayuda humanitaria de emergencia prevista en el artículo 15 de la Ley 387 de 1997 es similar, o inclusive más amplia en algunas prestaciones específicas. Dicho artículo dice: "De la Atención Humanitaria de Emergencia. Una vez se produzca el desplazamiento, el Gobierno Nacional iniciará las acciones inmediatas tendientes a garantizar la atención humanitaria de emergencia con la finalidad de socorrer, asistir y proteger a la población desplazada y atender sus necesidades de alimentación, aseo personal, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina, atención médica y psicológica, transporte de emergencia y alojamiento transitorio en condiciones dignas. En todos los casos de desplazamiento, las autoridades civiles y militares que se encuentren en las zonas receptoras de población desplazada, garantizarán el libre paso de los envíos de ayuda humanitaria, el acompañamiento nacional e internacional a la población desplazada y el establecimiento de oficinas temporales o permanentes para la defensa y protección de Derechos Humanos y el cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario. Mientras persista la situación de emergencia se auspiciará la creación y permanencia de equipos interinstitucionales conformados por entidades estatales y gubernamentales del orden nacional, departamental y municipal, para la protección del desplazado y sus bienes patrimoniales. El Ministerio Público y la Fiscalía General de la Nación emprenderán de oficio las investigaciones sobre los hechos punibles que condujeron al desplazamiento. Parágrafo. A la atención humanitaria de emergencia se tiene derecho por espacio máximo de tres (3) meses, prorrogables excepcionalmente por otros tres (3) más."

ficos que sean del caso para satisfacer sus obligaciones en materia de ayuda para la estabilización socioeconómica de los desplazados -es decir, le otorga al Estado un término justo para programar una respuesta razonable en materia de ayuda para la autosubsistencia del desplazado y su familia -.

Ahora bien, dado que el plazo señalado en la ley obedece principalmente a las dos razones indicadas, debe la Corte precisar que existen dos tipos de personas desplazadas que, por sus condiciones particulares, son titulares de un

derecho mínimo a recibir ayuda humanitaria de emergencia durante un período de tiempo mayor al que fijó la ley: se trata de (a) quienes estén en situación de urgencia extraordinaria, y (b) quienes no estén en condiciones de asumir su autosostenimiento a través de un proyecto de estabilización o restablecimiento socioeconómica, como es el caso de los niños que no tengan acudientes y las personas de la tercera edad quienes por razón de su avanzada edad o de sus condiciones de salud no están en capacidad de generar ingresos; o las mujeres cabeza de familia que deban dedicar todo su tiempo y esfuerzos a cuidar a niños menores o adultos mayores bajo su responsabilidad. En estos dos tipos de situación, se justifica que el Estado continúe proveyendo la ayuda humanitaria requerida para la subsistencia digna de los afectados, hasta el momento en el cual la circunstancia en cuestión se haya superado -es decir, hasta que la urgencia extraordinaria haya cesado, o hasta que los sujetos que no estén en posibilidad de cubrir su propio sustento adquieran las condiciones para ello-. Ello deberá evaluarse, necesariamente, en cada caso individual. Advierte la Corte que así como

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.

el Estado no puede suspender abruptamente la ayuda humanitaria de quienes no están en capacidad de autosostenerse, tampoco pueden las personas esperar que vivirán indefinidamente de dicha ayuda.

5. El derecho a la salud (artículo 49 C.P.) cuando la prestación del servicio correspondiente sea urgente e indispensable para preservar la vida y la integridad de la persona ante situaciones de enfermedad o heridas que les amenacen directamente y prevenir las enfermedades contagiosas e infecciosas, de conformidad con el Principio 19. Ahora bien respecto de los niños y niñas se aplicará el artículo 44 y en relación con los menores de un año,

se aplicará el artículo 50 C.P.

6. El derecho a la protección (artículo 13 C.P.) frente a prácticas discriminatorias basadas en la condición de desplazamiento, particularmente cuando dichas prácticas afecten el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Principio 22.

7. Para el caso de los niños en situación de desplazamiento, el derecho a la educación básica hasta los quince años (artículo 67, inciso 3, C.P.). Precisa la Sala que, si bien el Principio 23 establece como deber del Estado proveer la educación básica primaria a la población desplazada, el alcance de la obligación internacional que allí se enuncia resulta ampliado por virtud del artículo 67 Superior, en virtud del cual la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad, y debe comprender como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica. También en virtud de lo dispuesto por la Carta Política, no es el Estado el único obligado a garantizar la provisión del servicio educativo en los niveles y a los grupos de edad referidos; también esta

obligación cobija a los padres de familia o acudientes -quienes no pueden impedir el acceso de sus hijos a la educación en su lugar de desplazamiento- y a los menores -que están obligados a asistir a los planteles educativos correspondientes-. Por su parte, el Estado está obligado, como mínimo, a garantizar la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria, en un establecimiento educativo público? Es decir, la obligación mínima del Estado en relación con la educación de los niños desplazados es la de garantizar su acceso a la educación a través de la provisión de los cupos que sean necesarios en entidades públicas o privadas de la zona.²

8. En relación con la provisión de apoyo para el autosostenimiento (artículo 16 C.P.) por vía de la estabilización socioeconómica de las personas en condiciones de desplazamiento -obligación estatal fijada por la Ley 387 de 1997 y deducible de una lectura conjunta de los Principios Rectores, en especial de los Principios 1, 3, 4, 11 y 18, considera la Corte que el deber mínimo del Estado es el de identificar con la plena participación del interesado, las circunstancias específicas de su situación individual y familiar, su proveniencia inmediata, sus necesidades particulares, sus habilidades y conocimientos, y las posibles alternativas de subsistencia digna y autónoma a las que puede acceder en el corto y mediano plazo, con miras a definir sus posibilidades concretas para poner en marcha un proyecto razonable de estabilización económica individual, de participar en forma productiva en un proyecto colectivo, o de vincularse al mercado laboral, así como emplear la información que provee la población desplazada para identificar alternativas de generación de ingresos por parte de los desplazados.

Vale la pena precisar que este derecho mínimo de los desplazados no obliga a las autoridades a proveer inmediatamente el soporte

material necesario para la iniciación del proyecto productivo que se formule o para garantizar su acceso al mercado laboral con base en la evaluación individual a la que haya lugar; si bien tal apoyo se debe necesariamente materializar a través de los programas y proyectos que las autoridades diseñen e implementen para tal fin, el deber mínimo y de inmediato cumplimiento que este derecho impone al Estado es el de acopiar la información que le permita prestar la debida atención y consideración a las condiciones particulares de cada desplazado o familia de desplazados, identificando con la mayor precisión y diligencia posible sus capacidades personales, para extraer de tal evaluación unas conclusiones sólidas que faciliten la creación de oportunidades de estabilización que respondan a las condiciones reales de cada desplazado, y que puedan a su turno, ser incorporadas en los planes de desarrollo nacional o territorial.

9. Finalmente, en relación con el derecho al retorno y al restablecimiento, las autoridades están obligadas a (i) no aplicar medidas de coerción para forzar a las personas a que vuelvan a su lugar de origen o a que se restablezcan en otro sitio; (ii) no impedir que las personas desplazadas retornen a su lugar de residencia habitual o se restablezcan en otro punto del territorio, precisándose que cuando existan condiciones de orden público que hagan prever un riesgo para la seguridad del desplazado o su familia en su lugar de retorno o restablecimiento, las autoridades deben advertir en forma clara, precisa y oportuna sobre ese riesgo a quienes les informen sobre su propósito de regresar o mudarse de lugar; (iii) proveer la información necesaria sobre las condiciones de seguridad existentes en el lugar de retorno, así como el compromiso en materia de seguridad y asistencia socioeconómica que el Estado asumirá para garantizar un retorno seguro y en condiciones dignas; (iv) abstenerse de promover el retorno o el restablecimiento cuando tal decisión implique exponer a los

² Esta fue la orden impartida por la Corte en la Sentencia T-215 de 2002 a la Secretaría de Educación Municipal demandada: Disponer el ingreso al sistema educativo de los niños tutelantes, usando los cupos disponibles en los colegios de la zona. Este trato preferente a los niños en condiciones de desplazamiento se justifica no sólo por ser la educación un derecho fundamental del que son titulares, como todos los demás menores de edad que se encuentren en territorio nacional, sino porque dadas sus condiciones de especial vulnerabilidad son sujetos de protección constitucional reforzada, lo cual se traduce en materia educativa en que si no se garantiza como mínimo su educación básica, ello agravará las repercusiones de su desplazamiento sobre su autonomía personal y el ejercicio de sus derechos.

desplazados a un riesgo para su vida o integridad personal, en razón de las condiciones de la ruta y del lugar de llegada por lo cual toda decisión estatal de fomentar el regreso individual o colectivo de personas desplazadas a su lugar de origen, o su restablecimiento en otro punto geográfico, debe estar precedida por un estudio sobre las condiciones de orden público del lugar al cual habrán de volver, cuyas conclusiones deberán comunicarse a los interesados en forma previa al acto de retornar o restablecerse." (sentencia T-025 de 2004, MP, doctor Manuel José Cepeda Espinosa)

Bajo la óptica de los pronunciamientos a que se ha hecho referencia, se estudiará la situación de la persona desplazada que es deudora de una entidad financiera, que es lo planteado en esta acción de tutela.

4. El caso concreto.

En el presente caso, a la luz de los criterios expuestos en el punto anterior, se parafraseará la pregunta que se hizo la Corte en la sentencia T-520 de 2003, para el caso de la persona secuestrada y deudora de una entidad financiera que pide la reliquidación de su obligación, de acuerdo con sus circunstancias económicas, para aplicarla a la de la persona desplazada deudora de una entidad financiera, así:

¿Se vulneran los derechos fundamentales alegados por una persona desplazada (vida, igualdad, libertad u otro derecho fundamental), cuando una entidad bancaria le exige el pago de su obligación sin considerar los efectos que tiene la condición de desplazado sobre sus posibilidades de cumplir tal pago?

La respuesta es sí, pues este desconocimiento rompe el deber de solidaridad frente a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, en cuyo caso, es deber del Estado o de los particulares, según la situación, de acudir con la ayuda necesaria, dentro de la órbita de su competencia, como

¿Se vulneran los derechos fundamentales alegados por una persona desplazada (vida, igualdad, libertad u otro derecho fundamental), cuando una entidad bancaria le exige el pago de su obligación sin considerar los efectos que tiene la condición de desplazado sobre sus posibilidades de cumplir tal pago?

La respuesta es sí, pues este desconocimiento rompe el deber de solidaridad frente a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

lo examinó la sentencia T-520 de 2003 citada. Entonces, si en el presente caso, la entidad financiera no ha tenido en cuenta la condición de desplazado del actor, la acción de tutela puede ser procedente. Por el contrario, si la entidad financiera ha suministrado al demandante la información adecuada a esta condición y a su actual situación económica, la acción de tutela no procede.

Por consiguiente, para llegar a la respuesta adecuada a la situación bajo estudio, la Sala de Revisión examinará de acuerdo con los documentos que obran en el expediente, si el Banco (...), en sus respuestas al actor, ha tomado en consideración la situación de desplazado, no sin antes advertir que en el expediente no está el contrato suscrito por el demandante con la entidad financiera, ni, mucho menos, cuáles son sus cláusulas, ni se conoce información sobre si existe alguna póliza con una compañía de seguros que cubra situaciones como las descritas por el actor, o si para el caso de la pérdida de los bienes muebles o inmuebles que garantizan la obligación existe otra garantía. Es más, tampoco obra en el expediente información sobre la atención al crédito de desplazados o de alivio a sus obligaciones, no obstante que fue solicitada esta clase de información al Banco por parte del juez de tutela, pero en la respuesta correspondiente, la entidad no la suministró.

A pesar de la información que se echa de menos, sí obran en el expediente los documentos que se describen a continuación y que permitirán adoptar una decisión en esta acción de tutela. Estos documentos son:

1. Comunicación UTBS 10295, del 3 de diciembre de 2002, suscrita por (...), dirigida a la EPS en la que consta que el actor y su grupo familiar compuesto por 8 personas, se encuentran inscritos en la Red y requieren que les sea prestado el servicio médico integral. (fl. 6).

