

**BOLETÍN
JURÍDICO 36-37
DE LA
SUPERINTENDENCIA
BANCARIA**



**Superintendencia
Bancaria de Colombia**

**Boletín
jurídico**

No. 36-37

Marzo-Junio 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:
"Añoranzas del pasado"
Foto de Julio Alberto Rincón Rodríguez
Superintendencia Bancaria de Colombia
Año 2004

CONTENIDO

DE ESPECIAL INTERÉS

Decreto 1787 de 2004. Leasing habitacional	6
Decreto 2061 de 2004. Relación mínima de sol- vencia de los establecimientos de crédito	12
Decreto 1592 de 2004. Rentabilidad mínima obligatoria para los fondos de pensiones y cesantía	16

JURISPRUDENCIA

Concentración de riesgo	20
Posición dominante	25
Reliquidación de créditos	33
Tarjeta débito	38
Upac-Uvr	42

CONCEPTOS

Banca de inversión	56
Cuenta de ahorros-gravamen a los movimien- tos financieros	67
Leasing habitacional	71
Tarjeta de crédito	76
Tarjetas crédito débito	78

TEMAS DE CONSULTA

Adopción de las medidas cautelares establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero	82
Facultades de inspección, vigilancia y control	86
Prohibiciones e inhabilidades de los funcionarios públicos al momento de retirarse del servicio ..	97
Uso de la información crediticia de las centrales de riesgo	111

RESEÑA GENERAL

Normas	114
Jurisprudencia	116
Otros pronunciamientos	119

EN ESTA EDICIÓN SE PRESENTA UNA SELECCIÓN de la normatividad, jurisprudencia y conceptos financieros recopilados durante el periodo marzo- junio de 2004. Por esta razón, el ejemplar que se ofrece a nuestros lectores corresponde al segundo y tercer periodos bimensuales del año, lapso que resultó particularmente activo en materia jurídica financiera.

En el ámbito normativo, se presentan los Decretos 1787, 2061 y 1592 de 2004 mediante los cuales se reglamentan, respectivamente, las operaciones de leasing habitacional previstas en el artículo 1° de la Ley 795 de 2003 que facultó a los establecimientos bancarios para realizarlas, se modifica parcialmente normas atinentes a la relación de solvencia de los establecimientos de crédito y se modifica la metodología del cálculo de la rentabilidad mínima que deberán garantizarle a sus afiliados las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía. De otra parte, la jurisprudencia que se publica en este número incluye seis sentencias sobre diversos temas de interés en el sector como i) concentración del riesgo en operaciones activas de crédito, ii) reliquidación de créditos, iii) cuentas de ahorro y pérdida de tarjetas débito, entre otras. En materia de conceptos de esta Superintendencia, se consideró pertinente en este Boletín destacar tres que analizan aspectos de la exención del impuesto del 4 x 1.000 para cuentas de ahorro, la naturaleza de algunas obligaciones surgidas en el contrato de leasing habitacional y la prerrogativa comercial para que las financiaciones a un mes efectuadas con tarjetas de crédito no generen intereses.

Por último, el Boletín Jurídico incluye las secciones de Temas de Consulta y Reseña General. Los temas de consulta presentan recientes pronunciamientos de esta Superintendencia sobre prohibiciones e inhabilidades de los funcionarios públicos al momento de retirarse del servicio, el concepto previo para la adopción de medidas cautelares previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y una Circular Externa sobre el uso de la información crediticia de las centrales de riesgo.

**Subdirección de Representación Judicial
y Ediciones Jurídicas**

De especial interés

Decreto 1787 de 2004. Leasing habitacional

*Decreto 2061 de 2004. Relación mínima
de solvencia de los establecimientos
de crédito*

*Decreto 1592 de 2004. Rentabilidad
mínima obligatoria para los fondos
de pensiones y cesantía*

*LEASING HABITACIONAL***Decreto 1787 de 2004***

(junio 3)

Por medio del cual se reglamentan las operaciones de leasing habitacional previstas en el artículo 1° de la Ley 795 de 2003.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le otorgan los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política, el literal n), numeral 1 del artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero modificado por el artículo 1° de la Ley 795 de 2003 y el literal f), numeral 1 del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

Decreta:

CAPÍTULO I

Autorización para realizar operaciones de leasing habitacional y modalidades

Artículo 1°. *Autorización.* De acuerdo con el artículo 1° de la Ley 795 de 2003, por el cual se adiciona el literal n) al numeral 1 del artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los establecimientos bancarios se encuentran facultados para realizar operaciones de leasing habitacional destinadas a la adquisición de vivienda, en la modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar y en la modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar. De igual forma, de conformidad con el régimen general, estas operaciones de leasing también podrán ser realizadas por las compañías de financiamiento comercial.

Parágrafo. Cada vez que en el presente decreto se haga referencia a «entidades autorizadas» se entenderá que se refiere a los establecimientos bancarios y a las compañías de financiamiento comercial, entidades autorizadas para la realización de operaciones de leasing habitacional en los términos del presente decreto.

Artículo 2°. *Modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar.* Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble para destinarlo exclusivamente al uso habitacional y goce de su núcleo familiar, a cambio del pago de un canon periódico; durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

A las operaciones y contratos de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar les serán aplicables las reglas previstas en los numerales 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 y en el

* Diario Oficial 45.569 del 4 de junio de 2004.

parágrafo del artículo 17 de la Ley 546 de 1999, los literales b) y c) del artículo 1° del Decreto 145 de 2000 y lo previsto en el Capítulo 3 del presente decreto.

Artículo 3°. *Modalidad de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar.* Se entiende por operación de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar, el contrato de leasing financiero mediante el cual una parte denominada entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de una vivienda, a cambio del pago de un canon periódico, durante un plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye a su propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

Las operaciones y contratos de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda no familiar se registrarán por las estipulaciones que pacten las partes en el contrato y por lo previsto en el Capítulo 3 del presente decreto.

CAPÍTULO II

Reglas del leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar

Artículo 4°. *Reglas del leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar.* Las operaciones de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar se sujetarán a las siguientes reglas:

- a) El locatario deberá habitar el inmueble entregado en leasing destinado a la adquisición de vivienda familiar;
- b) Los contratos de leasing habitacional deben contemplar una opción de adquisición a favor del locatario;
- c) Los límites al costo financiero atenderán los mismos principios aplicables a los créditos individuales de vivienda que se establecen en la Ley 546 de 1999;
- d) El valor de ejercicio de la opción de adquisición no podrá ser superior al 30% del valor comercial del bien, en pesos o en unidades de valor real UVR, al momento de la celebración del contrato de leasing habitacional. Este límite no operará cuando se trate de operaciones de leasing habitacional cuya finalidad sea lograr acuerdos de cartera o de normalización de créditos de vivienda;
- e) El locatario podrá ceder el contrato de leasing habitacional, mediante autorización expresa y escrita de la entidad autorizada, quien previo a su otorgamiento, deberá haber estudiado al futuro locatario para determinar su capacidad para el cumplimiento de las obligaciones del contrato;
- f) La entidad autorizada podrá ceder el contrato de leasing habitacional a otra entidad autorizada para la realización de este tipo de operación, sin necesidad de aceptación del locatario. En este caso, la entidad autorizada informará por escrito al locatario el nombre de la entidad a la cual se ha cedido el contrato y la fecha a partir de la cual la cesión se hizo efectiva;

- g) El locatario podrá ceder a un tercero su derecho a ejercer la opción de adquisición, la cual solo producirá efectos hasta tanto sea aceptada por la entidad autorizada;
- h) La entidad autorizada podrá exigir al locatario las garantías que a su juicio considere necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. Dichas garantías tendrán los mismos efectos de una cláusula penal;
- i) Los contratos de leasing habitacional podrán pactarse en moneda legal o en unidades de valor real UVR;
- j) Los contratos de leasing habitacional deberán celebrarse por escrito;
- k) Al inicio del contrato, la entidad autorizada deberá entregar al locatario el bien inmueble libre de gravámenes y a paz y salvo por concepto de impuestos, servicios públicos y administración.

Artículo 5°. *Sistemas de pago del leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar.* Los sistemas de pago deberán sujetarse a las condiciones que establezca la Superintendencia Bancaria dentro del marco de sus facultades legales.

Artículo 6°. *Cánones extraordinarios.* Los cánones extraordinarios se reflejarán en el contrato de leasing habitacional de la siguiente forma, a elección del locatario:

- a) Un menor valor de los cánones;
- b) Una reducción del plazo del contrato;
- c) Un menor valor de la opción de adquisición.

Parágrafo. Al inicio o en cualquier momento durante la ejecución del contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, se podrán realizar pagos extraordinarios de acuerdo con lo establecido en el presente artículo.

Artículo 7°. *Terminación del contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar.* En el evento de terminación de un contrato de leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar, se procederá de la siguiente manera:

1. Para los casos en que el locatario decida no ejercer la opción pactada a su favor se seguirá el siguiente procedimiento para efectos de la devolución del canon inicial y de los saldos amortizados al precio de la opción de adquisición del inmueble:

- a) El valor del inmueble se calculará de acuerdo con su precio de venta o por el precio pactado en un nuevo contrato de leasing. Si el precio se pactó en UVR, se tomará el valor de la UVR a la fecha en que se suscriba la promesa de compraventa o el nuevo contrato de leasing. Para efectos de lo dispuesto en el presente literal, el locatario podrá presentar a la entidad autorizada personas interesadas en adquirir el bien o en celebrar un nuevo contrato de leasing;
- b) Del valor del inmueble calculado conforme lo señalado en el literal anterior, se deducirán los siguientes rubros:

i) Los costos y gastos en que haya incurrido la entidad por concepto de la enajenación o nueva colocación del inmueble, y

ii) El valor de ejercicio de la opción de adquisición pactada en el contrato.

2. Si con anterioridad al vencimiento del plazo previsto en el contrato para ejercer la opción pactada a favor del locatario, se presenta el incumplimiento por parte de este, se seguirá el siguiente procedimiento para efectos de la devolución del canon inicial y de los saldos amortizados al precio de la opción de adquisición del inmueble:

a) El valor del inmueble se calculará de conformidad con lo señalado en el literal a) del numeral 1 del presente artículo;

b) Del valor del inmueble calculado conforme lo señalado en el literal anterior, se deducirán los siguientes rubros:

i) Los costos y gastos en que haya incurrido la entidad por concepto del incumplimiento del contrato;

ii) El costo financiero generado y no pagado por el locatario;

iii) Las garantías de cumplimiento de las obligaciones del locatario, pactadas a favor de la entidad autorizada;

iv) El componente de capital de los cánones pactados no amortizado, y

v) El valor de ejercicio de la opción de adquisición pactada en el contrato;

c) Como una protección especial para los locatarios, la entidad autorizada podrá darle aplicación unilateral a esta regla solo después de los noventa (90) días contados a partir de la cesación del pago corriente de los cánones pactados. Si el locatario decide anticipar este plazo se dará aplicación al mismo procedimiento.