Es decir obra la prueba de que se trata de una persona a la que se le ha reconocido por el Estado la condición de desplazado.

2. El certificado de la Fiscal Primera (...), de fecha 2 de mayo de 2002, que dice lo siguiente:

"Que este despacho adelanta investigación penal por el hecho punible de Extorsión donde es víctima el señor (...), quien ha sido amenazado de muerte por un grupo de personas al margen de la Ley (...), por tal razón dejó abandonada su finca con sus bienes. Además fue víctima de hurto de ganado por parte de los facinerosos.

Esta comunicación va con destino al Banco (...), que el señor (...) manifiesta que tiene deudas con esa entidad crediticia. Lo anterior para lo que estime conveniente." (fl. 5)

3. Fotocopia de un documento manuscrito del actor en el que describe los hechos que originaron el desplazamiento. Se lee allí que el demandante vivía en el municipio de (...) desde 1969 hasta el 9 de mayo de 2002, cuando fue desplazado por (...). Fue víctima del despojo de todos sus bienes: 200 reses y su finca. Señala que es deudor del Banco (...), pero que a raíz de que perdió todos sus bienes, quedó mal con sus obligaciones y pidió al Banco que se le condonara la deuda o que se le congelara, pero que el Banco quiere que la refinancie, lo que no puede hacer, pues "los bienes se perdieron y la finca está en poder de (...)." (fl. 3).

4. La comunicación del 12 de agosto de 2003, suscrita por (...) del Banco (...), dirigida al actor, en la que le manifiestan que las Leyes 387 de 1996 y 418 de 1997 "no expresan taxativamente que la condición de desplazado por la violencia el Banco deba proceder a la suspensión del cobro ni mucho menos la exoneración del mismo." Señala esta misma comunicación que el Banco conoce de la situación que sufren determinados clientes y que a su vez tienen créditos pendientes de cancelación encontrándose en mora o inicialmente vigentes. Sobre lo pedido por el actor dice:

"Por lo anterior, dentro de las políticas del Banco (...), existen alternativas con el fin de buscar una solución viable que permita llevar a cabo un arreglo de cartera de acuerdo con la actual capacidad de pago, para ello, es necesario que

presente a esta entidad a través de la oficina de (...), una propuesta de arreglo, con el fin de analizar el tema concreto y obtener en caso positivo la normalización de la obligación a su cargo o la ampliación del plazo mediante una refinanciación.

Su crédito registra al corte de julio 31 de 2003, una morosidad de 441 días, registrando saldo de capital por \$31.268.833.00, que corresponde al valor inicial del crédito. De igual forma registra unos intereses contabilizados por \$7.922.066.00, intereses contingentes por \$6.905.847 y otros conceptos por \$465.020.00. De los mencionados valores, previa presentación de documentos, el Banco puede acceder a la rebaja de un porcentaje de los intereses contingentes, debiendo cancelar los demás conceptos en su totalidad." (fl. 2)

5. Frente a esta situación, el actor presentó acción de tutela, abogado su conocimiento, el juez le pidió al Banco expresamente que le informara "los mecanismos de Crédito, Alivios, Subsidios o cualquier otro que exista para la atención y manejo de créditos en cabezas de personas desplazadas" (fl. 14)

6. En su respuesta, el Banco se opuso a esta acción, pero no respondió sobre lo pedido por el juez, sobre créditos, alivios, subsidios para el caso de los desplazados deudores del Banco. Manifestó que esta acción de tutela es improcedente porque existe otro medio de defensa judicial. En relación con la obligación del actor, dice lo siguiente:

"2. Respecto de los hechos.

En cuanto a lo expuesto en el acápite de los hechos, no me consta lo relacionado con la circunstancia del desplazamiento de la vereda (...). En cuanto a la obligación No. (...), cedida de la (...) al Banco (...), debemos señalar que efectivamente se encuentra en mora.

En cuanto al hecho quinto, debemos recalcar que el Banco (...) le ha respondido oportunamente las inquietudes al accionante tal y como lo afirma en el hecho.

Ahora bien, en cuanto a lo pretendido en la acción de tutela, la condonación de las obligaciones pendientes, debemos manifestarle que ésta no procede por cuanto no existe norma

legal ni estatutaria que permita el procedimiento, lo que el Banco hace en estos eventos es ofrecerle al deudor moroso una serie de alternativas que permitan normalizar el crédito vencido." (fl. 20)

Agrega que en este caso no se encuentra acreditado el perjuicio irremediable.

De otro lado, un factor a tener en cuenta en esta sentencia, corresponde a la naturaleza jurídica del Banco y su objetivo principal de prestar servicios bancarios en el sector rural. En efecto, se lee en su página de internet:

"El Banco (...) es una entidad financiera estatal creada con el objetivo de prestar servicios bancarios en el sector rural, de manera eficiente, así como financiar oportunamente las actividades agrícolas, pecuarias, forestales y agroindustriales, y atender las necesidades financieras de los entes territoriales.

Es una Sociedad Anónima con régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, que funciona en todo el territorio nacional y desarrolla operaciones propias de un establecimiento bancario comercial. Está vinculado al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (Decreto 1127 del 29 de junio de 1999)".

De lo anterior, se concluye: el demandante fue amenazado de muerte por (...), por tal razón abandonó su finca y sus bienes. Fue víctima de hurto de ganado por el mismo grupo guerrillero. La Fiscalía adelanta investigación penal por los delitos de extorsión y de hurto. El demandante y su grupo familiar están inscritos en la Red de Solidaridad Social, teniendo en cuenta su condición de desplazados por la violencia. El actor es deudor del Banco (...), entidad a la que le ha solicitado tener en cuenta su situación. La entidad bancaria le ha contestado en el sentido de que se acerque para lograr una alternativa de arreglo, pero, partiendo de la base de que "se puede acceder a la rebaja de un porcentaje de los intereses contingentes, debiendo cancelar los demás conceptos en su totalidad." A su vez, en la respuesta al juez de tutela, la entidad señala que ni siquiera le consta que se trate de una persona despla-

da, por lo tanto, ofrece una respuesta general y reitera que el demandante debe acercarse al Banco para ofrecerle alternativas que le permitan normalizar el crédito vencido.

Para esta Sala de Revisión, estos hechos prueban que aunque ha habido respuesta del Banco, ésta no resolvió lo realmente pedido por el demandante: que se tenga en consideración su condición de desplazado en el crédito que tiene con la entidad, y es en este punto en donde la Corte encuentra que se presenta la violación del derecho fundamental de petición del actor, contemplado en el artículo 23 de la Carta, y que no obstante no ser éste uno de los derechos invocados por él en esta acción, el juez de tutela puede proceder a protegerlo, tal como lo ha explicado la Corte en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia T-684 de 2001.

Es de anotar que la Sala no se pronunciará sobre los demás derechos aludidos por el demandante como violados por el Banco a él y a sus hijas, pues no está demostrado que así haya ocurrido. Es decir, la violación del derecho de petición sólo se predica como vulnerado en cabeza del actor de esta tutela.

Por consiguiente, se protegerá el derecho de petición del actor y se ordenará al Banco que le suministre una respuesta adecuada a la situación que plantea. Es decir, que le informe si existen alivios de crédito por hacer parte de la población desplazada por la violencia; si puede acceder a algunos de los créditos de que trata la Ley 418 de 1997 "por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones"; si el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario, FINAGRO, puede hacer el redescuento de la obligación del actor; si tiene derecho a subsidios; si se cuenta con otras garantías además de la hipoteca, que prevean situaciones como la que padece el demandante: abandono del inmueble que garantiza la obligación y pérdida de los demás bienes.

En todo caso, el Banco debe resolver el pedido del actor y garantizarle que en la fórmula de arreglo que acuerden se tendrá en cuenta su condición de desplazado y sus condiciones económicas.

Finalmente, hay que señalar que no obstante que se le ordenará al Banco suministrarle la respuesta correspondiente al actor, en los términos señalados, el actor, a su vez, se obliga a hacerse presente en las oficinas de la entidad financiera con el fin de formalizar el acuerdo al que lleguen.

En consecuencia, se revocará la sentencia objeto de esta revisión y se concederá la tutela pedida, en protección únicamente del derecho de petición.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Revocar la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2003, proferida por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de Bogotá, en la acción de tutela presentada por (...) en su propio nombre contra el Banco (...). En consecuencia, se concede la tutela pedida, con el fin de proteger únicamente el derecho de petición del señor (...) vulnerado por la entidad financiera.

Para el cumplimiento de esta tutela, se ordena que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, el representante legal del Banco, o quien éste delegue, suministre por escrito al actor la información requerida, en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia. En esta respuesta, el Banco (...) tendrá en cuenta la condición del actor de pertenecer a la población desplazada por la violencia y sus condiciones económicas».

*PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN
Y POR RIESGOS PROFESIONALES*

Corte Constitucional. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia C-252 del 16 de marzo de 2004. Expediente D-4941

Síntesis: *Existen fundamentos objetivos diferentes en la invalidez por riesgo común e invalidez por riesgos profesionales, que justifican el establecimiento de montos diferentes en el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin que ello resulte irrazonable o desproporcionado. Además, con el régimen de riesgos profesionales se busca proteger al trabajador de los riesgos que se puedan derivar de la labor o profesión que desempeña o de los efectos nocivos que se puedan generar del medio en que se ha visto obligado a trabajar, con lo cual se garantizan los derechos constitucionales que en relación con el derecho al trabajo consagra la Constitución Política.*

«(...)

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación se transcribe el texto de la normas demandadas, de conformidad con su publicación en los Diarios Oficiales Nos. 41.148 de diciembre 23 de 1993 y 45.037 de 17 de diciembre de 2002.

"Ley 100 de 1993
(diciembre 23)

Artículo 40. El monto de la Pensión de Invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

- a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.
- b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado".

"Ley 766 de 2002
(diciembre 17)

Artículo 10. Monto de la pensión de invalidez: Todo afiliado al que se le defina una invalidez tendrá derecho, desde ese mismo día, a las siguientes prestaciones económicas, según sea el caso:

- a) Cuando la invalidez es superior al cincuenta por cincuenta (50%) e inferior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al sesenta por ciento (60%) del ingreso base de liquidación;
- b) Cuando la invalidez sea superior al sesenta y seis por ciento (66%), tendrá derecho a una pensión de invalidez equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del ingreso base de liquidación;
- c) Cuando el pensionado por invalidez requiere el auxilio de otra u otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión de que trata el literal anterior se incrementa en un quince por ciento (15%).

Parágrafo 1°. Los pensionados por invalidez de origen profesional, deberán continuar cotizando al Sistema General de Seguridad en Salud, con sujeción a las disposiciones legales pertinentes.

Parágrafo 2°. No hay lugar al cobro simultáneo de las prestaciones por incapacidad temporal y pensión de invalidez. Como tampoco lo habrá para pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados en el mismo evento.

El trabajador o quien infrinja lo aquí previsto será investigado y sancionado de acuerdo con lo dispuesto en las leyes vigentes, sin perjuicio de las restituciones a que haya lugar por lo cobrado y obtenido indebidamente".

(...)

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

(...)

2. La materia sujeta a examen

Plantea el ciudadano demandante que vulnera la Constitución Política, el hecho de que los montos de la pensión de invalidez, tratándose de invalidez por riesgo común e invalidez por riesgos profesionales, sean proporcionalmente diferentes, pues con ello se establece una diferencia frente a hechos iguales que carece de fundamento y justificación y, por lo tanto, viola el principio de igualdad de los trabajadores y, desconoce las disposiciones constitucionales que garantizan la especial protección del trabajo, así como el derecho a obtener la situación más favorable al trabajador.

El argumento del actor parte de la comparación del ingreso base de la liquidación de la pensión de invalidez por riesgo común del sistema general de pensiones, con la del sistema

de riesgos profesionales, de la cual deduce que en el segundo de los sistemas mencionados se establece un ingreso base de liquidación superior y una pensión de gran invalidez, en tanto que el primero consagra una menor protección que no encuentra justificación en el ordenamiento superior.