3. Para el caso en que las partes decidan dar por terminado el contrato de leasing habitacional por mutuo acuerdo, se seguirá el siguiente procedimiento para efectos de la devolución del canon inicial y de los saldos amortizados al precio de la opción de adquisición del inmueble:

a) El valor del inmueble se calculará de conformidad con lo señalado en el literal a) del numeral 1 del presente artículo;

b) Del valor del inmueble calculado conforme lo señalado en el literal anterior, se deducirán los siguientes rubros:

i) Los costos y gastos en que haya incurrido la entidad por concepto de la terminación anticipada del contrato;

ii) El componente de capital de los cánones pactados no amortizado, y

iii) El valor de ejercicio de la opción de adquisición pactada en el contrato.

Parágrafo. El valor resultante de la liquidación del contrato, si es el caso, será devuelto al locatario por la entidad autorizada dentro de los treinta (30) días siguientes al perfeccionamiento del contrato de compraventa del inmueble o del nuevo contrato de leasing.

CAPÍTULO III

Disposiciones comunes a las dos modalidades de leasing habitacional

Artículo 8º. *Propiedad del inmueble.* El bien inmueble entregado en leasing habitacional deberá ser de propiedad de la entidad autorizada durante el término del contrato, derecho de dominio que se trasladará cuando el locatario ejerza la opción de adquisición, pague su valor y se cumplan las normas aplicables sobre tradición de la propiedad. Lo anterior, sin perjuicio de que varias entidades autorizadas entreguen en leasing conjuntamente inmuebles de propiedad común mediante la modalidad de leasing habitacional sindicado.

Artículo 9º. *Ejercicio de la opción de adquisición anticipadamente.* Las partes podrán acordar el ejercicio de la opción de adquisición anticipadamente, en cuyo caso, deberán estipular en el contrato las condiciones a que estaría sujeto dicho ejercicio.

Artículo 10. *Seguros.* El contrato de leasing habitacional tendrá como mínimo los siguientes seguros:

- a) Seguro contra incendio y terremoto cuya cobertura ampare el bien inmueble;
- b) Opcionalmente, el locatario podrá tomar un seguro de vida en los términos que se acuerde con las entidades autorizadas. Por ser optativo, la entidad autorizada deberá informar suficientemente al locatario, al momento de la celebración del contrato de leasing habitacional, el alcance de la cobertura y las consecuencias en el evento de no tomar el amparo.

El locatario podrá tomar los seguros a que haya lugar directamente con las compañías de su elección. No obstante, podrá pactar dentro del contrato de leasing habitacional que las mencionadas pólizas puedan ser tomadas por la entidad autorizada por cuenta del locatario.

Artículo 11. *Solvencia y límites de concentración de riesgo.* Para efectos de activos ponderados por riesgo y límites de concentración de riesgo, el leasing habitacional tendrá el mismo tratamiento señalado para las operaciones de leasing inmobiliario que actualmente realizan las compañías de financiamiento comercial.

Artículo 12. *Deber de información para la protección de los usuarios.* Las entidades autorizadas deberán suministrar anualmente, durante el primer mes de cada año calendario, información suficiente y de fácil comprensión para los locatarios respecto de las condiciones de sus operaciones de leasing habitacional, en los términos que determine la Superintendencia Bancaria de acuerdo con sus facultades legales.

En todo caso, la información que se suministre debe incluir como mínimo lo siguiente:

a) Una proyección de los cánones a pagar en el año que comienza. Dicha proyección se acompañará de los supuestos que se tuvieron en cuenta para efectuarla y en ella se indicará de manera expresa, que los cambios en tales supuestos, implicarán necesariamente modificaciones en los montos proyectados;

b) La discriminación de los montos imputados al precio del bien, el costo financiero y los seguros pagados por el locatario en el año inmediatamente anterior.

Artículo 13. *Escritura pública en los contratos de leasing habitacional y transferencia del dominio del bien.* Los contratos de leasing habitacional no requieren elevarse a escritura pública. Solo será necesaria la escritura pública cuando se efectúe la transferencia del dominio del inmueble a título de leasing habitacional, una vez se ejerza la opción de adquisición y se pague su valor.

Artículo 14. *Titularización de contratos de leasing habitacional.* Las entidades autorizadas para realizar contratos de leasing, las sociedades titularizadoras y las sociedades fiduciarias en su calidad de administradoras de patrimonios autónomos, podrán obrar como originadoras o emisoras, según sea el caso, de títulos representativos de flujos derivados de contratos de leasing habitacional. La Superintendencia de Valores, en ejercicio de sus funciones legales, señalará los requisitos y condiciones para la emisión y colocación de los diferentes títulos que se emitan en desarrollo de lo aquí previsto, los cuales deberán promover su homogeneidad y liquidez.

Artículo 15. *Liquidación del establecimiento de crédito contratante de operaciones de leasing habitacional.* De conformidad con el literal h) del artículo 299 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no forman parte de la masa de la liquidación los bienes dados en leasing habitacional, los cuales se transferirán al locatario cuando ejerza la opción y pague el valor respectivo. Si está pendiente el plazo de ejecución del contrato y el locatario no accede a pagar el valor presente correspondiente, el contrato y el bien serán cedidos a otra entidad legalmente facultada para desarrollar operaciones de leasing habitacional.

Artículo 16. *Definiciones.* Para los efectos del presente decreto, las definiciones que se relacionan a continuación tendrán el sentido que aquí se expresa

a) Precio de la opción de adquisición. Es el precio pactado en el contrato de leasing habitacional que paga el titular de la opción o locatario para tener el derecho de adquirir un inmueble en un plazo determinado;

b) Valor de ejercicio de la opción de adquisición. Es el precio pactado en el contrato de leasing habitacional por el cual el inmueble puede ser adquirido por el titular de la opción o locatario.

Artículo 17. *Vigencia y derogatorias.* El presente decreto rige desde la fecha de su publicación y deroga el Decreto 777 de 2003, salvo los artículos 10 y 11 que continúan vigentes.

*RELACIÓN MÍNIMA DE SOLVENCIA DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO***Decreto 2061 de 2004***
(junio 24)

Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1720 de 2001.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las previstas en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política y en el literal c) del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

Decreta:

Artículo 1º. Modifícase el literal d) del artículo 6º del Decreto 1720 de 2001 de la siguiente manera:

"d) El valor de las inversiones de capital, así como de las inversiones en bonos obligatoriamente convertibles en acciones, en bonos subordinados opcionalmente convertibles en acciones o, en general, en instrumentos de deuda subordinada, efectuadas en forma directa o indirecta en entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, sin incluir sus valorizaciones, cuando se trate de entidades respecto a las cuales no haya lugar a consolidación. Se exceptúan de la deducción aquí prevista las inversiones realizadas por los establecimientos de crédito que forman parte del sistema nacional de crédito agropecuario en el Fondo para el Financiamiento del Sector Agropecuario, Finagro, y las realizadas por los establecimientos de crédito en los procesos de adquisición de que trata el artículo 63 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, durante los plazos previstos en el inciso segundo del numeral 2 o en el párrafo 2º del mismo artículo, según corresponda, para la adquisición de la totalidad de las acciones y su enajenación si no fuere posible la adquisición de la totalidad de las mismas".

Artículo 2º. Modifícase los literales c) y d) del artículo 7 del Decreto 1720 de 2001 de la siguiente manera:

"c) Los bonos obligatoriamente convertibles en acciones que sean efectivamente colocados y pagados y cumplan con las siguientes condiciones:

I. Que el plazo máximo sea de cinco (5) años.

II. Que se hayan emitido en las condiciones de tasa de interés que autorice, con carácter general, la Superintendencia Bancaria;

* Diario Oficial 45.590 del 25 de junio de 2004.

d) El valor en mercado de los bonos subordinados efectivamente suscritos siempre y cuando no superen el 50% del valor del patrimonio básico. Para el cómputo correspondiente se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

I. En el respectivo prospecto de emisión se debe establecer, con carácter irrevocable, que en los eventos de liquidación el importe del valor del bono quedará subordinado al pago del pasivo externo.

II. Los títulos deberán ser emitidos a plazos mínimos de maduración no inferiores a cinco (5) años. No deberá existir ninguna opción de prepago por parte del emisor que reduzca el plazo de maduración a menos de cinco (5) años, ni otro tipo de opción a favor de los inversionistas que permita el pago anticipado de estos bonos en un plazo inferior a cinco (5) años.

III. No deberá existir ningún tipo de cláusula aceleratoria.

IV. En el evento en que se pacten opciones de prepago a favor del emisor, se entenderá que el plazo de la emisión corresponde al establecido para ejercer dicha opción.

V. Durante los últimos cinco años de maduración de los bonos subordinados, el valor computable se disminuirá en un veinte por ciento (20%) para cada año.

VI. En el evento en que haya sido pactada una opción de prepago y se cumpla con el plazo de maduración mínima, el valor computable se disminuirá en un veinte por ciento (20%) por cada año en los cinco (5) años anteriores a la fecha de ejercicio de la opción.

Tratándose de bonos cuya opción tenga una fecha determinada para su ejercicio y la misma no sea ejercida, el valor disminuido durante los años anteriores a la fecha de ejercicio de la opción será recalculado en un monto equivalente a un bono que no tenga una opción de prepago, de forma tal que permita descontar un veinte por ciento (20%), cada año, hasta alcanzar un valor de cero por ciento (0%) al momento del vencimiento del bono.

Para el caso de bonos cuya opción tenga una fecha indeterminada para su ejercicio, el valor computable se disminuirá en un veinte por ciento (20%) por cada año en los cinco (5) años anteriores a la fecha a partir de la cual puede ser ejercida la opción, sin que deba realizarse recálculo alguno en el evento en que no sea ejercida».

Parágrafo transitorio. Las modificaciones y adiciones previstas en este artículo no afectarán las emisiones vigentes a la fecha de expedición del presente decreto.

Artículo 3°. Modificarse el artículo 9° del Decreto 1720 de 2001, el cual quedará así:

"Artículo 9°. Clasificación y ponderación de activos. Para efectos de determinar el valor total de activos ponderados por nivel de riesgo crediticio, los mismos se deben clasificar dentro de una de las siguientes categorías dependiendo de su naturaleza:

Categoría I: Activos de máxima seguridad, tales como caja, depósitos a la vista en entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, inversiones en títulos de la Nación, del Banco de la República, o emitidos para el cumplimiento de inversiones obligatorias o

para efectuar inversiones sustitutivas de encaje y los créditos a la Nación o garantizados por esta.

Categoría II: Activos de alta seguridad, tales como los títulos emitidos por entidades públicas del orden nacional, los depósitos a término, en otros establecimientos de crédito, operaciones activas de crédito relacionadas con fondos interbancarios vendidos, operaciones de reporto y créditos garantizados incondicionalmente con títulos emitidos por la Nación o por el Banco de la República o de Gobiernos o Bancos Centrales de países que autorice la Superintendencia Bancaria.

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

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

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

Parágrafo 1°. Los activos que, en desarrollo del artículo 6° de este decreto, se deduzcan para efectuar el cálculo del patrimonio básico, no se computarán para efectos de determinar el valor total de activos ponderados por nivel de riesgo crediticio de los establecimientos de crédito.

Parágrafo 2°. La cuenta de sucursales y agencias se descompondrá en distintas categorías, de acuerdo con la naturaleza de los valores contabilizados en ella, sean traslados de fondos, de propiedades y equipo o de cartera de crédito.

Parágrafo 3°. Para los efectos del presente artículo, el saldo existente en la cuenta ¿ajuste por inflación? acumulado, originado en activos no monetarios, computarán por el cincuenta por ciento (50%) de su valor. Las valorizaciones de activos, contabilizadas de acuerdo con los criterios establecidos por la Superintendencia Bancaria, computarán por el cincuenta por ciento (50%) de su valor".

Artículo 4°. Modificarse el literal b) y adicionarse los literales h) e i) al artículo 11 del Decreto 1720 de 2001, de la siguiente manera:

"b) Las operaciones con derivados computarán de acuerdo con su exposición crediticia y según su contraparte. Para el efecto se deberá multiplicar la exposición crediticia por el respectivo porcentaje de ponderación previsto en el Decreto 2396 de 2000 o en las normas que lo modifiquen o adicionen. La determinación de la exposición crediticia deberá efectuarse de acuerdo con la metodología que establezca la Superintendencia Bancaria".

"h) Los activos conformados por cartera hipotecaria de vivienda calificada en las categorías de riesgo C, D y E de acuerdo con las reglas establecidas por la Superintendencia Bancaria de Colombia, computarán por el setenta y cinco por ciento (75%) de su valor. A partir del mes de enero de 2005, los activos de que trata el presente literal calificados en las categorías de riesgo D y E computarán por el ciento por ciento (100%) de su valor".

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

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

Escalas		Ponderación			
AAA	20%	BBB+	100%	B	200%
AA+	20%	BBB	100%	B-	200%
AA	20%	BBB-	100%	CCC	300%
AA-	20%	BB+	150%	DD	Deducción
A+	50%	BB	150%	EE	Deducción
A	50%	BB-	150%	E	Deducción
A-	50%	B+	200%	Sin calificación	Deducción

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

Escalas	Ponderación
1+	20%
1	20%
1-	20%
2+	50%
2	50%
2-	50%
3	100%
4	300%
5	Deducción

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

Artículo 5°. *Vigencia.* El presente decreto rige desde la fecha de su publicación.

RENTABILIDAD MÍNIMA OBLIGATORIA PARA LOS FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA

Decreto 1592 de 2004*
(mayo 19)

Por el cual se modifica la metodología de cálculo de la rentabilidad mínima que deberán garantizar las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía a sus afiliados y los períodos aplicables para su verificación.

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial la contenida en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y la que le confiere el artículo 101 de la Ley 100 de 1993,

Decreta:

Artículo 1º. *Determinación de la rentabilidad mínima.* La Superintendencia Bancaria aplicará y divulgará conforme a las reglas que se determinan en el presente decreto, una rentabilidad mínima obligatoria para los Fondos de Pensiones y para los Fondos de Cesantía.

Artículo 2º. *Rentabilidad mínima obligatoria para los Fondos de Pensiones y de Cesantía.* La rentabilidad mínima obligatoria para los Fondos de Pensiones y de Cesantía, respectivamente, será equivalente al promedio simple de:

a) El setenta por ciento (70%), tratándose de los Fondos de Pensiones, y el setenta y cinco por ciento (75%), en el caso de los Fondos de Cesantía, del promedio ponderado de las rentabilidades acumuladas efectivas anuales durante el período de cálculo correspondiente, y

b) El promedio ponderado de:

- El setenta por ciento (70%), tratándose de los Fondos de Pensiones, y el setenta y cinco por ciento (75%), en el caso de los Fondos de Cesantía, del incremento porcentual efectivo anual durante el período de cálculo correspondiente del índice de la Bolsa de Valores de Colombia, ponderado por el porcentaje del portafolio de los Fondos de Pensiones y de Cesantía, respectivamente, invertido en acciones y en fondos de inversión en la proporción invertida en acciones.

- El setenta por ciento (70%), tratándose de los Fondos de Pensiones, y el setenta y cinco por ciento (75%), en el caso de los Fondos de Cesantía, del incremento porcentual efectivo anual durante el período de cálculo correspondiente del índice representativo del mercado accionario del exterior que indique la Superintendencia Bancaria de Colombia, ponderado por el porcentaje del portafolio de los Fondos de Pensiones y de Cesantía, respectivamente,

* Diario Oficial 45.554 del 20 de mayo de 2004.

invertido en acciones de emisores extranjeros y en fondos de inversión internacionales en la proporción invertida en acciones.

- El setenta por ciento (70%), tratándose de los Fondos de Pensiones, y el setenta y cinco por ciento (75%), en el caso de los Fondos de Cesantía, de la rentabilidad acumulada efectiva anual arrojada para el período de cálculo correspondiente por un portafolio de referencia para pensiones y otro para cesantía valorados a precios de mercado, ponderado por el porcentaje invertido en las demás inversiones admisibles.

Parágrafo 1º. Para efectos de lo dispuesto en el literal a), se obtendrá para el período de cálculo la participación del promedio de los saldos diarios de cada fondo dentro del promedio de los saldos diarios de los fondos de pensiones y de cesantía existentes, según corresponda. La participación de cada fondo así calculada no podrá superar el veinte por ciento (20%). En consecuencia, las participaciones de los fondos que superen el veinte por ciento (20%) serán distribuidas proporcionalmente entre los demás fondos hasta agotar los excesos. Si como resultado de la aplicación de este procedimiento la participación de otros fondos resultara superior al veinte por ciento (20%), se repetirá el procedimiento.

Parágrafo 2º. Las porciones del portafolio de los fondos invertidas en acciones, en fondos de inversión, así como en las demás inversiones admisibles de que trata el literal b) de este artículo, se calcularán con base en la distribución promedio de los saldos diarios de los portafolios de los Fondos de Pensiones y de Cesantía existentes respectivamente, correspondiente al período de cálculo.

Parágrafo 3º. Para efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del literal b) de este artículo, la Superintendencia Bancaria actualizará y valorará a precios de mercado los portafolios de referencia para pensiones y para cesantía representativos del mercado, buscando promover una racional y amplia distribución de los portafolios en papeles e inversiones de largo plazo.

La Superintendencia Bancaria divulgará amplia y oportunamente la metodología y composición de los portafolios constituidos en desarrollo de lo dispuesto en el inciso anterior, lo mismo que los cambios que se les introduzcan como resultado de su ajuste a las condiciones del mercado.

Artículo 3º. *Cálculo de la rentabilidad acumulada del fondo.* La rentabilidad acumulada arrojada por el fondo será equivalente a la tasa interna de retorno en términos anuales, del flujo de caja diario correspondiente al período de cálculo.

Para estos efectos, el flujo de caja diario es aquel que considera como ingresos el valor del fondo al primer día del período y el valor neto de los aportes diarios del período, y como egresos el valor del fondo al último día del período de cálculo.

Parágrafo 1º. Se entenderá como valor neto, el valor resultante después de deducir de los aportes y traslados recibidos, los retiros, anulaciones y traslados efectuados.

Parágrafo 2º. Los aportes realizados con recursos propios por la sociedad administradora, con el propósito de suplir los defectos de la rentabilidad acumulada por el fondo frente a la rentabilidad mínima obligatoria, se incluirán como parte de los ingresos del flujo de caja.

Jurisprudencia

Concentración de riesgo

Posición dominante

Reliquidación de créditos

Tarjeta débito

Upac-Uvr

CONCENTRACIÓN DE RIESGO

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C. P. María Inés Ortiz Barbosa. Sentencia del 6 de mayo de 2004. Expediente 13418.

Síntesis: *Al Presidente de la República le corresponde, entre otras funciones, ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Democratización del crédito. Límites para realizar operaciones activas de crédito.*

«(...)

NORMA DEMANDADA

Su texto es el siguiente:

"Decreto 1886 de 1994
(agosto 3)

Por el cual se adiciona el Decreto 2360 de 1993 sobre límites de crédito

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el artículo 5 de la Ley 35 de 1993, incorporado como tal al artículo 49 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

Decreta:

Artículo 1º. *Límites para accionistas.* Ninguna entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria podrá realizar operaciones activas de crédito con la persona natural o jurídica que llegue a adquirir o poseer una participación superior o igual al diez por ciento (10%) del capital de dicha entidad.

La prohibición establecida en el inciso anterior se extenderá hasta por un período de un año contado a partir de la fecha en que el hecho se produzca.

Parágrafo. El cumplimiento de lo previsto en el presente artículo se verificará con sujeción al inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2360 de 1993.

Artículo 2º. *Vigencia.* El presente Decreto adiciona el Decreto 236 de 1993 y rige desde la fecha de su publicación.

Publíquese y cúmplase".

DEMANDA

Como hechos la actora señala que la Constitución Nacional establece que el Congreso de la República puede otorgar al Presidente facultades de intervención en la actividad financiera (art. 189, num. 25).

La Ley 35 de 1993 constituye la ley marco de intervención estatal en el sector financiero y en el artículo 5 se indica que dicha intervención será para democratizar el crédito mediante el señalamiento de límites máximos de crédito para cada persona natural o jurídica. Tal disposición fue incorporada al Estatuto Financiero en el artículo 49, cuyo texto transcribe.

En desarrollo de la norma comentada el Gobierno Nacional expidió el decreto que se impugna, que prohíbe a los accionistas del sector financiero acceder al crédito de una entidad, en las condiciones que se señalan.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Con fundamento en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, que indica que son anulables los decretos gubernamentales cuando violan la Constitución y la Ley por infringir las normas en que deberían fundarse, la actora señala que ello ocurrió en el presente caso, ya que el Presidente perdió el poder regulador omnímodo que tenía respecto del sector financiero, conforme a lo previsto en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Nacional que limita su intervención a lo previsto por el legislador (art. 150, num. 19) de manera que debe observar estricta y celosamente los marcos que éste le fije, así como los objetivos y criterios para llevar a cabo la intervención.

Indica la actora que el Presidente de la República so pretexto de democratizar el crédito, impuso una prohibición a todo accionista que llegue a poseer en una institución financiera el 10 o más por ciento del capital por el término de un año, no obstante que el Gobierno solo podía establecer límites máximos al crédito o de concentración de riesgos para cada persona natural o jurídica, en forma directa o indirecta, y las reglas para su cálculo y así concluye que hubo exceso del Ejecutivo al expedir el Decreto 1886 de 1994, cuya nulidad se demanda.

(...)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se demanda la nulidad del Decreto 1886 de agosto 3 de 1994, por cuanto, según la libelista, el Gobierno Nacional al expedirlo excedió las facultades otorgadas por el artículo 5° de la Ley 35 de 1993, norma que fue incorporada en el 49 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ya que éste autorizó al Ejecutivo para que estableciera límites máximos de crédito o de concentración de riesgo para cada persona natural jurídica, en forma directa o indirecta, y las reglas para su cálculo y no una prohibición, como se reglamentó en el citado decreto.

El Decreto 1886 de 1994 dispone:

"Artículo 1°. Límites para accionistas. Ninguna entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria podrá realizar operaciones activas de crédito con la persona natural o jurídica que llegue a adquirir o poseer una participación superior o igual al diez por ciento (10%) del capital de dicha entidad.

La prohibición establecida en el inciso anterior se extenderá hasta por un período de un año contado a partir de la fecha en que el hecho se produzca.

Parágrafo. El cumplimiento de lo previsto en el presente artículo se verificará con sujeción al inciso segundo del artículo 13 del Decreto 2360 de 1993.

Artículo 2°. Vigencia. El presente Decreto adiciona el Decreto 2360 de 1993 y rige desde la fecha de su publicación."