Las entidades intervinientes y el Ministerio Público, coinciden en solicitar la declaratoria de exequibilidad de las normas cuestionadas, bajo el argumento de que a pesar de tratarse de la misma prestación, esto es, pensión de invalidez, se trata de dos regímenes que tienen un hecho generador y características diferentes que debieron ser observados por el legislador en el momento de realizar el proceso de formación de las leyes.

Corresponde entonces a esta Corporación establecer, si el tratamiento legal que otorgan el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 10 de la Ley 776 de 2002, en relación con el monto de la pensión de invalidez para los beneficiarios de la misma dentro de los subsistemas de invalidez por riesgo común e invalidez por riesgos profesionales, entraña una discriminación que carece de fundamento y, por lo mismo, violatoria del derecho a la igualdad de los trabajadores.

3. La normatividad expedida por el legislador en materia de pensión de invalidez por riesgo común e invalidez por riesgos profesionales no constituye una discriminación carente de fundamento, pues se trata de dos sistemas claramente diferenciados.

3.1 Aduce el demandante que el legislador estableció una situación diferente frente a hechos iguales, como lo es la pensión de invalidez, que no encuentra justificación, pues se trata de situaciones en las cuales las personas tienen los mismos padecimientos, razón por la cual la ley no puede asignar al invalido por riesgo común un monto de pensión inferior a quien se invalida en virtud de un accidente o enfermedad profesional.

Vistas así las cosas pareciera que al accionante le asiste razón, por cuanto se trata de personas que en virtud de una u otra causa, bien sea por riesgo común, ya por riesgo profesional, se encuentran en una situación de invalidez que les impide el desempeño propio de sus labores que les permita procurarse su sustento y el de su familia. No obstante, la Corte encuentra que la diferencia en el monto de la pensión de invalidez aludida obedece al examen de ciertas razones objetivas que hacen imperiosa dicha diferencia, en aras de mantener la viabilidad del Sistema de Seguridad Social Integral, desarrollado precisamente en cumplimiento de lo establecido por el artículo 48 de la Constitución Política, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993.

La normatividad expedida por el legislador en materia de pensión de invalidez por riesgo común e invalidez por riesgos profesionales no constituye una discriminación carente de fundamento, pues se trata de dos sistemas claramente diferenciados.

Siendo ello así, se hace indispensable traer a colación algunas disposiciones legales que regulan tanto la pensión de invalidez por riesgo común, como la derivada de riesgos profesionales.

3.2 La Ley 100 de 1993 contempla tres aspectos primordiales de la seguridad social, como son: i) sistema general de pensiones; ii) sistema general de seguridad social en salud; y iii) sistema general de riesgos profesionales.

El sistema general de pensiones tiene por objeto, como lo establece el artículo 10 de la Ley 100 de 1993 "garantizar a la *población*, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinen en la presente Ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones" (Resaltado fuera de texto).

Así mismo se dispone por el artículo 17 que durante la relación laboral las cotizaciones serán obligatorias por parte de los afiliados y los trabajadores con base en el salario que aquellos devenguen.

Por su parte, el artículo 30 de la citada ley, establece como requisitos para obtener el derecho a la pensión de invalidez los siguientes:

"a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas (26) al año inmediatamente anterior al momento de producirse el estado de invalidez.

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas (26) del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez (...)"

Así mismo, el artículo 40 cuestionado establece el monto de la pensión de invalidez por riesgo común, el cual será equivalente a:

"a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5. de dicho ingreso por cada (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66% (...)"

Ahora, si bien en el libro tercero de la Ley 100 de 1993 se consignaron algunas disposiciones relativas al sistema general de riesgos profesionales (artículos 249 a 254), lo cierto es que en el artículo 139, numeral 11, de la ley en cuestión, se facultó al Presidente de la República para dictar las normas necesarias para organizar la administración de ese sistema. Así las cosas, fue expedido el Decreto- ley 1295 de 1994, que en su artículo 1° se encargó de definir dicho sistema como "el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan (...)"

Por su parte, en el artículo 2° se establecieron los objetivos del sistema general de riesgos profesionales, entre los cuales está el de "*c) Reconocer y pagar a los afiliados las prestaciones económicas que por incapacidad permanente parcial o invalidez, que se deriven de las contingencias de accidente de trabajo o enfermedad profesional y muerte de origen profesional*" (Resaltado propio).

Resulta también indispensable para el examen de constitucionalidad que se realiza en esta sentencia, destacar algunas de las características del sistema en cuestión, establecidas en el artículo 4 del Decreto 2195 de 1994. Así, en el literal c) se dispone que "Todos los empleadores deben afiliarse al sistema General de Riesgos Profesionales"; en el d) "La afiliación de los trabajadores dependientes es obligatoria para todos los empleadores"; y, en el literal h), se establece que "Las cotizaciones al Sistema General de Riesgos Profesionales están a cargo de los empleadores".

En relación con el monto de la pensión de invalidez derivada de accidente o enfermedad profesional, el artículo 48 del decreto citado en el párrafo precedente, fue modificado por el artículo 10 de la Ley 776 de 2002, cuestionado en esta demanda, modificación que en síntesis consistió en la prohibición del cobro simultáneo para pensiones otorgadas por los regímenes común y profesional originados en el mismo evento.

El estado de invalidez en la Ley 776 citada, es definido en los siguientes términos: "Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación".

3.3 Como es suficientemente conocido, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que para acusar una norma de violar el derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política, las situaciones de las cuales se predica la supuesta violación han de ser iguales, de suerte que si el legislador introduce diferencias normativas a favor o en contra de sujetos objetivamente iguales, se vulnera el derecho mencionado.

Con todo, eso no es lo que sucede en el presente caso, pues a juicio de la Corte, las disposiciones acusadas si bien establecen un tratamiento diferente respecto del monto de la pensión de invalidez según se origine por riesgo común o por riesgo profesional, ello se encuentra justificado dados los elementos objetivos que caracterizan uno y otro sistema.

En primer lugar es importante destacar que si bien el sistema general de pensiones como el sistema general de riesgos profesionales forman parte del Sistema de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993), el segundo sistema de los referidos ha sido consagrado en disposiciones especiales (Dto. 1295/94, Ley 776/02), por expreso mandato del legislador (art. 139-11 Ley 100 de 1993). Así mismo, el sistema general de pensiones comporta varios subsistema a saber: invalidez, vejez y muerte, y en el subsistema de invalidez se encuentran dos regímenes, todo lo cual pone de presente varios elementos diferenciadores. Veamos:

Para el otorgamiento de la pensión de invalidez por riesgo común, se requiere que el estado de invalidez haya sobrevenido por una causa no profesional, en tanto que la pensión de invalidez por riesgo profesional, requiere precisamente que el estado de invalidez se haya generado bien en una enfermedad profesional o en un accidente de trabajo. Es decir, mientras en el primer evento no existe una relación directa del estado de invalidez con la labor o profesión desempeñada por el trabajador, en el segundo es requisito sine qua non para el otorgamiento de la pensión de invalidez que dicho estado se haya generado como consecuencia directa del riesgo profesional al que se vio expuesto el trabajador.

De allí deriva la diferencia en la cotización a uno y otro sistema. En el régimen de la pensión de invalidez por riesgo común la afiliación obligatoria al sistema se encuentra a cargo del afiliado trabajador y del empleador en la proporción que establece la ley; en el régimen de la pensión de invalidez por riesgo profesional, las cotizaciones a dicho sistema se encuentran a cargo exclusivo del empleador, de suerte que si éste no cumple con los requisitos de afiliación y cotización al sistema general de riesgos profesionales, en el evento de acontecer el riesgo, se le impone la obligación de reconocer y pagar las prestaciones que consagra el Decreto 1295 de 1994.

Adicionalmente, la pensión de invalidez por riesgo común debe ser cubierta y reparada por las aseguradoras a las cuales contribuye el trabajador, el Estado y la sociedad, mientras que el riesgo derivado de la actividad laboral debe ser amparado y reparado por el empleador a cuyo cargo se encuentra el trabajador, a través de las aseguradoras de riesgos profesionales.

3.4 Como se ve son marcadas las diferencias que justifican el trato diferente que el legislador ha introducido en la regulación del monto de la pensión de invalidez por riesgo común y la pensión de invalidez por riesgo profesional. No obstante todas ellas derivan precisamente de la causa generadora del riesgo. En efecto, el riesgo al que se encuentra expuesta la población en general de sufrir bien un accidente o una enfermedad que lo invalide en forma permanente, puede ser originado por diversas circunstancias independientemente de la labor o profesión que se desempeña o el lugar de trabajo en que desarrolle su actividad laboral. No sucede lo mismo con la invalidez que puede afectar a un trabajador como consecuencia directa del trabajo que realiza o de las condiciones a las que se encuentra

Para el otorgamiento de la pensión de invalidez por riesgo común, se requiere que el estado de invalidez haya sobrevenido por una causa no profesional, en tanto que la pensión de invalidez por riesgo profesional, requiere precisamente que el estado de invalidez se haya generado bien en una enfermedad profesional o en un accidente de trabajo.

expuesto. Precisamente esa es la razón por la que el legislador ha consagrado una responsabilidad en cabeza del empleador con el objeto de garantizar la integridad física de sus trabajadores y, de ahí, el monto diferencial que establecen las normas acusadas en relación con la pensión de invalidez en uno o en otro evento.

La responsabilidad que se ha establecido en cabeza del empleador respecto de sus trabajadores tiene fundamento en la teoría del riesgo creado. Al respecto resulta ilustrativo traer a colación la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral, el 13 de julio de 1993¹, en la cual se explicó con claridad la teoría en cuestión, en los siguientes términos:

"Para la correcta comprensión de la forma como el legislador colombiano enfrentó el cubrimiento de los riesgos originados en el trabajo debe recordarse que antes de la expedición de las leyes sociales que regulan la materia, el trabajador que demandaba la reparación de perjuicios por el hecho de su patrono tenía que demostrar la culpa en que éste hubiera incurrido por acción u omisión, el daño que hubiera sufrido y la relación de causalidad entre el hecho y el perjuicio.

Las dificultades surgidas de este sistema de reparación de perjuicios que inspiró a las legislaciones civiles que tienen su fuente en el derecho romano traían como consecuencia la indefensión de los trabajadores, pues la circunstancia de tener que asumir la carga de la prueba de los elementos en que se fundaba la obligación de reparar el daño producido por el hecho culposos, hacía en la práctica casi imposible la indemnización.

Con el fin de frenar los abusos propios de un sistema económico y jurídico que desconocía los graves efectos que sobre la salud y la integridad física de los operarios aparejaba la introducción del maquinismo, se pasó de la teoría de la culpa aquiliana o extracontractual a la de la responsabilidad contractual elaborada por la doctrina francesa, según la cual el contrato de trabajo imponía al patrono la obligación de velar por la seguridad de sus trabajadores y, por lo mismo, la de devolverlos sanos a la sociedad una vez concluido el vínculo contractual. Dentro de esa teoría se invirtió la carga de la prueba, presumiendo que el daño se debía a culpa del empresario. Esta teoría constituyó innegablemente un gran aporte de la jurisprudencia y la doctrina francesa al desarrollo del derecho laboral.

(...)

Continuando con el propósito de brindar la mayor protección posible al ser humano que vive de su trabajo asalariado, se llegó posteriormente a la teoría, también de origen francés, que ha sido conocida como 'teoría del riesgo profesional', dentro de la cual no se toma en cuenta la culpa del empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva que lo obliga a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene provecho.

A esta época corresponde, en nuestro derecho positivo, la expedición de la Ley 6 de 1945 (y el Decreto 2350 de 1944 que le sirvió de antecedente, en la cual, sin referencia a la culpa, se dispuso que, mientras se organizaba el seguro social obligatorio, entre las prestaciones a cargo de los patronos, se contaban las indemnizaciones por accidente de trabajo en 'proporción al daño sufrido y de conformidad con la tabla de valuaciones correspondientes, hasta por el equivalente del salario de dos (2) años; la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria a que haya lugar. Además el salario completo, hasta por seis (6) meses', de acuerdo con la redacción que, al modificar su artículo 12, determinó la Ley 64 de 1946".