El artículo 49 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prescribe:

"Artículo 49. Democratización del crédito. El Gobierno Nacional intervendrá para promover la democratización del crédito. Para este efecto fijará a las entidades objeto de intervención límites máximos de crédito o de concentración de riesgo para cada persona natural o jurídica, en forma directa o indirecta, y las reglas para su cálculo.

Además, el Gobierno Nacional podrá dictar normas con el fin de evitar que en el otorgamiento de crédito por parte de las instituciones sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria se empleen prácticas discriminatorias relacionadas con sexo, religión, filiación política y raza u otras situaciones distintas a las vinculadas directamente con el riesgo de la operación y la capacidad de pago del solicitante.

Ninguna entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria podrá realizar operaciones activas de crédito con la persona natural o jurídica que llegue a adquirir o poseer una participación superior o igual al diez por ciento (10%) del capital de dicha entidad.

Para este mismo propósito, el Gobierno Nacional podrá definir y prohibir prácticas que constituyan exigencia de reciprocidades con el fin de evitar que a través de las mismas se impida injustificada mente el acceso al crédito o a los demás servicios financieros."

Conforme a lo previsto en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Nacional, al Congreso le corresponde dictar las normas generales y señalar en ellas los criterios y objetivos a los cuales debe someterse el Gobierno para, entre otros efectos, regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

En concordancia con el anterior precepto, el numeral 25 del artículo 189 ibídem dispone que al Presidente de la República le corresponde, entre otras funciones, ejercer la intervención en las indicadas actividades de acuerdo con la ley.

Este es el origen constitucional de las denominadas leyes marco que se distinguen de otras fundamentalmente porque en ellas el Congreso tiene determinada su competencia en cuanto solo dicta normas generales y señala criterios y objetivos para que el Presidente de la República las desarrolle. Así mismo se caracterizan por regular temas que por su naturaleza están sujetos a constante variación debido a factores internos y externos que obligan al Ejecutivo a adoptar políticas que permitan su ajuste oportuno a los criterios y objetivos que el legislador estableció.

En estas condiciones debe la Sala establecer si en el caso, el Decreto 1886 de 1994 se ajustó a los parámetros del artículo 5º de la Ley 35 de 1993, norma incorporada en el artículo 49 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Como se observa del texto transcrito de esta última norma, el legislador autorizó al Gobierno para que mediante su intervención fijara límites máximos de crédito o de concentración de riesgo con un propósito, la democratización del crédito.

Ahora bien a través del Decreto 1886 de 1994, el Gobierno dispuso que ninguna entidad podrá realizar operaciones activas de crédito con la persona natural o jurídica que llegue a adquirir o poseer una participación superior o igual al diez por ciento (10%) del capital de dicha entidad. Y como allí mismo se prevé, tal prohibición se extenderá por el término de un año contado desde que el hecho se produzca.

De lo anterior para la Sala es claro que mediante el acto acusado el Gobierno estableció una prohibición para los accionistas que posean o adquieran el 10% o más del capital de la entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, por lo que corresponde analizar si con dicha prohibición se garantizan los principios y objetivos fijados por el legislador para la democratización del crédito.

El artículo 49 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF) pertenece al Capítulo Único de la Parte II, denominado "Intervención en las actividades financiera y aseguradora" y en el artículo 46 prescribe los objetivos y criterios y sobre el tema en debate en el literal f) se indica:

"f) Democratizar el crédito, para que las personas no puedan obtener, directa o indirectamente, acceso ilimitado al crédito de cada institución y evitar la excesiva concentración del riesgo".

Como puede advertirse el artículo 49 refleja el criterio del legislador, al facultar al Gobierno Nacional para fijar límites máximos de crédito o de concentración de riesgo. Por su parte, mediante el acto acusado el Ejecutivo prohibió por el término de un año que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria pudieran realizar operaciones activas de crédito con personas naturales o jurídicas que llegaren a adquirir o poseer el 10% o más de capital de la entidad.

Si la expresión limitar, conforme al Diccionario Real de la Lengua Española entre otras acepciones, significa fijar la mayor extensión que pueden tener los derechos o facultades de alguien y una prohibición implica vedar o impedir el uso o ejecución de una cosa, se considera que la llamada "prohibición" en el Decreto impugnado, es expresión de un límite y como tal no es suficiente razón estimar que cuando la norma superior habla de límite y la reglamentaria de prohibición se viole la primera.

En el presente caso, el análisis debe ir más allá, vale decir si la prohibición en efecto se ajusta a los objetivos y criterios fijados por el legislador.

Como se advierte del texto del acto acusado, su fundamento legal es el artículo 49 del EOSF, el cual estableció que el Gobierno podría fijar límites máximos de crédito o de concentración de riesgo, es decir que en consonancia con la democratización del crédito, el Ejecutivo regulará los montos de crédito que hagan posible su acceso a todos a quienes requieran sin que puedan existir privilegios para personas (naturales jurídicas) que tengan una posición favorable.

El decreto acusado se refiere a los accionistas, sobre los cuales no existe duda de su posición propicia para obtener un crédito y el objetivo de democratizarlo, por lo cual el establecimiento de un límite no sobre montos sino temporal -aunque en forma de prohibición-, como el que está allí contenido, solo difiere en el tiempo el uso de la anotada posición aun cuando con ello no se garantice de manera óptima la igualdad de condiciones en el acceso a las operaciones activas de crédito tal y como lo ordena el legislador en el citado artículo 49.

Así las cosas para la Sala la prohibición dispuesta en el decreto impugnado no se aparta de los criterios y objetivos previstos por el legislador en cuanto limitó a las personas, naturales y jurídicas, que llegaren a poseer o adquirir el 10% o más del capital de la entidad, realizar operaciones activas de crédito con ésta, solo se trata de un plazo suspensivo, vencido el cual surge favorable la posición como accionista frente a las demás personas que demanden créditos de la misma entidad, amén de que el fundamento para su expedición es el artículo 49 del EOSF, que refiere a límites máximos de crédito o concentración de riesgo, criterios válidos para apoyar la norma.

Destaca la Sala la importancia que tiene esta reglamentación y la amplitud legal que tiene el Ejecutivo para materializar los objetivos y criterios fijados por el legislador en esta materia dado que el legislador procura la protección de intereses superiores como la estabilidad del sistema financiero y la credibilidad que debe ofrecerse al público en general, como parte de la estructura económica de la Nación.

Así las cosas, para la Sala el Decreto 1886 de 1994 no violó las normas que invoca el libelista en cuanto el Gobierno Nacional, al reglamentar la Ley marco de intervención en el sector financiero, observó estrictamente los objetivos y criterios fijados por el legislador, por lo que no procede la nulidad impetrada.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.»

El Decreto impugnado no se aparta de los criterios y objetivos previstos por el legislador en cuanto limitó a las personas, naturales y jurídicas, que llegaren a poseer o adquirir el 10% o más del capital de la entidad.

POSICIÓN DOMINANTE

Corte Constitucional. M. P. Alvaro Tafur Galvis. Sentencia T-060 del 29 de enero de 2004. Expediente T-789341.

Síntesis: *El derecho al debido proceso. Principio del respeto del acto propio. Posición dominante de las entidades bancarias frente a sus usuarios. Revocatoria unilateral del alivio financiero.*

«(...)».

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

(...).

2. Problema jurídico.

Para resolver el presente caso, la Sala de Revisión encuentra que el problema jurídico a resolver consta de varios planteamientos:

- **Primero.** Habría que determinar si (...) puede dejar sin efecto un Paz y Salvo por ella expedido en el cual daba por cancelada la obligación hipotecaria constituida inicialmente entre el (...) y la actora, y a la cual se le había aplicado el alivio financiero consagrado en la Ley 546 de 1999, para luego modificar de forma unilateral la posición jurídica inicialmente reconocida, revocar el mencionado alivio financiero, y exigir a la accionante el pago de la obligación hipotecaria en cuestión por no estar cancelada en su totalidad.

- **Segundo.** Igualmente será menester precisar si las entidades (...) y (...) pueden exigirle a la accionante el pago de la mencionada obligación hipotecaria, cuando ésta podría considerarse inexistente desde el mismo momento en que fue cedida por (...) a (...).

- **Tercero.** Y finalmente, cabría señalar si pueden (...) y (...) exigirle a la accionante la can-

relación de otras obligaciones financieras totalmente ajenas a la obligación hipotecaria como condición previa para expedir el correspondiente Paz y Salvo y levantar la respectiva hipoteca.

3. Consideración previa.

Si bien la accionante dirige inicialmente la presente tutela en contra de la empresa (...), la responsable de los hechos que motivaron la interposición de la misma es la (...), la cual fue vinculada al proceso por el Tribunal Superior de Pasto, como juez de conocimiento de la presente tutela.

De igual forma, en tanto la accionante se encuentra en estado de indefensión frente a la compañía (...), la presente acción de tutela resulta procedente.¹

4. Posición de la Corte en casos similares al sometido a revisión en este proceso.

El derecho al debido proceso cuyo sustento constitucional se encuentra contenido en varias normas de la Carta Política, particularmente en el artículo 29 supone que todas las personas cuentan con unas condiciones sustanciales y procedimentales mínimas con las cuales se garantiza la protección de sus derechos e intereses, así como la efectividad del derecho material. Así mismo, el derecho al debido proceso asegura el respeto de principios y valores jurídicos de orden constitucional que garantizan un orden justo.²

1 Ver el numeral noveno del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2 Ver Sentencia T-280 de 1998.

Uno de los elementos que conforma el derecho al debido proceso es el relacionado con el respeto al acto propio, según el cual no está permitido que quien profiere un acto generador de una situación particular y concreta a favor de otro, lo revoque posteriormente de manera inconsulta y unilateral, basándose para ello en criterios irrazonables o desproporcionados, que modifican la posición jurídica inicialmente definida.

En este sentido, uno de los elementos que conforma el derecho al debido proceso es el relacionado con el respeto al acto propio,³ según el cual no está permitido que quien profiere un acto generador de una situación particular y concreta a favor de otro, lo revoque posteriormente de manera inconsulta y unilateral⁴, basándose para ello en criterios irrazonables o desproporcionados que modifican la posición jurídica inicialmente definida.⁵

Según la jurisprudencia,⁶ resulta aplicable el principio del respeto del acto propio cuando coinciden las siguientes condiciones:

"a) Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c) La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas"⁷.

3 En sentencia T-366 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil se señaló lo siguiente: "el brocardo 'venire contra pactum proprium' no impone la obligación de no hacer, sino el deber de no poder hacer, es eso lo que significa que no se puede ir contra los actos propios. Por lo tanto, cuando el ordenamiento jurídico por su intermitencia y fragilidad no da seguridad a los particulares respecto a la legitimidad de sus actuaciones, y la actuación pública, fundada en dicho ordenamiento, revela un comportamiento que no es la conducta regular y recta que el administrado espera del Estado, viola el postulado de la buena fe. Ello resulta así, cuando los agentes del Estado atentan contra los derechos de los ciudadanos de manera súbita e inconsiderada e incumplen lo ofrecido o retiran lo que han otorgado anteriormente, por razones que para éstos resultan inesperadas e incomprensibles."

4 En Sentencia T-295 de 1999, el concepto de respeto del acto propio se definió de la siguiente manera: "Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho."

5 Según la Sentencia T-265 de 1999, que el principio del respeto del acto propio resulta aplicable cuando: "(i) se ha proferido un acto que contenga una situación subjetiva concreta y verificable que conceda confianza a su beneficiario de la titularidad de una posición jurídica determinada, esto es, que la disposición sea eficaz y jurídicamente vinculante; (ii) la decisión sea revocada unilateralmente por su emisor sin que esté autorizado por el ordenamiento para ello y con base en parámetros irrazonables o desproporcionados y (iii) exista identidad entre el sujeto que emite la decisión y su beneficiario tanto en la disposición inicial como en la posterior que la modifica, a la vez que ambos actos regulen la misma situación jurídica subjetiva."

6 Sentencias T-550, T-705 y T-987 de 2003 M. P. Alvaro Tafur Galvis.

7 Ver nuevamente Sentencia T-295 de 1999.

De adelantarse una conducta como la descrita, es decir, que una entidad genera un documento por medio del cual se pueda deducir que ya ha asumido una posición jurídicamente definida, (como puede ser la expedición de un Paz y Salvo) y procede luego de manera unilateral y abusiva a revocar dicho acto, y a traicionar la confianza legítima depositada por la persona afectada con esta nueva decisión, viola los derechos fundamentales de su cliente, particularmente el derecho al debido proceso y desconoce principios jurídicos como la buena fe y la confianza legítima⁸.

En sentencia T-083 de 2003, en relación con la aplicación del principio del respeto del acto propio, se dijo lo siguiente:

"El principio de respeto del acto propio opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Tal principio le impide a ese sujeto de derecho, modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor"⁹.

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

La Corte, al revisar casos similares¹⁰, se ha pronunciado sobre el particular en los siguientes términos:

"Como se dijo, en las tres acciones de tutela que ahora ocupan la atención de la Corte, existe un elemento común cual es, que los deudores hipotecarios del Banco (...), al momento en que dicha entidad financiera les informa sobre un saldo insoluto resultante de una reliquidación posterior a la inicialmente aplicada a sus créditos, ya habían cancelado la totalidad de la obligación con fundamento en la información que para el efecto les suministró la entidad accionada. Ello significa, ni más ni menos, que legítimamente confiados en la información financiera suministrada por (...), cancelaron la totalidad de sus deudas a fin de liberar sus viviendas.

(...)

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

(...)

De ello se desprende que el respeto del acto propio comprende una limitación del ejercicio de los derechos consistente en la fidelidad de los individuos a las decisiones que toman, sin que puedan revocarlas por sí mismos, más aún cuando el acto posterior se funde en criterios irrazonables, desproporcionados o extemporáneos¹¹.

(...)

8 Ver Sentencia T-959 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

9 En el mismo sentido ver la Sentencia T-295 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

10 Ver Sentencias T-1085 de 2002 M. P. Jaime Araújo Rentería; T-083 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-141, T-323 y T-346 de 2003 M. P. Alfredo Beltrán Sierra; T-423 de 2003 M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-544 y T-546 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-727 de 2003 M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-756 y T-959 de 2003 M. P. Rodrigo Escobar Gil; y T-550, T-705 y T-987 de 2003 M. P. Alvaro Tafur Galvis.

11 Cfr. T-475 de 1992 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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

(...)

‘(...) sencillamente, al percatarse de su error impuso su posición dominante frente al usuario, obligándolo a acogerse a la voluntad unilateral de éste, no teniendo el deudor alternativa distinta que la de aceptar so pena de verse avocado a los juicios judiciales pertinentes, con la posibilidad de perder su vivienda pues, precisamente la entidad financiera por ostentar una posición más fuerte y tener a su alcance la posibilidad de un mecanismo de defensa apto como es un proceso ejecutivo hipotecario, impone su voluntad sin tener el más mínimo reparo en la situación particular y concreta del usuario. Es justamente ahí en donde resulta vulnerado el debido proceso pues se impone una carga unilateral sin contar con la anuencia del usuario, alegando que se trata de un contrato cuyas controversias han de ser resueltas por la jurisdicción competente, sin tener en cuenta que los contratos se rigen por el principio de la buena fe, que el demandante también considera vulnerada’¹²

(...)

Aceptar como lo pretende que el "error" en la aplicación de la metodología fijada para el efecto por la Superintendencia Bancaria debe ser soportado por el usuario, iría en contra de los principios, valores y derechos que rigen la Constitución Política, entre los últimos, el derecho a tener una vivienda digna (art. 51 C. P.). Así lo sostuvo recientemente la Corte en la sentencia T-1085 de 2002 ya citada, cuando expresó "por supuesto que la Corte no puede avalar ese tipo de comportamientos, es decir, el cambio unilateral en las reglas de juego que las entidades financieras imponen a sus clientes abusando de su posición dominante, máxime cuando estas entidades son las que tienen la información exacta sobre cada crédito y pueden realizar las verificaciones previas que estimen convenientes, no pudiendo endilgarle a sus usuarios los efectos negativos de sus propios yerros, tal como ocurre en el presente caso"¹³.

Siguiendo esta línea de la jurisprudencia, se entiende que las entidades bancarias como entidades depositarias de la confianza pública y prestadoras de un servicio de interés público, tienen una posición dominante frente a sus usuarios.¹⁴ Así, cuando la entidad financiera haciendo uso de su capacidad técnica, emite un paz y salvo, y comunica con exactitud a su cliente el estado de los créditos que le ha concedido, éste no sólo asume como veraz dicha información, sino que adquiere la certeza respecto del estado actual de su obligación y su nivel de endeudamiento.¹⁵

En consecuencia, cuando la entidad informa a sus clientes el estado actual de las obligaciones que estos tienen con ella, les

12 Sentencia T-141 de 2003 citada.

13 Sentencia T-346 de 2003.

14 En relación con la posición dominante de las entidades financieras respecto de sus usuarios, puede consultarse la Sentencia C-955 de 2000.

15 En sentencia T-1085 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, sobre el particular dijo lo siguiente:

"Sin duda la información del saldo del crédito otorgada a la demandante por el banco, creó en ella la certeza de cual era el monto de su obligación, máxime cuando la entidad bancaria le expidió un PAZ Y SALVO y le dio instruc-

está dando a conocer de manera expresa y precisa la posición jurídica que ha asumido frente a las mismas, no pudiendo en consecuencia variar tal decisión de manera unilateral. No obstante, si posteriormente dicha entidad se percató de que la información suministrada a sus clientes está errada, podrá modificarla sólo con la aquiescencia de sus clientes, y en caso de no obtener tal aprobación, debe acudir ante la jurisdicción ordinaria para corregir su yerro.¹⁶

Es claro entonces, que cuando la entidad financiera revoca de manera unilateral e inconsulta su propio acto, modificando así su posición jurídica frente a una obligación financiera, vulnera los derechos fundamentales de sus clientes, pues los obliga a asumir las consecuencias negativas de sus propios errores, y les imputa además la carga de acudir a la justicia ordinaria si están inconformes con la nueva posición jurídica que la entidad ha asumido.

Sobre el particular esta Corte en Sentencia T-323 de 2003, se pronunció en los siguientes términos:

"El argumento aducido por (...) S. A. en todas las acciones de tutela que se revisan, para justificar su actitud frente a los deudores hipotecarios, no sólo en las que ahora se analizan, sino en las

Quando la entidad financiera revoca de manera unilateral e inconsulta su propio acto, modificando así su posición jurídica frente a una obligación financiera, vulnera los derechos fundamentales de sus clientes, pues los obliga a asumir las consecuencias negativas de sus propios errores, y les imputa además la carga de acudir a la justicia ordinaria si están inconformes con la nueva posición jurídica que la entidad ha asumido.

ciones para que suscribiera la escritura de cancelación del gravamen hipotecario. *El banco posee los medios técnicos, la información exacta de cada crédito y puede realizar las verificaciones previas que estime convenientes, con el fin de que la información que suministre sea veraz.* En caso de que haya incurrido en error, puede acudir a la jurisdicción ordinaria en procura de los derechos que crea tener, pero no puede trasladar esta carga, haciendo uso de su posición dominante, al usuario de buena fe." (Resaltado).

16 En Sentencia T-141 de 2003, la Corte dijo lo siguiente:

"(...) sencillamente, al percatarse de su yerro impuso su posición dominante frente al usuario, obligándolo a acogerse a la voluntad unilateral de éste, no teniendo el deudor alternativa distinta que la de aceptar so pena de verse avocado a los juicios judiciales pertinentes, con la posibilidad de perder su vivienda pues, precisamente la entidad financiera por ostentar una posición más fuerte y tener a su alcance la posibilidad de un mecanismo de defensa apto como es un proceso ejecutivo hipotecario, impone su voluntad sin tener el más mínimo reparo en la situación particular y concreta del usuario. Es justamente ahí en donde resulta vulnerado el debido proceso pues se impone una carga unilateral sin contar con la anuencia del usuario, alegando que se trata de un contrato cuyas controversias han de ser resueltas por la jurisdicción competente, sin tener en cuenta que los contratos se rigen por el principio de la buena fe, que el demandante también considera vulnerada."

anteriores oportunidades en las que la Corte se ha pronunciado en acciones contra la misma entidad, se centra en el error en la aplicación de la metodología, circunstancia que 'obligó' a esa entidad financiera a reversar las reliquidaciones inicialmente aplicadas. De ahí, manifiesta la entidad demandada, que si existe inconformidad al respecto, los afectados cuentan con las acciones legales pertinentes ante la jurisdicción ordinaria.

Al respecto, la posición de la Corte ha sido la siguiente:

'No se discute la posibilidad que se haya cometido un error en la reliquidación del crédito, error que en caso de ser cierto, es imputable a (...) S. A., entidad que cuenta con toda la infraestructura técnica y humana requerida para ese tipo de labores. Con todo, independientemente de que tal error se haya o no presentado, lo que es absolutamente claro es que se trata de una entidad crediticia que está sujeta a la Constitución y a la ley y que está en la necesidad de agotar los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance si lo que pretende es el reconocimiento de sumas adicionales a aquellas que fueron pagadas por el actor y que le llevaron a certificar la extinción de la obligación'¹⁷.

Vistas las anteriores consideraciones y confrontando las mismas con los hechos que justificaron la interposición de la acción de tutela que aquí se revisa, esta Sala entrará a solucionar el caso sujeto a examen.

5. Caso concreto.

Sea preciso recordar los supuestos fácticos de la tutela sujeta a revisión:

- La accionante (...) adquirió un crédito hipotecario con (...), respecto del cual había obtenido un Paz y Salvo por haber sido totalmente cancelado. No obstante, esta obligación fue cedida a la empresa (...), quien ratifica lo dicho por el banco cedente, al expedir con posterioridad y a favor de la accionante, un nuevo paz y salvo donde certi-

fica que la obligación hipotecaria de la cual es actualmente titular la demandante ya se encuentra cancelada.

- Sin embargo, en lugar de continuar con los trámites para el levantamiento de la hipoteca que gravaba en inmueble propiedad de la accionante, (...) le informa a ésta que el Paz y Salvo que le expidió carece de validez, y que además, procederá a reversar el alivio financiero que le fuera aplicado a dicho crédito hipotecario, argumentando para ello, que ella ya había obtenido dicho beneficio respecto de una obligación contraída con (...).