1 M.P. Hugo Suescun Pujols.

El trato diferente en el monto de la pensión de invalidez que se deriva bien del riesgo común ya del riesgo profesional, no obstante tratarse de una misma prestación, encuentra su justificación y razonabilidad como bien lo afirma el Procurador General, en que la fuente material de su reconocimiento, como lo son las cotizaciones a uno y otro sistema, y la causa que le da su origen, esto es, riesgo común o riesgo profesional, justifica la existencia de dos regímenes diferenciados, sin que por ello se vulnere la Constitución Política.

3.5 El trato diferente en el monto de la pensión de invalidez que se deriva bien del riesgo común ya del riesgo profesional, no obstante tratarse de una misma prestación, encuentra su justificación y razonabilidad como bien lo afirma el Procurador General, en que la fuente material de su reconocimiento, como lo son las cotizaciones a uno y otro sistema, y la causa que le da su origen, esto es, riesgo común o riesgo profesional, justifica la existencia de dos regímenes diferenciados, sin que por ello se vulnere la Constitución Política.

En un caso similar sometido a examen de esta Corporación, en el cual se debatió la diferenciación de los dos regímenes², explicó la Corte lo siguiente:

"La Sala observa que si bien existe una similitud fáctica en los casos que planteó la ciudadana coadyuvante, la conformación del mismo sistema de seguridad social integral los ubica en regímenes diversos, en función de las condiciones en que los riesgos protegidos se han producido y la protección estatal que debe otorgarse al trabajo y al trabajador dependiente (C.P., art. 25); así pues, para el evento del accidente de trabajo o enfermedad profesional, por causa o con ocasión del trabajo o consecuencia directa de la clase de trabajo, se encuadran dentro del sistema general de pensiones y el sistema general de riesgos profesionales, en cambio, para el evento del riesgo común, se localiza dentro del sistema general de pensiones y el sistema general de salud.

Como lo señala dicha ciudadana, en el evento de invalidez por riesgo profesional existe, además del reconocimiento de la pensión la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual, para lo cual se hacía necesario fijar las condiciones de la redención del bono pensional, situación ya anali-

2 En la Sentencia C-773/98 M.P. Hernando Herrera Vergara, se examinó una demanda de constitucionalidad contra el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, en la que uno de los cargos hacía relación a la posible violación del derecho a la igualdad, como quiera que para una misma hipótesis, como sería la incapacidad de los trabajadores en el evento de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional y en el riesgo común, el monto de las pensiones reconocidas sería distinto, "en la medida en que en las dos primeras situaciones se obtiene además de la pensión, la suma de la devolución de los saldos de su ahorro en el sistema de pensiones, en cambio, en la última, tales saldos serían destinados a la conformación del monto mismo de la pensión". La Corte encontró exequible la disposición acusada, no sólo por la posible vulneración del derecho a la igualdad, sino frente a los demás cargos planteados en relación con el exceso en el ejercicio de facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República.

zada por la Corte en este fallo; y para el caso de la pensión de invalidez por riesgo común, como lo indica el artículo 70 de la Ley 100 de 1.993, antes referido, el bono pensional entra a financiar dicha pensión, generando un resultado diverso en ambos casos, salvo que el afiliado se invalide sin cumplir los requisitos para acceder a la pensión, ya que le será devuelta la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si hubiere lugar (Ley 100 de 1993, art. 72).

Sobre el particular, no puede perderse de vista que la estructura de la financiación diseñada por el legislador para uno y otro caso presenta unas particularidades diversas, que deben verse reflejadas en la cuantía que finalmente se obtenga y que provienen del diseño de todo un sistema de seguridad social integral.

La forma en que se ha dispuesto la utilización de los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados, sus rendimientos, la participación del empleador, cuando se trata de un trabajador, los posibles subsidios estatales, entre otras fuentes, es decir, los distintos componentes financieros que deben entrar a formar parte de la financiación de las prestaciones establecidas y para su determinación, generan unos mínimos y máximos de protección que suponen que no todos los casos sean tratados en forma igual, en términos de igualdad matemática, sin distingos de la realidad material de cada situación que se analice, más bien deben responder al propósito estatal de brindar, con la mayor cobertura posible, en las mejores condiciones de protección, según las posibilidades económicas del estado y de los beneficiarios del sistema, el amparo contra las contingencias que atenten contra la salud y la capacidad económica de las personas, para lograr un bienestar individual que redunde en uno general.

Entonces, si bien, el contenido normativo acusado por se no vulnera el ordenamiento superior, en cuanto a su aplicación al caso de la invalidez por riesgo profesional, generando unas consecuencias propias y exclusivas dentro del sistema general de riesgos profesionales, su inaplicación para el riesgo común crea una diferencia que deriva de la estipulación misma de la financiación de la pensión de invalidez por ese riesgo".

Cabe también en esta sentencia recordar que en la Sentencia C-453 de 2002³, al examinarse la constitucionalidad de la expresión "cuando el transporte lo suministre el empleador", contenida en el artículo 9 del Decreto 1295 de 1994, la Corte al analizar el sistema de riesgos profesionales, encontró que "ese esquema de aseguramiento previsto por el Legislador para el sistema de riesgos profesionales, supone que la prima que se cobra, que para el presente caso se denomina cotización, esté calculada en proporción al riesgo que se asume. Ampliar como lo plantea el demandante la cobertura del sistema a una contingencia no prevista en los cálculos actuariales correspondientes, que depende además de variables ajenas al control de los empleadores y de los administradores del sistema implicaría romper, - en los términos actuales de la ley-, el equilibrio financiero estructurado en función de las características propias de los riesgos profesionales definidos en los términos del artículo atacado".

Se concluye entonces que el cargo planteado por el demandante en el sentido de que las dos normatividades consagran diferencias de trato irrazonables e injustificadas, no prospera, pues, como se ha señalado existen fundamentos objetivos diferentes en uno y otro caso que justifican el establecimiento de montos diferentes en el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin que ello resulte irrazonable o desproporcionado. Nótese además, que con el régimen de riesgos profesionales se busca proteger al trabajador de los riesgos que se puedan derivar de la labor o profesión que desempeña o de los efectos nocivos que se puedan

3 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

generar del medio en que se ha visto obligado a trabajar, con lo cual se garantizan los derechos constitucionales que en relación con el derecho al trabajo consagra la Constitución Política (C.P. arts. 25 y 53).

VIII. DECISION

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

RESUELVE:

Declarar EXEQUIBLES los artículos 40 de la Ley 100 de 1993 y 10 de la Ley 776 de 2002.»

Conceptos

Estados financieros - Publicación

Patrimonio

Estados financieros - Publicación

Concepto 2003044134-6 del 13 de julio de 2004

Síntesis: *Publicación de estados financieros en un diario de amplia circulación; definición de diario y periódico. Características del medio de publicación de los estados financieros. Obligación de que sea un diario impreso publicado todos los días.*

«(...) damos respuesta a su petición radicada en esta Superintendencia (...), mediante la cual informa que ha tenido conocimiento del contenido del oficio No. 2003044134-1 del pasado 14 de noviembre, expedido por esta Superintendencia, en el cual se descalificó al (...) como un diario de amplia circulación para las publicaciones de estados financieros.

En consecuencia, solicita la revisión del concepto teniendo en cuenta que este organismo "tomó como base de la interpretación el sentido natural y obvio de la palabra 'diario', definido por el Diccionario de la Real Academia Española, cuando en este caso debe entenderse el sentido técnico de la palabra. En efecto, según el concepto del ICFES, entidad encargada del registro de las publicaciones seriadas, uno de los significados

técnicos del término 'diario' es 'el impreso que se publica periódicamente, numerado consecutivamente, que se distingue de otras publicaciones en que su proceso de publicación es continuado sin determinar tiempo de terminación de la publicación'".

Así pues, considera que esta acepción técnica del término diario, debe primar sobre la interpretación común de la misma, de acuerdo con las normas de interpretación del código civil.

Así mismo aduce que la "Superintendencia realizó una interpretación separada del sustantivo 'un diario' como un requisito distinto del calificativo 'de amplia circulación'. Esta lectura es equivocada pues no se trata de una enumeración de condiciones que según

Según el concepto del ICFES, entidad encargada del registro de las publicaciones seriadas, uno de los significados técnicos del término 'diario' es 'el impreso que se publica periódicamente, numerado consecutivamente, que se distingue de otras publicaciones en que su proceso de publicación es continuado sin determinar tiempo de terminación de la publicación'".

las reglas de ortografía se habrían separado por comas, sino de un solo concepto calificado. En esta construcción de la norma el término diario no es un calificativo de frecuencia o periodicidad de algo, sino de un sustantivo mismo (es El Medio de Comunicación en el que debe hacerse la publicación). La expresión de 'amplia circulación' es el adjetivo que califica al sustantivo. Es decir que se refiere al 'medio de prensa' que debe cumplir con la condición de ser un medio de 'amplia circulación'. (...) Por ello observamos respetuosamente que el término diario debe ser interpretado en éstas normas, dentro de su contexto, como medio periódico de información escrita, pero no necesariamente como un periódico de edición diaria"

Agrega que aún aceptando que se requiera la condición de frecuencia diaria, lo que debe suceder todos los días es la circulación y no la publicación. Luego si el medio se edita una vez a la semana pero permanece en venta todos los días, tiene circulación todos los días.

De igual manera, mediante comunicación radicada en esta Superintendencia con el número 2003044134-5, se precisó que (...) es un diario por su edición en internet, por cuanto el periódico se publica diariamente con una edición actualizada y diferente cada día en la página (...) y el día (...) la edición se publica en papel y en internet. Es decir que dicho periódico en la actualidad no es un semanario sino un diario que utiliza dos vehículos de comunicación diferentes, pero que mantienen una unidad informativa.

Al respecto, proceden los siguientes comentarios:

1.- En torno al argumento de que esta Superintendencia interpretó en su sentido natural y obvio la palabra diario y no el sentido técnico pues, según el concepto del ICFES, uno de los significados técnicos del

término es el impreso que se publica periódicamente, cabe destacar que en la comunicación del ICFES de fecha 15 de septiembre del 2003, adjunta en su misiva, se lee lo siguiente:

"(...) nos permitimos informarles que dentro de los documentos que maneja el Centro Nacional de ISSN, no encontramos una definición precisa de DIARIO y PERIODICO. Sin embargo, consultando el DICCIONARIO TÉCNICO DE BIBLIOTECONOMIA, hemos encontrado las siguientes definiciones:

"Diario.-1. *Periódico que se publica todos los días.*
2.- Periódico publicado por una sociedad o institución conteniendo noticias, actos informes de trabajo, etc. en un campo determinado. 3. Un libro para conservar el registro diario. 4. registro diario'.

Periódico.'1. Dícese del impreso que se publica periódicamente numerado consecutivamente; se distingue de otras publicaciones periódicas en que su proceso de publicación es continuado sin determinar tiempo de terminación de publicación. 2. Publicación impresa de carácter informativo sobre diversos asuntos, que aparece a intervalos frecuentes; según su periodicidad se designan con el nombre de semanal, quincenal, etc., y según su carácter en literario, político, oficial, etc. *No se aplica al periódico diario ni a los libros por entregas*". (resaltados no pertenecen al texto).

Como se desprende de lo transcrito, el significado de la palabra "diario", en su sentido técnico corresponde a aquel "periódico que se publica todos los días"-no que circula todos los días-, el cual coincide con la interpretación efectuada por este organismo el cual tuvo como base el sentido natural y obvio de la expresión contenido en el Diccionario de la Real Academia Española que recordemos es el "periódico que se publica todos los días", el cual difiere de las publicaciones impresas que aparecen a intervalos como el semanal, quincenal, mensual, etc., que es a lo que comúnmente se le denomina periódico.

Así pues, la publicación ordenada en el Capítulo IX de la Circular 100 de 1995, debe hacerse en un diario de amplia circulación, entendido éste como el medio de prensa que se publica todos los días y que tiene amplia circulación.

2.- De otra parte, respecto del argumento según el cual la Superintendencia realizó una lectura equivocada de la norma al haber separado el sustantivo (diario) del calificativo (de amplia calificación), pues según en su criterio lo que realmente se quiere es que sea en un medio de prensa que deba cumplir

publicarse, una vez autorizados, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de su aprobación por la asamblea general de accionistas, en un diario de amplia circulación no está ordenando simplemente que se haga en un periódico cuya circulación esté autorizada, sino que se realice en un medio de prensa que cumpla con dos condiciones: que sea diario y de amplia difusión.

Y es que recordemos que en la práctica existen muchos periódicos autorizados para circular en todo el país, cuya periodicidad varía y cuya cobertura es restringida en la medida

en que está dirigida a un reducido número de personas. Luego, admitir que la publicación de dichos estados financieros se realice en impresos que no cumplan las condiciones señaladas en la circular (v.gr. El Catolicismo) sería tanto como permitir que no se cumpla con la finalidad para la cual fue expedida la norma.

En tal virtud, se reitera lo expuesto por esta Superintendencia en el oficio No. 2003044134-1 del 14 de noviembre del 2003 en el sentido de que

La publicación del balance general y el estado de ganancias y pérdidas de fin de ejercicio de las entidades vigiladas debe hacerse en un medio de comunicación escrita más específicamente un periódico y que cumpla con dos condiciones: de un lado, que se trate de un diario y, de otro, que tenga amplia circulación.

con la condición de ser de amplia circulación, es necesario precisar que la interpretación realizada por esta Agencia Gubernamental -quien emitió el instructivo- se ajusta al texto de la misma, toda vez que una interpretación como la expuesta por Usted conllevaría a realizar una sinonimia entre el término diario y periódico, desconociendo las definiciones técnicas atrás descritas, las cuales están contenidas en el anexo aportado y que, a propósito, no están fielmente transcritos en el oficio que se responde. Así pues, cuando la norma señala que la publicación de los estados financieros de fin de ejercicio de las entidades vigiladas deben

"De la norma transcrita se deduce claramente que la publicación del balance general y el estado de ganancias y pérdidas de fin de ejercicio de las entidades vigiladas debe hacerse en un medio de comunicación escrita más específicamente un periódico y que cumpla con dos condiciones: de un lado, que se trate de un diario y, de otro, que tenga amplia circulación.

Lo anterior teniendo en cuenta que la finalidad de la publicación de los estados financieros es que el público en general, no sólo inversionistas u hombres de negocios, conozca la solidez y situación patrimonial de la

institución financiera en particular, lo cual se logra mediante una divulgación en prensa o periódico que cumpla con los requisitos anotados, esto es, que sea de amplia difusión y de periodicidad diaria, lo que hace más seguro que un mayor número de personas tengan acceso a la información de las instituciones vigiladas".

3.- Por último, aduce en su comunicación que (...) es un diario por su edición en INTERNET, pues se publica diariamente con una edición actualizada y diferente cada día, y en consecuencia utiliza dos medios de comunicación diferentes. A este respec-

to debe precisarse que, conforme a lo anotado en el concepto del ICFES, periódico (género) significa aquel impreso que se publica periódicamente y diario (especie) corresponde a aquel periódico que se publica todos los días. Luego diario es un periódico impreso que se publica todos los días.

En ese orden de ideas, si la circular en comentario exige que la publicación de los estados financieros se realice en un diario debe entenderse como aquel impreso que se publica diariamente, sin que sea viable incluir dentro de dicha acepción las ediciones en Internet (...)»

Patrimonio

Concepto 2004034992-3 del 23 de septiembre de 2004

Síntesis: *Casos en los cuales se puede distribuir el saldo de la cuenta "revalorización del patrimonio". Improcedencia del derecho de retiro de los accionistas en el caso de sociedades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.*

«(...) consulta acerca del sometimiento de una entidad vigilada por este organismo, en proceso de reorganización y ajustes, a las figuras jurídicas de que dan cuenta los mismos escritos.

A fin de atender adecuadamente las inquietudes planteadas, a continuación nos permitimos responder a cada una de ellas, en el mismo orden por usted señalado, así:

"1.- La cuenta de revalorización del patrimonio capitalizada puede ser materia de reembolso (sic) de capital a los accionistas, en dinero?"

Al respecto, resulta necesario en primera instancia retomar el contenido del artículo 90 del Decreto 2649 de 1993 que a la letra reza: "La revalorización del patrimonio refleja el efecto sobre el patrimonio originado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Su saldo solo puede distribuirse como utilidad cuando el ente se liquide o se capitalice su valor de conformidad con las normas legales".

La distribución del saldo de la cuenta de revalorización del patrimonio sólo puede efectuarse en uno de dos eventos, a saber:

1. Cuando se liquide la entidad, caso sobre el cual no existe discusión alguna, y

2. Cuando se capitalice su valor de conformidad con las normas legales.

De la lectura de la citada disposición y analizados previamente los argumentos esbozados en los documentos adjuntos a su comunicación, este Despacho considera que la distribución del saldo de la cuenta de revalorización del patrimonio sólo puede efectuarse en uno de dos eventos, a saber:

1. Cuando se liquide la entidad, caso sobre el cual no existe discusión alguna, y
2. Cuando se capitalice su valor de conformidad con las normas legales.

Esta segunda circunstancia merece un especial análisis, debido a que no compartimos la sustentación de la posición mantenida en sus escritos. Ello, por cuanto consideramos que la interpretación dada a la expresión "capitalice su valor" no responde a un nuevo esfuerzo que hagan los accionistas inyectando recursos a la entidad en una primera instancia, para luego retirarlos, como utilidad, vía la distribución de la cuenta de revalorización de patrimonio, sino que responde a la figura contable que permite trasladar una cuenta, en este caso la de revalorización patrimonial, al capital¹

de la institución, disminuyendo o cancelando la partida relativa a esa cuenta e incrementando la del capital, con la consecuente distribución de las nuevas acciones resultantes entre los socios.

De esta forma, la capitalización de la cuenta conlleva la conversión de un rubro contable en acciones o cuotas de interés social, sin que sea viable su distribución en efectivo, y en ese sentido se comparte la posición sostenida en diversas oportunidades por la Superintendencia de Sociedades conforme la cual "(...) es la posibilidad que contempla la ley para entender cumplida la obligación de mantener ese saldo como una utilidad no distribuible, que en últimas es la finalidad que se persigue"².

Esta posición ha sido clara en tratándose de entidades vigiladas por esta Superintendencia. Si se revisa la cuenta 3417 Revalorización del Patrimonio del Plan Único de Cuentas³ vigente para las entidades financieras, vemos que la descripción de la misma señala:

1 Debe entenderse por capital, de acuerdo con el artículo 83 del Decreto 2649 de 1993, "los aportes efectuados al ente económico (...) con el ánimo de proveer recursos para la actividad empresarial que, además, sirvan de garantía para los acreedores".

2 Superintendencia de Sociedades, Concepto 13739 de abril 19 de 1995.

3 Resolución 3600 de 1998 -PUC del Sistema Financiero-.

"Registra el saldo del ajuste por inflación del patrimonio de la Entidad, generado hasta el 31 de diciembre de 2000, el cual no podrá distribuirse como utilidad a los socios o accionistas, hasta tanto se liquide la Entidad o se capitalice tal valor, previo el trámite legal pertinente.

En la subcuenta 341707 se contabilizarán los saldos registrados a diciembre 31 de 1991 por concepto del ajuste por inflación de las propiedades y equipo que, de acuerdo con los Decretos 3019 y 3032 de 1989, hubiesen sido objeto de dicho ajuste.

En el evento que la Entidad emita aportes como resultado de la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio, deberá efectuar simultáneamente el respectivo registro en el código 8249 -Capitalización por Revalorización del Patrimonio-."

La capitalización de esta cuenta implica, por tanto, una distribución anticipada del saldo que registra, en el entendido de que ese mayor valor es recibido por todos los accionistas antes de la liquidación del patrimonio social, en proporción a sus aportes de capital, y cuya distribución no se hace en dinero u otro bien de valor equivalente sino en acciones de la sociedad.

A este respecto se pronunció igualmente la Superintendencia de Sociedades mediante concepto 220-26515 del 30 de abril de 2003, en el siguiente sentido:

"(...) la restricción para realizar conductas distintas de las allí permitidas, deriva de la prescripción prevista por el artículo 90 del Decreto 2649, presupuesto que conlleva necesariamente a concluir que no es posible disminuir el capital con el aporte proveniente de la revalorización del patrimonio, pues el capital proveniente de esa cuenta solo puede distribuirse a los socios al momento de la liquidación de la sociedad.

La referida tesis ha sido revisada por parte de la Superintendencia y se mantiene vigente, así lo confirma el oficio 300-33794 del 13 de agosto de 2001, cuya copia anexo, en el que en punto a la disminución del capital con efectivo reembolso de aportes, se lee, entre otros: 'En este último caso, es decir, cuando los accionistas resuelven disminuir el capital con efectivo reembolso de aportes a todos y cada uno de ellos, no puede entenderse bajo ningún punto de vista que sea viable entregar la parte proporcional del patrimonio, sino del capital, en razón de que la ley ha provisto a las sociedades de mecanismos suficientes que señalan la forma como procede la distribución de utilidades entre los asociados, durante la vida del ente económico y de permitirse el reparto anticipado de algunas de las partidas que integran el patrimonio, diferentes al capital y a las utilidades, en la forma prevista en la legislación mercantil, estaríamos frente a una liquidación parcial del contrato social, como lo ha sostenido esta entidad en diferentes oportunidades, y en este caso evidentemente no se da, por cuanto no se presenta ni el retiro ni la exclusión de ningún accionista, sino que todos continúan como asociados de la compañía y con el mismo porcentaje de participación en el capital'".

"2.- Considera la Superintendencia que es jurídicamente viable una liquidación parcial del patrimonio, reintegrando a los accionistas no solo capital sino valores correspondientes a otras cuentas del patrimonio? Esto es, si el fenómeno del reembolso (sic) de acciones, por primera vez regulado por la Ley 222 de 1995 en su artículo 16, es procedente en las compañías sometidas a vigilancia de la Superintendencia bancaria".

En relación con este aspecto, debe tenerse presente que el artículo 16 de la Ley 222 de 1995, por usted citado, se encuentra incorporado en el Capítulo III de la citada normativa, como una disposición más del "Derecho de Retiro" consagrado cuando la reestructuración empresarial de una sociedad, a través de una fusión o escisión, imponga a los socios ausentes o disidentes una mayor responsabilidad o una desmejora de sus derechos patrimoniales.

La escisión como forma de reorganización empresarial conlleva la disgregación del patrimonio de la sociedad en dos o más empresas que constituyan el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o por algunos de los socios originales, sin que en ello importe el carácter financiero de la nueva entidad.

No obstante, el artículo 17 *ibídem*, integrado al mismo Capítulo III dispone que "Lo dispuesto en esta ley en materia de receso, no se aplicará a las sociedades sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria".

Por su parte, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece en su artículo 55 que "La fusión de entidades financieras o aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Bancaria se regirá por las normas especiales contenidas en este capítulo. En lo no previsto, se aplicarán las demás normas de carácter especial y lo dispuesto en el Código de Comercio y en la Ley 79 de 1989, según el caso". Cabe anotar que el artículo 67 de dicho estatuto al regular la figura de la escisión establece que la misma "(...) se someterá, en lo pertinente, a las normas contempladas en el capítulo II de la parte III del presente estatuto".

Bajo ese contexto, precisamente, uno de los temas que encuentra regulación expresa en el estatuto mencionado (artículo 62) es el derecho de retiro, consagrado como una prerrogativa de los accionistas minoritarios, en el caso de no convenir en la relación de intercambio resultante del estudio técnico solicitado para determinar el valor de su participación.

Así las cosas, se estima que el artículo 16 de la Ley 222 de 1995 no resulta aplicable a una operación de reorganización de una institución financiera por expresa exclusión de dicha normatividad y por existir regulación especial de carácter financiero.

"3.- Puede el camino de la escisión ser una vía razonable para segregar excedentes patrimoniales en la entidad vigilada, pasándolos a una compañía del sector real que no desarrolle actividades que la hagan susceptible de vigilancia por parte de la Superintendencia Bancaria?"