- En vista de que la Ley 546 de 1999, no permite que una misma persona se beneficie de más de un alivio financiero, la obligación hipotecaria en poder de (...), se encuentra vigente, y con un saldo pendiente por pagar, motivo por el cual no se expide paz y salvo alguno, ni se adelanta tampoco ningún trámite para el levantamiento de la hipoteca en cuestión.

Sin embargo, conocidos por la Sala de Revisión nuevos hechos relacionados por la accionante en documentos por ella remitidos a esta Corporación, se advierte que tan sólo unos días después de que el juez de instancia fallara esta tutela, (...) y (...), ejercieron presión sobre la actora, induciéndola a realizar un pago final por valor de \$ 6.650.000 pesos, con el cual, la deuda hipotecaria quedó totalmente cancelada. Consecuencia inmediata del mencionado pago fue la expedición por parte de (...) del paz y salvo con fecha 21 de agosto del mismo año, en el cual certifica la cancelación total de la obligación hipotecaria.

No obstante todo lo anterior, no se iniciaron los trámites de levantamiento de la hipoteca, pues la empresa (...), alegó que el esposo de la accionante, codeudor del crédito hipotecario ya cancelado, tenía pendiente

17 Sentencia T-083 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

con (...) el pago de \$ 2.500.000 pesos por concepto de una tarjeta de crédito Visa. A pesar de que esta obligación no tenía en lo absoluto, incidencia alguna en el trámite de levantamiento de hipoteca, la actora canceló dicha obligación el día 24 de noviembre de 2003, tal como se comprueba con el recibo de pago allegado al expediente. De ello han transcurrido dos meses, sin que se le haya dado razón alguna en relación con el levantamiento de hipoteca por ella exigido desde hace varios meses.

En consecuencia, se tiene lo siguiente:

Mediante paz y salvo de fecha 25 de febrero de 2002, el (...), informa que la obligación hipotecaria No. (...) asumida por la señora (...), se encuentra cancelada. En este punto es importante anotar, que los documentos generados por las entidades financieras se presumen veraces en su contenido, y habrá de suponer que antes de su expedición el (...) realizó un estudio cuidadoso que le permitió concluir que la obligación de la accionante ya se encontraba cancelada, y que la información contenida en dicho paz y salvo correspondía a la realidad de la obligación financiera de la accionante.

Pero aún así, en el supuesto de que la obligación no hubiere sido cancelada en su totalidad, la accionante, tal y como lo señaló en declaración rendida ante el Tribunal, manifestó que ante la necesidad de que se le expidiera la minuta de levantamiento de hipoteca, y dadas las presiones que ejercieron las entidades comprometidas, canceló una suma de \$6.650.000 pesos, que fue convenida por las partes. Luego del mencionado pago, realizado el día 20 de agosto de 2003 le fue expedido el correspondiente paz y salvo. Con la expedición de este documento, la posición jurídica de (...) frente a la obligación hipotecaria de la accionante no admitía duda: la obligación ya estaba saldada. No obstante, (...), a través de (...) exigió a la accionante el pago de otras obligaciones no relacionadas en lo absoluto con la obligación hipotecaria ya cancelada.

Al respecto la Sala considera:

Resulta evidente que las entidades (...) y (...), abusando de la posición dominante que ostenta frente a la actora, en razón a la relación comercial entre ellos inicialmente existente, exigen de la peticionaria el pago de sumas de dinero correspondientes a numerosas obligaciones ajenas a la obligación que dio origen a la presente tutela.

Al haber revocado de manera unilateral el alivio financiero que le fuera aplicado en su momento a la obligación hipotecaria de la accionante, (...) desconoció el derecho fundamental de la accionante al debido proceso, pero además, no acudió al juez competente y por el contrario, le exigió el pago de numerosas obligaciones, como excusa para la expedición del paz y salvo por la cancelación de la deuda hipotecaria, situación que se desarrolló al margen de la Constitución y la ley.

Es claro para la Sala de Revisión, que si (...), como cesionaria de la obligación hipotecaria inicialmente pactada entre el (...) y la actora, presentaba alguna irregularidad de

Al haber revocado de manera unilateral el alivio financiero que le fuera aplicado en su momento a la obligación hipotecaria de la accionante, (...) desconoció el derecho fundamental de la accionante al debido proceso.

orden legal o contractual, la vía correcta a seguir era poner en conocimiento de la accionante esta situación, buscar su consentimiento y corregir el error. Sin embargo, en abuso de su posición dominante, (...) unilateralmente modifica la situación jurídica existente en relación con la obligación hipotecaria de la actora, reversa el alivio financiero aplicado a una obligación que en ese momento ya se podía considerar inexistente, la revive además, e impone a su deudora un saldo a pagar.

No siendo suficiente tal actuación desmedida, y luego de que la peticionaria procedió a pagar el presunto saldo de la deuda, (...) exige el pago de otras obligaciones ajenas a la hipotecaria, so pretexto de levantar la hipoteca una vez éstas se hubiesen cancelado. Era evidente que el paz y salvo por concepto de la cancelación total de la acreencia hipotecaria en cuestión, definió la posición jurídica de (...) frente a esta obligación, con lo cual el único camino a seguir era obligatoriamente el de iniciar y agotar el trámite de la expedición de la minuta de levantamiento de la hipoteca, situación que no ha tenido ocurrencia aún.

Encuentra esta Sala de Revisión que en este caso no sólo se aprecia vulnerado el derecho fundamental al debido proceso de la accionante por las actuaciones ilegales adelantadas por (...) y por (...), sino que a su vez, la cadena de abusos en los que de manera grosera se ha visto sometida la accionante, afectaron gravemente principios como el de la confianza legítima y el de la buena fe de la señora (...), quien entendió desde un primer momento que su deuda había sido cancelada cuando aún su obligación no había sido cedida por el Banco (...) a (...).

Así, las cosas, esta Sala de Revisión revocará el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, dentro de la acción de tutela que aquí se revisa. En su lugar, se concederá el amparo del derecho al debido proceso, ordenando que la compañía (...), si aún no lo hubiere hecho, ya sea de manera directa o por intermedio de (...), inicie y agote, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, todos los trámites correspondientes a la expedición de la minuta de cancelación de hipoteca que recae sobre el inmueble dado en garantía a la obligación No. (...).

VII. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. REVOCAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2003 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto. En su lugar, TUTELAR el derecho al debido proceso de la señora (...).

Segundo. ORDENAR a (...), si aún no lo hubiere hecho, ya sea de manera directa o por intermedio de (...), inicie y agote, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, todos los trámites correspondientes a la expedición de la minuta de cancelación de hipoteca que recae sobre el inmueble dado en garantía a la obligación No. (...)»

RELIQUIDACIÓN DE CRÉDITOS

Corte Constitucional. M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Sentencia T-263 del 17 de marzo de 2004. Expediente T-820862.

Síntesis: *Debido proceso. La aplicación de alivios opera frente a créditos hipotecarios para financiación de vivienda. El principio del respeto del acto propio; aplicación. Error en la reliquidación del crédito.*

«(...)

III. Consideraciones de la Corte Constitucional

(...)

2. El caso concreto. Aplicación del principio del respeto al acto propio como desarrollo del derecho al debido proceso. Procedencia de otro mecanismo de defensa judicial para solucionar el asunto que se examina.

2.1 El señor (...), interpuso acción de tutela contra el Banco (...), por considerar vulnerado su derecho al debido proceso, como quiera que el banco accionado desconoció unilateralmente un alivio inicialmente aplicado a su crédito hipotecario, aduciendo para ello que el crédito del accionante no había sido adquirido para vivienda y, en consecuencia no podía ser objeto de los alivios establecidos por la Ley 546 de 1999.

En efecto, como se desprende de las pruebas que obran en el proceso, el demandante adquirió un inmueble que al parecer se encontraba destinado a un uso distinto del de vivienda, pues en la Escritura Pública (...) de (...), mediante la cual se suscribió hipoteca abierta sin límite de cuantía a favor de (...), se lee que se trata de la oficina (...) de la ciudad de (...) "destinada a usos comerciales, oficina o despacho profesional".

No obstante lo anterior el Banco (...), en comunicación de marzo 15 de 2000, informa al demandante que se le aplicará una disminución de \$4.924.137.85 "correspondiente al alivio", lo que implicó, según informa el demandante una ligera disminución del saldo y de las cuotas mensuales que debía cancelar. Con todo, el banco accionado al advertir el error, procedió a descontar el valor del alivio aplicado, abonando la suma que había sido restada del crédito del demandante, situación que obviamente generó un incremento en el saldo y un aumento de las cuotas mensuales. Adicionalmente, el banco en forma unilateral decidió cobrar intereses al demandante sobre la suma que había sido abonada como alivio.

Ahora, a folio 5 del expediente, aparece un extracto de crédito hipotecario expedido por (...), en el cual se observa que para el período liquidado de octubre 12 de 2002 a noviembre 14 del mismo año, se realizaron unos abonos al crédito del accionante, a saber: por concepto de capital \$433.196; por intereses corrientes \$525.502; y, seguros \$36.162. Además, se le informa que "en cumplimiento de la Ley Marco de Vivienda, a partir de la fecha

el sistema de amortización de su obligación ha sido adecuado a aquel de cuota más baja de los sistemas autorizados por la Superintendencia Bancaria".

2.2 En el presente caso se observa por la Corte, que al parecer el Banco (...) al aplicar un alivio al crédito del demandante cometió un error, porque la aplicación de dichos alivios opera frente a créditos hipotecarios para financiación de vivienda, según lo dispone la Ley 546 de 1999, encontrada ajustada al ordenamiento superior por ese aspecto en la Sentencia C-955 de 2000. Sin embargo, no puede desconocerse por la Sala de Revisión, que el Banco (...) al percatarse de su error, procedió a modificar en forma unilateral la situación inicialmente creada, desconociendo con ello el derecho al debido proceso del demandante, cuando para ello contaba con otros medios, pues como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, en múltiples acciones de tutela instauradas precisamente en contra de la entidad ahora accionada, "es claro que en virtud de esa relación contractual entre acreedor y deudor, con la anuencia de éste, podría haberse convenido una reliquidación del crédito a propuesta del acreedor si consideraba que en la primera existía un error. El mutuo consentimiento como se sabe, es una de las formas en que pueden modificarse las obligaciones contractuales.

No obstante, si el deudor no otorga su consentimiento, el ordenamiento jurídico le otorga a la entidad financiera la posibilidad de acudir al juez competente para dirimir la controversia así suscitada en torno a las obligaciones contractuales"¹.

A juicio de la Sala de Revisión, el procedimiento utilizado por la accionada para enmendar su error, desconoció el derecho al debido proceso que consagra el artículo 29 de la Constitución Política, el cual comprende el principio del respeto al acto propio. A pesar de que en el asunto sub examine, se concluya en una sentencia confirmatoria de la de primera instancia, por las razones que más adelante se explicarán, resulta indispensable recordar lo que en desarrollo de dicho principio ha expresado la Corte Constitucional, particularmente, cuando el desconocimiento del mismo proviene de una entidad financiera dada su posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero, pues son ellas las que establecen y fijan las condiciones de los créditos, las tasas de interés, los sistemas de amortización y, porque son ellas "las depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, y sus actos gozan de la presunción de veracidad por parte de sus clientes"².