La escisión como forma de reorganización empresarial conlleva la disgregación del patrimonio de la sociedad en dos o más empresas que constituyan el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o por algunos de los socios originales, sin que en ello importe el carácter financiero de la nueva entidad.

En tal sentido y para responder al asunto planteado, sin perder de vista las anotaciones efectuadas en el numeral anterior en torno al derecho de retiro y su aplicación a las entidades vigiladas por esta Superintendencia, y partiendo de la premisa de que el fundamento de dicho derecho es la protección de los accionistas minoritarios, puede afirmarse que evidentemente la escisión puede constituir una vía de segregación de los excedentes patrimoniales, lo cual sin embargo, no significa que se pueda decidir y ejecutar con la sola voluntad del máximo órgano social, sino que en cada evento deberán tenerse presente los presupuestos

legales señalados en el artículo 67 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y los concordantes con éste, así como los contenidos en el régimen mercantil.

Al respecto cabe manifestar que "(...) las normas generales del estatuto mercantil son aplicables a las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria de Colombia en todos los eventos en que las normas especiales que rigen a aquellas no les sean contrarias. En ese escenario, la aplicación de las normas contenidas en el ordenamiento mercantil proceden de manera supletiva, a falta de norma especial".

"Conforme a eso, el régimen legal aplicable a los procesos de escisión contenido en los artículos 3° y siguientes de la Ley 222 de 1995, modificatoria del Código de Comercio, es aplicable a las entidades vigiladas por esta Superintendencia sólo en cuanto no pugne con el régimen especial consagrado para las mismas en ese evento en los artículos 67 y 71 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero"⁴.

Así, en tratándose de una entidad vigilada por esta Superintendencia, es claro que la entidad que decida adoptar la medida, además, debe adoptar los mecanismos tendientes a mantener, entre otros, los niveles de solvencia, liquidez, monto mínimo de capital y evitar, en consecuencia, la posibilidad de incurrir en las causales de toma de posesión previstas en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De igual forma, una vez adoptada la decisión por el órgano social competente debe someterse el plan a la aprobación de la Superintendencia Bancaria (...).

4 Superintendencia Bancaria, Concepto número 199901538-1, septiembre 7 de 1999.

Temas de Consulta

*Información al público de fondos comunes
ordinarios y especiales que administran las
sociedades fiduciarias*

Negocios fiduciarios inmobiliarios

*Sistema especial de administración
de riesgos de mercado*

*INFORMACIÓN AL PÚBLICO DE FONDOS
COMUNES ORDINARIOS Y ESPECIALES QUE ADMINISTRAN
LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS*

Superintendencia Bancaria de Colombia

"Circular Externa 032 de 2004
(agosto 9)

(...) en uso de sus facultades legales, en especial de las que le confieren los literales a y b, numeral 3, artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero considera necesario adicionar un nuevo numeral al Capítulo I, Título 5 de la Circular Externa 007 de 1996.

La presente modificación tiene como propósito desarrollar mecanismos especiales de revelación de información al público en relación con los fondos comunes ordinarios y fondos comunes especiales que administran las sociedades fiduciarias.

Para tal fin, se ha diseñado una ficha técnica que contiene la información básica de los fondos, esto es, tanto las condiciones generales a las que están sujetos los adherentes como el componente financiero de los mismos. Dicha información debe corresponder de manera exacta al modelo diseñado para tal fin y se debe diligenciar de acuerdo con los requerimientos mínimos de información señalados en el respectivo instructivo.

Cada ficha técnica debe actualizarse en forma mensual dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al último día calendario del mes que se informa, publicarse en la página Web de la respectiva entidad o difundirse a través de un mecanismo con similar cobertura. Así mismo, deberá ser remitida a todos los adherentes del fondo con la rendición de cuentas semestral.

La presente circular rige a partir del 1 de septiembre de 2004. En tal sentido las entidades deben difundir la primera ficha técnica dentro de los primeros cinco (5) días hábiles del mes de octubre de 2004. Mediante la presente circular se adiciona el numeral 9.3 al capítulo I, Título 5 de la Circular Externa 007 de 1995 y se incorporan dos nuevos anexos al Título 5 de la Circular Externa 007 de 1995 (...).

**Se ha diseñado una ficha técnica
que contiene la información básica de los fondos,
esto es, tanto las condiciones generales a las que están
sujetos los adherentes como el componente financiero
de los mismos.**

NEGOCIOS FIDUCIARIOS INMOBILIARIOS

Superintendencia Bancaria de Colombia

"Carta Circular 54 de 2004
(julio 26)

(...) La Superintendencia Bancaria de Colombia (SBC) ha observado que algunas sociedades fiduciarias no divulgan de manera adecuada y oportuna a sus posibles clientes y usuarios el alcance que tiene su participación en los proyectos inmobiliarios a los cuales se vinculan bajo diferentes modalidades, dando lugar a que los adquirentes de unidades inmobiliarias incurran en equívocos sobre el alcance de la actividad que tales entidades despliegan en los respectivos proyectos y el grado de responsabilidad que adquieren de cara a su gestión.

No sobra recordar lo ocurrido en años pasados respecto de la información que se divulgaba en cuanto al alcance de las obligaciones de las sociedades fiduciarias en los fideicomisos inmobiliarios lo que condujo a que el público, equivocadamente, considerara que estas entidades respaldaban toda la operación que involucraban los proyectos de construcción.

Por lo expuesto, la SBC considera de la mayor importancia recordar a los directores y administradores de las sociedades fiduciarias, la responsabilidad que les asiste a estas entidades vigiladas en los negocios fiduciarios inmobiliarios, por cuanto su participación involucra la confianza de las personas que hacen parte de los mismos, llámense compradores, propietarios de los terrenos, constructores, proveedores, establecimientos de crédito, etc. para quienes, por regla general, la presencia de la sociedad fiduciaria dentro del proyecto es determinante para su participación o contratación.

Adicionalmente, teniendo en cuenta las características y la complejidad que implica el desarrollo y ejecución de este tipo de proyectos, resulta de especial importancia que las sociedades fiduciarias, de una parte, realicen el análisis del riesgo que involucra cada proyecto y cuenten con contratos fiduciarios adecuados al negocio específico y, de otra, efectúen una correcta divulgación de información al público sobre el alcance y efectos de su participación.

En este orden de ideas, la SBC en procura de los objetivos señalados en los literales e) y h), numeral 1° del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) considera necesario precisar el alcance de las disposiciones generales y especiales que regulan la actividad de las sociedades fiduciarias en los negocios de carácter inmobiliario, con el fin de que se adopten las medidas del caso para que en todo momento los clientes y usuarios de estas entidades vigiladas conozcan el alcance de su participación en este tipo de operaciones:

1. Obligaciones al interior de las Fiduciarias

1.1 Control interno: medición, evaluación y limitación de riesgos

En desarrollo de su actividad, y de acuerdo con establecido en el numeral 7, Capítulo Noveno, Título Primero de la Circular Externa 007 de 1996 (CBJ), las sociedades

fiduciarias deben implementar sistemas de control interno que contribuyan adecuadamente a administrar los riesgos a que se ven expuestas. Tales sistemas les deben permitir identificar y medir los riesgos que asumen en el ejercicio de su gestión, lo que supone, en todos los, casos analizar su responsabilidad y el riesgo implícito que conlleva participar en un negocio fiduciario.

Tratándose de negocios de fiducia inmobiliaria, la sociedad fiduciaria al momento de decidir si compromete o no su responsabilidad, debe aplicar sus procedimientos de control interno para evaluar, valorar y verificar aspectos tales como:

- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones.
- Que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.

Las sociedades fiduciarias deben implementar sistemas de control interno que contribuyan adecuadamente a administrar los riesgos a que se ven expuestas. Tales sistemas les deben permitir identificar y medir los riesgos que asumen en el ejercicio de su gestión, lo que supone, en todos los, casos analizar su responsabilidad y el riesgo implícito que conlleva participar en un negocio fiduciario.

- Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto.

- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.

- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.

- Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra, se encuentren acordes con los requerimientos legales pertinentes.

- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia,

capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.

- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.

1.2 Conocimiento del cliente

En cumplimiento de lo establecido en el Capítulo Decimoprimer, Título Primero de la CBJ en concordancia con el artículo 102 EOSF, corresponde a las sociedades fiduciarias que participan en proyectos inmobiliarios, verificar y asegurarse de que el formulario de vinculación de los clientes a que hace referencia el Anexo 1 del citado capítulo, esté adecuadamente diligenciado. Esta facultad no puede delegarse en terceros tales como vendedores, promotores o constructores de los inmuebles.

Así mismo, deben realizar directamente las diligencias necesarias para confirmar y actualizar los datos suministrados en el formulario de vinculación de clientes y que por su naturaleza puedan variar, sin olvidar que el conocimiento del cliente supone la realización de una entrevista presencial al potencial cliente, previamente a su vinculación. De ello debe dejarse constancia documental en la que se indique el lugar, fecha y hora de la misma y sus resultados.

También les corresponde contar con procedimientos claros que permitan el análisis de la información, su archivo ordenado y conservación adecuada, de modo que tal información sea de fácil acceso tanto para los funcionarios que tienen a su cargo el deber de prevenir y controlar que la referida entidad pueda ser usada para el lavado de activos, como para las autoridades que la soliciten.

Lo anterior como quiera que las sociedades fiduciarias deben tener en cuenta que en su calidad de entidades sometidas al control y vigilancia de la SBC y profesionales de la actividad, tienen el deber de evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el lavado de activos.

2. Obligaciones de la fiduciaria para con el público

2.1 Deber de diligencia

De acuerdo con el artículo 98, numeral 4.1. EOSF, las entidades vigiladas por la SBC tienen a su cargo un especial deber de diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes de modo que éstos reciban una adecuada atención en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con las mismas y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones.

Tratándose de su participación en negocios fiduciarios inmobiliarios, dicho deber supone, entre otros, la obligación de asegurarse que los clientes no incurran en error en cuanto al alcance de la responsabilidad que tiene la sociedad fiduciaria en el desarrollo de tales proyectos, así como respecto de los riesgos implícitos en los mismos.

2.2 Deber de información

2.2.1 Deber general

El artículo 97 EOSF establece el deber general de información que tienen todas las entidades vigiladas por la SBC, en desarrollo del cual las sociedades fiduciarias deben proporcionar oportunamente a sus clientes y usuarios la información que requieran y que les aporte

todos los elementos de juicio necesarios para escoger la mejor alternativa que ofrezca el mercado, de acuerdo con sus propias necesidades.

Este precepto debe cumplirse también en aquellos contratos de preventa cuyo objeto sea el recaudo de los recursos provenientes de la promoción y consecución de interesados en adquirir inmuebles dentro de un proyecto inmobiliario, los cuales posteriormente harán parte del precio prometido por la compra.

Resulta entonces de fundamental importancia que en los acuerdos se revelen adecuadamente las obligaciones a cargo de la sociedad fiduciaria, el alcance de la responsabilidad de la misma en el proyecto inmobiliario y la destinación de sus recursos, de tal suerte que el futuro adquirente de la unidad en el proyecto inmobiliario objeto de la preventa, obtenga total claridad acerca de:

- Que en todo caso, las obligaciones de la fiduciaria son de medio y no de resultado.
- El alcance de la participación de la fiduciaria en el negocio.
- Si la sociedad fiduciaria tendrá el manejo futuro de los recursos.
- Si la sociedad fiduciaria participará en la definición del punto de equilibrio.
- Si las promesas de venta cuya suscripción constituye una obligación futura del suscriptor del encargo, han sido conocidas por la fiduciaria o si serán suscritas por la fiduciaria o por el promotor.
- Cuáles serán las causales y los plazos de devolución de los recursos entregados a la fiduciaria.
- La identificación clara y expresa de la persona en favor de quien se celebra el negocio fiduciario.
- Quién asume el riesgo de la pérdida de valor de los recursos entregados a la fiduciaria, como producto de la pérdida de valor de las inversiones realizadas por ésta con tales recursos, ya sea que los mismos se administren a través de un fondo común ordinario, de un fondo especial o a través de cualquier otro mecanismo.

Dentro del anterior orden de ideas, la SBC encuentra conveniente entregar al cliente un escrito informativo en el cual se expliquen claramente, cuando menos, cada uno de los tópicos enunciados.

Conviene recordar además que, de conformidad con lo previsto en el numeral 4o. del artículo 146 EOSF, en concordancia con lo establecido en el numeral 1° del Capítulo Primero, Título Quinto de la CBJ., siempre que estos acuerdos revistan las características de contratos de adhesión o de prestación masiva de servicios, deben ser calificados como tales y deben ser sometidos previamente a autorización de la SBC.

De estos contratos, en cuanto sea necesario para dar una adecuada información al fideicomitente, adherente o beneficiario, deben hacer parte, a su vez, los contratos suscritos para el desarrollo

del proyecto inmobiliario, razón por la cual se recomienda entregar copia de tales documentos a la firma del contrato de adhesión de fiducia respectivo.

2.2.2 Publicidad

Al tenor de lo señalado en el artículo 325 numeral 1º literal c EOSF, uno de los objetivos que tiene a su cargo la SBC es velar por la adecuada prestación del servicio financiero, es decir, procurar porque la operación de las entidades vigiladas se realice en condiciones suficientes de seguridad, transparencia y eficiencia.

Para ello, el artículo 326, numeral 3º literal c) del EOSF, otorga a la SBC la facultad de velar porque las instituciones vigiladas suministren a los usuarios del servicio la información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones que realizan, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

En desarrollo de lo anterior el artículo 99 del EOSF, en concordancia con lo establecido en el Título Primero, Capítulo Sexto, Numeral 2 de la CBJ, indica las reglas en materia de mensajes publicitarios y les obliga a divulgar información adecuada y relevante al público.

Estas normas también regulan la publicidad y promoción de los negocios de la sociedad fiduciaria que se realicen a través de constructores o promotores de proyectos inmobiliarios, actividades en las cuales debe determinarse claramente la gestión a desarrollar por parte de la sociedad fiduciaria, absteniéndose en todo caso de incluir previsiones tales como "con el respaldo de la fiduciaria X" o similares, sin que se especifique en que consiste dicho apoyo o respaldo.

En cuanto hace a este tema, se recuerda que en desarrollo de lo establecido en el Capítulo Sexto del Título Primero de la CBJ, enunciado en precedencia, en los programas publicitarios adelantados por las sociedades fiduciarias se deben observar las siguientes reglas:

2.2.2.1 Aspectos generales: Las campañas publicitarias orientadas a promover productos o servicios fiduciarios deben precisar el tipo de contrato mediante el cual ha de instrumentarse el respectivo negocio -fiducia mercantil o encargo fiduciario-, evitando el empleo de expresiones que induzcan al público a la convicción de que la entidad alcanzará el éxito en la gestión encomendada.

En tal sentido, en los programas publicitarios debe señalarse de manera fácilmente visible que las obligaciones asumidas por las entidades fiduciarias con ocasión de la celebración de contratos de fiducia tienen la naturaleza de obligaciones de medio y no de resultado.

En los programas publicitarios debe señalarse de manera fácilmente visible que las obligaciones asumidas por las entidades fiduciarias con ocasión de la celebración de contratos de fiducia tienen la naturaleza de obligaciones de medio y no de resultado.

Por último se debe informar al público en letras y caracteres suficientemente visibles, la circunstancia de hallarse la sociedad fiduciaria vigilada por la SBC.

2.2.2.2 Aspectos especiales: El numeral 2.6 literal c. del Capítulo Sexto del Título I de la CBJ, en el cual se establecen las condiciones para la publicidad de fiducias inmobiliarias, advierte que en todos los programas o campañas publicitarias por medio de las cuales se promocionen negocios de fiducia inmobiliaria o de administración de proyectos inmobiliarios, así como en la papelería que se utilice para tales efectos, deberá informarse de manera expresa y destacada la gestión a desarrollar por la sociedad fiduciaria.

Se resalta que la inobservancia de esta instrucción es considerada como práctica insegura al tenor de lo dispuesto en la letra a) del numeral 5 del artículo 326 del EOSF.

Bajo este entendido, las sociedades fiduciarias deben recordar que en la difusión de sus programas publicitarios les corresponde:

- Cuando sea a través de programas o campañas publicitarias, así como en la papelería que se utilice para tales efectos, se debe explicar con claridad cual es el tipo de gestión que desarrollará la entidad en el proyecto, es decir, si se adelantará la administración de tesorería del proyecto, la vigilancia de todas las etapas de la obra, la inversión de los recursos que ingresen al fideicomiso, y demás conceptos de este tipo de fideicomiso, de manera que para el adherente, inversionista o beneficiario resulten claros e inequívocos los parámetros dentro de los cuales se desarrollará la actividad de la sociedad fiduciaria.
- En los puntos de venta de los proyectos inmobiliarios se deben exponer al público carteles o afiches fácilmente visibles en donde se explique de manera sencilla el funcionamiento del fideicomiso y el papel que desempeña la fiduciaria dentro del proyecto.

3. Rendición de cuentas

Para los efectos previstos en los artículos 1234, numeral 8o. y 1236, numeral 4o., del Código de Comercio, y con el propósito de mantener informados a los fideicomitentes y beneficiarios de los negocios fiduciarios que se celebren en desarrollo de proyectos inmobiliarios, este Despacho ha considerado pertinente recordar el cumplimiento de las siguientes instrucciones:

- La rendición de cuentas es indelegable en terceras personas u órganos del fideicomiso, pues se trata de una obligación radicada exclusivamente en cabeza de la entidad, teniendo en cuenta que el fideicomitente y los beneficiarios han depositado su confianza en el profesionalismo del fiduciario para la realización de la gestión.
- La rendición de cuentas debe hacerse por lo menos cada seis (6) meses, salvo que las partes contratantes, de común acuerdo o a instancias del fideicomitente, convengan hacerlo en períodos de tiempo inferiores. Lo anterior sin perjuicio de la periodicidad y de las normas aplicables a las rendiciones de cuentas para los adherentes a los fondos comunes ordinarios o fondos comunes especiales cuando quiera que los recursos estén allí invertidos.
- Los aspectos contables y financieros de la rendición de cuentas deben guardar armonía con la información que presenta el fiduciario a la SBC respecto de aquellas situaciones que afecten de manera importante el estado general del negocio fiduciario y los correctivos que se adoptarán para continuar el curso normal del negocio fiduciario."

*SISTEMA ESPECIAL DE ADMINISTRACIÓN
DE RIESGOS DE MERCADO*

Superintendencia Bancaria de Colombia

"Circular Externa 031 de 2004
(agosto 9)

Como es de su conocimiento, el Capítulo XXI de la Circular Externa 100 de 1995 contiene las instrucciones impartidas por la SBC a los establecimientos de crédito en materia de administración de riesgos de mercado. De manera general, en dicho capítulo se señalan los parámetros y criterios que deben observar dichas entidades vigiladas para el adecuado funcionamiento de los sistemas con que deben contar para la administración de este tipo de riesgos, tanto en las posiciones que asumen en desarrollo de su actividad de intermediación financiera como en el desarrollo de sus operaciones de tesorería.

Ahora bien, aparte de los establecimientos de crédito, los demás tipos de entidades vigiladas también se exponen a los riesgos de mercado, los cuales pueden llegar a afectar el valor económico de su patrimonio, el valor mismo de sus portafolios e, incluso, el valor de los fondos o patrimonios que administren en desarrollo de su objeto social, incidiendo en su estabilidad financiera.

Por lo anterior, la SBC considera necesario modificar y reordenar el mencionado Capítulo XXI con el fin, de una parte, de hacer mayor claridad respecto de las reglas que deben observar las entidades vigiladas para el adecuado funcionamiento del Sistema Especial de Administración de Riesgos de Mercado y, de otra, establecer a cargo de las sociedades fiduciarias, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, entidades aseguradoras y sociedades de capitalización, el deber de diseñar y adoptar un sistema de administración, de modo tal que les permita gestionar dichos riesgos, así como efectuar mediciones de los riesgos de mercado respecto de las posiciones activas que asuman, tanto en su libro de tesorería como en el correspondiente a los fondos y fideicomisos que administren en desarrollo de su objeto social.

En síntesis, en dicho capítulo se señalan los parámetros que deberán observar estas entidades en el diseño de sus propios sistemas, incluidas las reglas sobre aplicación del modelo estándar para medición de los riesgos de mercado. La adecuada aplicación del sistema, con su respectivo modelo de medición estándar, debe permitirles a estas entidades determinar el valor en riesgo (VeR) de las posiciones activas de su libro de tesorería y de los fondos y fideicomisos que administren, cuyos resultados deberán ser reportados a la SBC de acuerdo con los formatos establecidos para el efecto.

**Se señalan los parámetros que deberán observar estas entidades en el diseño
de sus propios sistemas, incluidas las reglas
sobre aplicación del modelo estándar para medición
de los riesgos de mercado.**

Adicionalmente, mediante la presente circular se adoptan las siguientes modificaciones al Capítulo XXI:

1. Se agregan a las tablas 1.a. y 1.b. (volatilidades) del numeral 4.1.1. los siguientes dos (2) factores que deben ser utilizados en la estimación del valor en riesgo:

1.1 Fondo común ordinario -rentabilidades, suministrado por la SBC

1.2 Dow Jones, suministrado por Yahoo Finance

2. Se modifica la matriz de correlaciones contenida en el numeral 4.3. con el fin de adecuarla a las modificaciones introducidas a las tablas de volatilidades.

De otra parte, se modifican las proformas F.0000-75 "Evaluación del Riesgo de Tasa de Interés - Moneda Legal / Moneda Extranjera", F.0000-76 "Evaluación del Riesgo de Tasa de Interés - UVR", F.0000-77 "Evaluación del Riesgo de Precio" y F.0000.84 "Valor en Riesgo por Factores", con sus respectivos formatos.

Así mismo, se crean las siguientes proformas con sus respectivos formatos para uso de las sociedades fiduciarias, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía respecto de los fidecomisos y fondos que administran:

- F.6000-26 (formato 329) "Evaluación del Riesgo de Tasa de Interés - moneda legal/ moneda extranjera - Fondos".
- F.6000-27 (formato 330) "Evaluación del Riesgo de Tasa de Interés - UVR - Fondos".
- F.6000-28 (formato 331) "Evaluación del Riesgo de Precio - Fondos".
- F-6000-29 (formato 332) "Valor en Riesgo por Factores - Fondos".

Vigencia

La presente circular rige a partir de la fecha de su publicación. Con todo, respecto de sociedades fiduciarias, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, entidades aseguradoras y sociedades de capitalización las instrucciones contenidas en el Capítulo XXI de la Circular Externa 100 de 1995 aplican a partir del 1° de enero de 2005.

En tal sentido, las sociedades fiduciarias, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía deberán efectuar la primera transmisión de las respectivas proformas de acuerdo con las instrucciones señaladas en dicho capítulo, con los estados financieros de enero de 2005. Sin perjuicio de lo anterior, deben efectuar transmisiones de prueba con los estados financieros de noviembre y diciembre de 2004.

Las entidades aseguradoras y sociedades de capitalización deberán efectuar la primera transmisión de las respectivas proformas de acuerdo con las instrucciones señaladas en dicho capítulo, con los estados financieros del primer trimestre de 2005. Sin perjuicio de lo anterior, deben efectuar una transmisión de prueba con los estados financieros del último trimestre de 2004. (...)"

Reseña General

Normas

Jurisprudencia

NORMAS*

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Exclusión de activos y pasivos*

Decreto 2588 de 2004 (ago. 13). Reglamenta la medida de exclusión de activos y pasivos de establecimientos de crédito. Procedencia y alcance de la medida Coordinación interinstitucional. Reglas por las cuales se rige la exclusión de activos y pasivos. Implicación de la transferencia de activos y pasivos objeto de exclusión del establecimiento de crédito objeto de la medida. Entrega de remanentes en el proceso de liquidación del establecimiento de crédito objeto de la medida de exclusión de activos y pasivos. Régimen especial de exclusión de activos y pasivos aplicable a instituciones financieras públicas en situación de reorganización o desmonte. Correspondencia entre el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y el Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas (*Diario Oficial 45.643 del 17 de agosto de 2004, pág. 11*).