El principio del respeto del acto propio "opera cuando un sujeto de derecho ha emitido un acto que ha generado una situación particular, concreta y definida a favor de otro. Tal principio le impide a ese sujeto de derecho modificar unilateralmente su decisión, pues la confianza del administrado no se genera por la convicción de la apariencia de legalidad de una actuación, sino por la seguridad de haber obtenido una posición jurídica definida a través de un acto que creó situaciones particulares y concretas a su favor.

De ello se desprende que el respeto del acto propio comprende una limitación del ejercicio de los derechos, consistente en la fidelidad de los individuos a las decisiones que toman, sin que puedan revocarlas por sí mismos, más aún cuando el acto posterior se funde en criterios irrazonables, desproporcionados o extemporáneos.

1 Sentencia T-141 de 2003 M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

2 Cfr. T661 de 2001, T-1085 de 2002, T-083 de 2003, T-346 de 2003, entre muchas otras.

El principio del respeto del acto propio resulta aplicable cuando i) se ha proferido un acto que contenga una situación subjetiva concreta y verificable que conceda confianza a su beneficiario e la titularidad de una posición jurídica determinada, esto es, que la disposición sea eficaz y jurídicamente vinculante; ii) la decisión sea revocada unilateralmente por su emisor sin que esté autorizado por el ordenamiento para ello y con base en parámetros irrazonables o desproporcionados y iii) exista identidad entre el sujeto que emite la decisión y su beneficiario tanto en la disposición inicial como en la posterior que la modifica, a la vez que ambos actos regulen la misma situación jurídica subjetiva.

El argumento aducido por (...) en todas las acciones de tutela que se revisan, para justificar su actitud frente a deudores hipotecarios, no sólo en las que ahora se analizan, sino en las anteriores oportunidades en las que la Corte se ha pronunciado en acciones contra la misma entidad, se centra en el error en la aplicación de la metodología, circunstancia que "obligó" a esa entidad financiera a revertir las reliquidaciones inicialmente aplicadas. De ahí, manifiesta la entidad demandada, que si existe inconformidad al respecto, los afectados cuentan con las acciones legales pertinentes ante la jurisdicción ordinaria.

Al respecto, la posición de la Corte ha sido la siguiente:

"No se discute la posibilidad que se haya cometido un error en la reliquidación del crédito, error que en caso de ser cierto, es imputable a (...), entidad que cuenta con toda la infraestructura técnica y humana requerida para ese tipo de labores. Con todo, independientemente de que tal error se haya o no presentado, lo que es absolutamente claro es que se trata de una entidad crediticia que está sujeta a la Constitución y a la ley y que está en la necesidad de agotar los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance si lo que pretende es el reconocimiento de sumas adicionales a aquellas que fueron pagadas por el actor y que le llevaron a certificar la extinción de la obligación.

Elo es así por cuanto en una sociedad civilizada nadie cuenta con la atribución de administrar justicia por su propia mano; esto es, de generar a su arbitrio obligaciones a cargo de quien fue deudor en razón de un vínculo jurídico ya extinto; de determinar la fecha en la cual tal obligación se hizo exigible y a partir de la cual se deben reconocer intereses moratorios; de promover cobros prejurídicos; de coaccionar para la constitución de títulos ejecutivos para garantizar la obligación así constituida y de negarse a la cancelación de una garantía hipotecaria constituida en razón de obligación diferente, anterior y ya extinta.

(...)

El respeto del acto propio comprende una limitación del ejercicio de los derechos, consistente en la fidelidad de los individuos a las decisiones que toman, sin que puedan revocarlas por sí mismos, más aún cuando el acto posterior se funde en criterios irrazonables, desproporcionados o extemporáneos.

Para la Sala es claro que semejante proceder conculca el derecho fundamental al debido proceso pues basó el solo abuso de la posición dominante en que se halla una entidad financiera para constituir una obligación contra el actor, pretender el reconocimiento de intereses moratorios y negar la cancelación de la garantía prestada en razón de una obligación diferente. A una persona a la que se le había generado certeza sobre la extinción de una obligación y que se hallaba amparada por el principio del respeto del acto propio, en este caso emitido por (...), se la sorprendió no sólo con la imputación de una nueva deuda, sino con su cobro prejurídico pese a que no existía título alguno en el que tal obligación constara³.

2.3 Definido como se encuentra la importancia del respeto del principio al acto propio como componente fundamental del derecho al debido proceso, se exige que las autoridades públicas, en este caso, la entidad financiera acusada, respete en todo momento "el plexo de garantías fundamentales de sus clientes, en especial el derecho fundamental al debido proceso"⁴. No obstante lo anterior, encuentra la Corte que en el asunto sub iudice surge una dificultad que no puede pasar inadvertida por este Tribunal Constitucional, como lo es la posibilidad de que el alivio aplicado al crédito del demandante, fuera improcedente dada la destinación del inmueble adquirido, como ya se señaló.

Indiscutiblemente el banco accionado al actuar unilateralmente al retrotraer la aplicación del alivio concedido al crédito del actor, desconoció con ello el debido proceso porque no obtuvo la anuencia de éste para dejar sin efecto el alivio inicialmente aplicado, ni tampoco acudió a las instancias legales respectivas a fin de obtener por ese medio, la posibilidad de resarcir el error cometido si ello fuere así, todo debido al increíble desorden administrativo

que se evidencia y que los usuarios del sistema financiero no están en la obligación de soportar, razón por la cual la Corte en la mayoría de los casos en que se ha solicitado el amparo constitucional frente a actuaciones de las entidades financieras como la que ahora se censura, ha procedido a conceder dicho amparo, ordenando aplicar el primero de los alivios otorgados, o expedir los paz y salvos que correspondan, todo ello de conformidad con el caso concreto que se analice⁵.

Con todo, en los eventos aludidos resultaba indiscutible la procedencia de los alivios otorgados a los afectados, pues se encontraba plenamente acreditada la adquisición del inmueble para vivienda y, por ello, de imperativa aplicación la Ley 546 de 1999. Sin

embargo, esa certeza no se tiene en el presente caso, circunstancia que impide a la Corte ordenar la aplicación de un alivio cuya procedencia es incierta. En tales circunstancias, como

Indiscutiblemente el banco accionado al actuar unilateralmente al retrotraer la aplicación del alivio concedido al crédito del actor, desconoció con ello el debido proceso.

3 Cfr. T-475 de 1992, T-265 de 1999; T-083 de 2003, T-141 de 2003, T-346 de 2003.

4 Sentencia T-079 de 2002 M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

5 Cfr. T-661 y T-1085 de 2001; T-1085 de 2002, T-083, T-141, T-323, T-346, T-423, T-544, T-546, T-705, T-727 y T-959 de 2003; T-079 y T-060 de 2004.

ya se advirtió, en principio podría concederse el amparo solicitado por violación del derecho al debido proceso. No obstante, teniendo en cuenta que el actor ya inició un proceso de carácter civil para que por sentencia judicial se defina si tiene o no derecho al alivio de su crédito en los términos establecidos en la Ley 546 de 1999, la acción de tutela que se examina no puede ser concedida pues resulta evidente la idoneidad del medio judicial impetrado para llegar al mismo resultado que ahora se persigue.

En efecto, el proceso aludido se encuentra en trámite en el Juzgado Noveno Civil del Circuito de (...), radicado bajo el No. (...), de ahí que la solución en derecho es esperar el fallo del juzgado de conocimiento a fin de que se defina o no la procedencia del alivio que se reclama, no sin antes prevenir al Banco (...) que se abstenga de realizar conductas violatorias de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema financiero, so pena de incurrir en las sanciones correspondientes.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de (...), el 14 de julio e 2003, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: PREVENIR al Banco (...) para que se abstenga de realizar conductas violatorias de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema financiero, so pena de incurrir en las sanciones correspondientes.»

La Corte en la mayoría de los casos en que se ha solicitado el amparo constitucional frente a actuaciones de las entidades financieras como la que ahora se censura, ha procedido a conceder dicho amparo, ordenando aplicar el primero de los alivios otorgados, o expedir los paz y salvos que correspondan.

TARJETA DÉBITO

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Sentencia del 5 de noviembre de 2003. Expediente 3395.

Síntesis: *Contrato de cuenta de ahorro; cumplimiento. Pérdida de tarjeta débito. Desactivación, retención y bloqueo de la tarjeta.*

«(...)

III. LA DEMANDA DE CASACION

Cargo único

1. Con fundamento en la causal primera de casación, se acusa la sentencia de violar *indirectamente*, como consecuencia de error manifiesto de hecho en la apreciación del reglamento de cuenta de ahorro de valor constante y de uso de la tarjeta débito (...) celebrado el 3 de junio de 1996 entre demandante y demandado, los artículos 63, 1602, 1604, 1606, 1609, 1612, 2200, 2203 y 2204 del Código Civil.

2. La sustentación del cargo admite el siguiente resumen:

a) En el reglamento de cuenta de ahorro de valor constante, cuyas cláusulas se reproducen de la primera a la doceava, aparecen claramente determinadas las obligaciones adquiridas por (...) con el (...), de las cuales cabe resaltar: la primera, de custodia y conservación de la tarjeta débito entregada, según las voces de los artículos 2203 y 2204 del Código Civil, dado que en el depósito tenía todo su capital de trabajo; la segunda, la de reserva absoluta del número de identificación personal asignado, "razón por la cual en el contrato se estipuló que quedara a cargo del demandante la totalidad de la responsabilidad por retiro indebido de fondos que se haga mediante el empleo de la tarjeta"; la tercera, el compromiso adquirido por

el tarjetahabiente de que, en caso de pérdida o extravío de la tarjeta, habría de dar aviso escrito al banco dentro de las veinticuatro horas siguientes, adjuntándole "copia de la declaración o constancia presentada ante las autoridades competentes o de la denuncia penal que fuere del caso".

b) El tribunal en la sentencia, al apreciar el referido contrato de cuenta de ahorro, incurrió en los siguientes errores:

1. No haber tenido en cuenta que el aviso de la pérdida de la tarjeta tenía que haberse hecho por escrito, lo que el demandante dejó de hacer, ya que solamente lo hizo "después de haber sido retirados de su cuenta de ahorros los \$29.348.965.09", de donde se desprende que de haberse estimado por el tribunal "el contrato en este punto específico, deberían haberse declarado las excepciones propuestas" y, más concretamente, la denominada "incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato".

2. No haber tenido en cuenta que el demandante, no obstante que la pérdida de la tarjeta se produjo, según lo afirma, el 6 de julio de 1996 a las seis y medida de la tarde, apenas presentó la respectiva denuncia penal seis días después, esto es, el día 12, incumpliendo de esta manera la obligación contractual de hacerlo dentro de las veinticuatro horas siguientes y de informar al banco anexando copia de dicha denuncia, comportamiento que si hubiera sido tenido en cuenta por el sentenciador habría necesariamente conclui-

do que aquél era quien tenía que responder "por todos los retiros que se hicieran en su cuenta de ahorros con la tarjeta débito utilizando su número de identificación personal, hasta cuando cumpliera sus obligaciones de informar por escrito la pérdida de la tarjeta", puesto que, "su número de identificación personal ya no era reservado, ni confidencial"; deberes que no pueden sustituirse, como se aceptó, "con un simple aviso verbal a una empleada del Banco".

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Como es sabido, la sentencia impugnada en casación llega a la Corte amparada con la presunción de acierto, premisa a partir de la cual adquiere especial fuerza la apreciación de las pruebas efectuada por el sentenciador, sólo desvirtuable mediante la denuncia y demostración de errores manifiestos de hecho, ora de derecho, que trasciendan a la resolución judicial impugnada.