Fecha límite para remisión de subsidios en trámite de verificación

Decreto 1813 de 2004 (jun. 3). Para los subsidios causados al 23 de diciembre de 2003 que se encuentren en trámite de verificación del cumplimiento de condiciones, por parte de los establecimientos de crédito, la fecha límite para la remisión a la Superintendencia Bancaria de la correspondiente cuenta de cobro será el 31 de julio de 2004 (*Diario Oficial 45.569, jun. 3/04, pág. 54*).

Fondo de reserva para la estabilización de la cartera hipotecaria (FRECH)*

Decreto 2587 de 2004 (ago. 13). Creación. Contrato de opción. Inversión de los recursos del FRECH (*Diario Oficial 45.643 del 17 de agosto de 2004, pág. 11*).

Oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior*

Decreto 2951 de 2004 (sep. 13). Se dictan normas sobre la actividad de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior. Régimen de apertura. Excepciones al régimen de apertura. Requisitos para el establecimiento de una oficina de representación. Representación de instituciones financieras y reaseguradoras del exterior. Oficinas de representación de reaseguradoras del exterior. Servicios autorizados a las oficinas de representación de instituciones financieras del exterior. Prohibiciones a las oficinas de representación de instituciones financieras del exterior, representantes y funcionarios. Deber de información de las oficinas de representación. Remisión de información de las oficinas de representación. Facultades de la Superintendencia Bancaria (*Diario Oficial 45.671 del 14 de septiembre de 2004, pág. 1*).

Toma de posesión y liquidación forzosa administrativa*

Decreto 2211 de 2004 (jul. 8). Determina el procedimiento aplicable a las entidades financieras sujetas a toma de posesión y liquidación forzosa administrativa. Toma de posesión y medidas preventivas. Medidas durante la posesión. Cumplimiento y notificación de la decisión de toma de posesión. Del agente especial. Posesión para administrar. Liquidación forzosa administrativa (*Diario Oficial 45.604 del 9 de julio de 2004, pág. 2*).

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

***Superintendencia Bancaria
de Colombia***

Activos ponderados por su nivel de riesgo

Circular Externa 037 de 2004 (sep. 20).

Modifica el Capítulo XIII-1 de la Circular Externa 100 de 1995, relativo a relación de activos ponderados por su nivel de riesgo, y el Formato 110, en el que se consignan las cuentas no PUC para el cálculo del patrimonio adecuado.

Medición de riesgo tasa de interés

Circular Externa 026 de 2004 (jul. 9).

Con el propósito de que la medición del Valor en Riesgo (VeR) de los establecimientos de crédito refleje de una manera más precisa los riesgos asumidos por estas entidades, este Despacho, considera necesario modificar el literal c, numeral 4.1.2.1, Capítulo XXI de la Circular Externa 100 de 1995, en el sentido de establecer un límite del 60% como nivel permisible de activos que pueden ser calzados con la porción estable de las cuentas corrientes y de ahorro.

Carta Circular 54 de 2004 (jul. 26)*.

Recuerda a los directores y administradores de las sociedades fiduciarias, la responsabilidad que les asiste a estas entidades vigiladas en los negocios fiduciarios inmobiliarios, por cuanto su participación involucra la confianza de las personas que hacen parte de los mismos, llámense compradores, propietarios de los terrenos, constructores, proveedores, establecimientos de crédito, etc. para quienes, por regla general, la presencia de la sociedad fiduciaria dentro del proyecto es determinante para su participación o contratación. Obligaciones al interior de las Fiduciarias; control interno: medición, evaluación y limitación de riesgos. Obligaciones de la fiduciaria para con el público. Rendición de cuentas.

Información al público de fondos comunes ordinarios y especiales que administran las sociedades fiduciarias*

Circular Externa 032 de 2004 (ago. 9).

Desarrolla mecanismos especiales de revelación de información al público en relación con los fondos comunes ordinarios y fondos comunes especiales que administran las sociedades fiduciarias.

Pensiones

Circular Externa 035 de 2004 (sep. 3).

Adopción de procedimientos para el cumplimiento de plazos en el reconocimiento y pago de pensiones. Regla general sobre el plazo para el pago de pensiones. Reglas sobre el reconocimiento del derecho pensional. Emisión y pago del bono pensional.

Recepción de información vía electrónica con firma digital

Circular Externa 027 de 2004 (jul. 26).

La Superintendencia Bancaria viene adelantando un programa de adopción de nuevas tecnologías orientadas a fortalecer la seguridad de la comunicación electrónica con las entidades vigiladas para lo cual las entidades vigiladas deberán obtener un certificado digital, el cual es expedido por Certicámara S.A. única empresa hasta el momento autorizada por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) para el efecto. Dicho certificado deberá contar con las especificaciones técnicas establecidas en el documento: "Especificaciones Técnicas del Certificado Digital Certicámara", el cual puede ser consultado en <http://www.certicamara.com>.

Sistema especial de administración de riesgos de mercado*

Circular Externa 031 de 2004 (ago. 9).

Señala los parámetros que deberán observar las entidades vigiladas en el diseño de sus propios sistemas, incluidas las reglas sobre aplicación del modelo estándar para medición de los riesgos de mercado. La adecuada aplicación del sistema, con su res-

pectivo modelo de medición estándar, debe permitirles a estas entidades determinar el valor en riesgo (VeR) de las posiciones activas de su libro de tesorería y de los fondos y fideicomisos que administren, cuyos resultados deberán ser reportados a la SBC de acuerdo con los formatos establecidos para el efecto.

Sistemas de amortización para leasing habitacional

Circular Externa 038 de 2004 (sep. 20).

Los establecimientos bancarios y las compañías de financiamiento comercial están facultados para realizar operaciones de leasing habitacional, en la modalidad de adquisición de vivienda familiar y en la modalidad de adquisición de vivienda no familiar, así las cosas, los sistemas de amortización autorizados por la SBC para el leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar son los mismos establecidos de manera general para créditos de vivienda. Por su parte, tratándose de leasing

habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar, son aquellos pactados libremente por las partes.

Circular Externa 036 de 2004 (sep. 7).

Modifica las reglas sobre provisión en la mora del pago de los aportes al Sistema General de Riesgos Profesionales.

Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN

Bienes recibidos en dación en pago

Circular Externa 005 de 2004 (oct. 11).

Reglamenta el procedimiento que deben utilizar las entidades financieras en liquidación forzosa administrativa para remitir al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras la relación de los bienes recibidos en dación en pago, producto de cartera o de obligaciones a favor de la liquidación.

JURISPRUDENCIA*

Corte Suprema de Justicia

Responsabilidad bancaria

Sentencia del 3 de agosto de 2004. Expediente 7447. Apertura irregular de cuenta a nombre de una sociedad para defraudarla, mediante la utilización de una cuenta de ahorros abierta a nombre de la sociedad por quien no es su representante legal. Diligencia que se exige a las instituciones financieras.

Corte Constitucional

Banco de la República

Sentencia C-719 del 3 de agosto de 2004.

Declara exequible el artículo 22 de la Ley 31 de 1992, por cuanto las "*actividades conexas*" y específicamente la relativa a la apertura de cuentas corrientes habrá de implicar una conexidad estricta e instrumental con la misión central del Banco de la República prevista en la Constitución, que además debe observar lo establecido en el artículo 373 de la Constitución. La Corte indicó que las "*actividades conexas*" no pueden distorsionar las

* Las jurisprudencias indicadas con asterisco se publican en el presente Boletín

funciones de banca central que ejerce el Banco de la República.

Habeas data*

Sentencia T-049 del 29 de enero de 2004.

La Corte reitera la cosa juzgada constitucional en el tema, centrándose en el argumento que la vigencia del término de caducidad de la información financiera negativa no afecta la protección efectiva del derecho fundamental al hábeas data.

Mesada pensional

Sentencia C-721 del 3 de agosto de 2004.

Declara exequible el inciso segundo, del artículo 2, de la Ley 700 de 2001, Para la Corte, la disposición parcialmente acusada resulta ajustada a la Constitución por cuanto en lo que atañe al mecanismo en sí mismo considerado, es claro que la exigencia de la presentación personal o la autorización especial se revelan como medios idóneos para lograr el objetivo de ejercer control sobre el pago de la mesada pensional, pues, le permite al Estado verificar la supervivencia del pensionado titular del derecho, así como proteger los recursos de la seguridad social, impidiendo que bajo el amparo de una autorización general o la constitución de apoderados o representantes para la administración de la cuenta, personas inescrupulosas puedan defraudar al pensionado o al sistema de seguridad social en pensiones, llegando a cobrar pensiones de quienes han fallecido como lo han denunciado las autoridades.

Obligaciones bancarias de los desplazados*

Sentencia T-419 del 6 de mayo de 2004.

La Corte considera que sí se vulneran los derechos fundamentales de una persona desplazada (vida, igualdad, libertad u otro derecho fundamental), cuando una entidad bancaria le exige el pago de su obligación sin considerar los efectos que tiene la condición de desplazado sobre sus posibilidades de cumplir tal pago.

Obligatoriedad de las cotizaciones

Sentencia C-760 del 10 de agosto de 2004.

Para la Corte las expresiones acusadas resultan exequibles por cuanto lejos de vulnerar el ordenamiento constitucional constituyen un instrumento que lo desarrolla, en particular en lo que hace referencia al derecho a la seguridad social.

Pensión de invalidez*

Sentencia C-252 del 16 de marzo de 2004.

Existen fundamentos objetivos diferentes en la invalidez por riesgo común e invalidez por riesgos profesionales, que justifican el establecimiento de montos diferentes en el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin que ello resulte irrazonable o desproporcionado. Además, con el régimen de riesgos profesionales se busca proteger al trabajador de los riesgos que se puedan derivar de la labor o profesión que desempeña o de los efectos nocivos que se puedan generar del medio en que se ha visto obligado a trabajar, con lo cual se garantizan los derechos constitucionales que en relación con el derecho al trabajo consagra la Constitución Política.

Pensión de vejez

Sentencia C-754 del 10 de agosto de 2004.

Declaró inexecutable el artículo 4 de la Ley 860 de 2003 por vicios de procedimiento como en su contenido. El texto en cuestión no fue discutido ni por las comisiones séptimas constitucionales en sesiones conjuntas, ni por la Plenaria de la Cámara de Representantes. Existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo

Potestad administrativa sancionadora

Sentencia C-406 del 4 de mayo de 2004.

La Superintendencia de Valores, para sancionar a quien realiza operaciones no representativas de las condiciones del mercado, debe haber definido previamente a la conducta que investiga, los criterios para determinar qué es una operación no representativa del mercado.

Reestructuración de créditos

Sentencia C-701 del 29 de julio de 2004.

La Ley 546 de 1999 y la sentencia C-955 de 2000: el problema de la suspensión de los procesos ejecutivos en curso. Terminación y archivo de los procesos judiciales en curso a 31 de diciembre de 1999; continuación de los procesos ejecutivos con saldos insolutos no sometidos a reestructuración. Reliquidación de créditos.

Consejo de Estado

Contratos estatales

Auto del 10 de junio de 2004. Expediente 24.764.

Contratos celebrados con entidades financieras o aseguradoras, que se consideran contratos estatales. Liquidación de cooperativa que desarrolla actividad financiera.

Imposibilidad de exigir el ejercicio de la facultad reglamentaria por la acción de cumplimiento*

Sentencia del 27 de mayo de 2004. Expediente 1863.

A través de la acción de cumplimiento no es dable calificar si la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional en relación con el asunto referido en la demanda responde al querer del legislador. Sin embargo, teniendo en cuenta que la potestad reglamentaria no tiene límite temporal alguno y que obedece a criterios de competencia y necesidad, el Gobierno Nacional está facultado para reglamentar la inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria respecto del Fondo Nacional del Ahorro, mediante un ordenamiento autónomo e independiente del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en caso que lo considere conveniente.