En orden a hacer esa denuncia debe el recurrente combatir todos y cada uno de los fundamentos en que se respalda el fallo acusado, so pena de que la acusación devenga inidónea por ser incompleta; cuando no procede de esa manera, aunque él logre demostrar los errores de apreciación probatoria que específicamente le enrostra al sentenciador, tal fallo acusado permanecerá inconvencible, siempre y cuando pueda mantenerse en pie bajo el alero de las consideraciones restantes que le sirven de puntal y que se soslayan por el impugnante.

2. En la especie del presente recurso de casación, se observa que la sentencia del Tribunal, después de dar por sentada la existencia del contrato de cuenta de ahorros de valor constante celebrado entre las partes de este proceso, dedujo la consiguiente responsabilidad del banco demandado, pues halló demostrado que a la sustracción del dinero depositado en ella por el demandan-

te, cuyo pago es objeto de reclamo judicial, dio pábulo la conducta negligente y omisiva de los empleados de aquél, quienes a pesar de haber recibido la petición del afectado de proceder a bloquear inmediatamente la tarjeta débito retenida por el cajero automático el 6 de junio de 1996, no efectuaron tal labor competentemente y permitieron, por ende, que tal exigencia solamente hubiera operado de modo temporal, facilitándose así que terceras personas sustrajeran indebidamente dinero de propiedad del tarjetahabiente.

Por su lado, la demanda de casación se sustenta en que el Tribunal desconoció que el demandante estaba obligado a cumplir el reglamento de cuenta de ahorros en cuanto le imponía al cuentahabiente mantener en secreto el número de identificación personal que le había suministrado y, en caso de pérdida o de hurto de la tarjeta, proceder a notificarle al banco por escrito adjuntando la denuncia penal que debía ser formulada dentro de las veinticuatro horas siguientes a su ocurrencia, lo que evidentemente no hizo; tal desatención determina la responsabilidad del demandante en la pérdida de su dinero, y excluye la del banco.

3. Confrontados el fallo y la acusación pronto se observa que en ésta se hace a un lado la verdadera razón por la que el sentenciador dedujo la responsabilidad del banco demandado y le impuso las correspondientes condenas, que no fue otra que la negligencia y descuido con que sus subordinados atendieron la solicitud, verbal pero oportuna y clara, formulada por el cuentahabiente en el sentido de que la tarjeta fuera bloqueada, permitiendo con ese omisivo proceder que terceros siguieran retirando fondos de la cuenta de ahorros manera ilegal, sustentación que en tanto fue soslayada por la acusación permanece intacta y con suficiente fuerza para sostener la sentencia impugnada en casación.

Así, pues, mientras que el fallo recurrido apreció la conducta omisiva de los emplea-

dos del banco como punto de partida para establecer la culpa contractual que finalmente le imputó al demandado, respecto de la concreta petición de desactivar pronta e indefinidamente la tarjeta débito retenida a fin de que se dejara fuera de curso, lo que no hicieron del modo efectivo en que fue requerido; el impugnante se apega a la letra del contrato de cuenta de ahorro para desplazar esa responsabilidad al cuentahabiente por no haber dado el aviso en la forma y términos establecidos en sus cláusulas, pero sin parar mientes en que para el tribunal lo que importó fue que estuvo en las manos de dichos empleados evitar la sustracción del dinero si hubieran obrado eficientemente para bloquear la tarjeta, lo cual ciertamente no dependía de la forma y del término en que se hubiera producido el aviso sobre la retención de la tarjeta, y como este es el fundamento cardinal del fallo impugnado, cuanto que el recurrente lo deja expósito deviene frustránea la acusación.

4. Aun si se pudiera superar el escollo de técnica descrito, de todos modos no es de recibo la pretensión de la censura de radicar la responsabilidad de la pérdida del dinero en cabeza del demandante por no haberle informado al banco la pérdida de la tarjeta en la forma y términos previstos en el contrato bancario, puesto que tal hecho no tiene la envergadura que la censura le otorga.

Esta afirmación emerge de las circunstancias que rodean el presente caso y no desco-

noce, per se, el valor jurídico que, en línea de principio, ostentan las cláusulas contractuales que en previsión de distintos acontecimientos pactan las partes, como aquí ocurrió con la que dispuso el término y la forma del susodicho aviso anticipado al banco de la situación que daba pie para desactivar la tarjeta débito. Pero pasó aquí que el banco

mismo, por conducto de sus empleados, nada dijo sobre la aplicación de la misma cuando fue requerido ante la circunstancia de la retención de la tarjeta; si se quiere, el banco asumió ese aviso como suficiente para actuar de inmediato, pero lo hizo deficientemente cuanto que no logró en últimas evitar el daño padecido por el demandante; incluso con la actitud de aquéllos le hizo creer a éste fundadamente que bastaba ya esa información previa, sin más, para impedir que en adelante se presentaran sustracciones de dinero de la cuenta de ahorros, y ante el hecho consumado del aviso previo y de la iniciación de los pasos destinados a dejar fuera de circulación la tarjeta, así no hubiera

sido en cumplimiento de los exactos términos del contrato, ya resulta demasiado, incluso inocuo, exigirle al cuentahabiente un comportamiento ulterior adicional enteramente ajustado a las formas. Dicho de otra manera, asumida la realidad de las cosas tal y como se presentaron, tanto por el cliente como por el banco, advienen las consecuencias propias de ese comportamiento inicial, como efectivamente lo entendió el tribunal.

No es de recibo la pretensión de la censura de radicar la responsabilidad de la pérdida del dinero en cabeza del demandante por no haberle informado al banco la pérdida de la tarjeta en la forma y términos previstos en el contrato bancario, puesto que tal hecho no tiene la envergadura que la censura le otorga.

5. Basta, pues, tener en cuenta que el banco, por intermedio de sus empleados, aceptó dicho mecanismo oral de información, tanto que éstos de manera inmediata trataron de bloquear la tarjeta débito, lo que sin embargo no consiguieron -independientemente de la falta de la notificación escrita-, por la negligencia e ignorancia de sus empleados que desconocían por completo el procedimiento para atender esa labor; fue dicha situación, como se dijo, la que generó un bloqueo temporal de la tarjeta, de sólo unas horas, que por ser tal no impidió en definitiva que fuera ella reactivada y que continuaran los retiros de dinero contra la expresa voluntad y ante la impotencia del titular de la cuenta de ahorros.

6. En lo que atañe con la crítica consistente en que la denuncia de la pérdida de la tarjeta no se hizo dentro de las veinticuatro horas siguientes, según lo establece el citado reglamento de cuenta de ahorros de valor constante, se observa que tampoco por ese hecho se radica en el demandante la culpa de que haya ocurrido el retiro indebido del dinero de su cuenta de ahorros, pues se halla suficientemente probado, según lo admiten los

propios empleados del banco, que éstos no fueron capaces de desactivar efectivamente la tarjeta y que el demandante hizo la petición concreta e inequívoca en tal sentido; además, el incumplimiento de tal formalismo no daba pie para que el banco procediera a reactivarla bajo el riesgo de que se hicieran nuevos retiros de dinero, como en verdad sucedió, en perjuicio del contratante que había sido diligente en el suministro de la información relacionada con la retención de su tarjeta por el cajero automático.

7. Síguese de lo discurrido que el cargo único propuesto no está llamado a prosperar.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia [aludida] el 23 de noviembre de 1999, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, dentro del proceso ordinario promovido por (...) contra el (...).»

En lo que atañe con la crítica consistente en que la denuncia de la pérdida de la tarjeta no se hizo dentro de las veinticuatro horas siguientes, según lo establece el citado reglamento de cuenta de ahorros de valor constante, se observa que tampoco por ese hecho se radica en el demandante la culpa de que haya ocurrido el retiro indebido del dinero de su cuenta de ahorros, pues se halla suficientemente probado, según lo admiten los propios empleados del banco, que éstos no fueron capaces de desactivar efectivamente la tarjeta (...)

UPAC – UVR

Corte Constitucional. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencia T-212 del 5 de marzo de 2004. Expediente T-712485.

Síntesis: *La acción de tutela puede ser interpuesta por personas jurídicas y procede contra providencias judiciales que constituyen vías de hecho. Alcance del cambio de sistema UPAC al sistema UVR; aspectos específicos; conversión de los pagarés. Los títulos claros, expresos y exigibles prestan mérito ejecutivo; requisitos; vía de hecho por defecto sustantivo. Naturaleza del título valor.*

«(...)

4. CONSIDERACIONES

(...)

4.2 Problema jurídico

El Banco (...), en su condición de accionante en el proceso de tutela de la referencia, considera que la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de (...) vulneró su derecho al debido proceso al revocar el mandamiento de pago ordenado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de (...) dentro del proceso ejecutivo instaurado por dicho banco contra la señora (...). La Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de (...) justificó su decisión con base en que el Banco (...) "en su condición de acreedor, procedió a solicitar el mandamiento de pago en unidades UVR con fundamento en un título ejecutivo constituido en UPAC, sin que se presentara siquiera la reliquidación efectuada que permita tanto a la parte demandada como al juzgador determinar si esa reliquidación y conversión a UVR se ajusta a los parámetros legales. Al obrar de esta manera, el título arrimado como de recaudo ejecutivo no reúne los requisitos señalados por el art. 488 del C. de P. C., y en consecuencia no presta mérito ejecutivo".

La Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en fallo de tutela de primera instancia, concedió la tutela interpuesta por encontrar una vía de hecho consistente en haber sostenido que el pagaré allegado por el banco accionante en el proceso ejecutivo no era claro, expreso y exigible. Por ello, ordenó al tribunal accionado que se pronunciara nuevamente sobre el recurso de apelación interpuesto por la señora (...) contra el mandamiento de pago ordenado por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de (...).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia revocó en sentencia de tutela de segunda instancia la decisión adoptada por la Sala de Casación Civil y Agraria y en su lugar negó la acción interpuesta por considerar (i) que "las personas jurídicas no tienen la titularidad para ejercer la acción de tutela, sino las personas naturales, en su condición de seres humanos a quienes les son inherentes los derechos fundamentales" y (ii) que "si se obviara lo anterior, tampoco sería procedente el amparo solicitado, pues, como igualmente lo ha sostenido la Sala en reiteradas oportunidades, no puede el juez constitucional inmis-

La acción de tutela puede ser interpuesta por personas jurídicas y procede contra providencias judiciales que constituyen vías de hecho.

curirse en las actuaciones del juez ordinario con el pretexto de salvaguardar el debido proceso, dado que uno y otro gozan de autonomía e independencia en sus decisiones, conforme a lo previsto por los artículos 228 y 230 de la Constitución Política"¹.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional determinar si la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de (...) incurrió en vía de hecho al haber resuelto que el pagaré suscrito por la señora (...) a favor de (...) no prestaba mérito ejecutivo. En concreto, la Sala responderá la siguiente pregunta: ¿Incurrió la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de (...) en vía de hecho, violatoria del debido proceso (art. 29 de la C. P.), al haber resuelto, en desarrollo del proceso de ejecución, que el pagaré allegado por el Banco (...) y suscrito por la señora (...) como garantía del crédito que ella adquirió con dicha institución financiera, no prestaba mérito ejecutivo dado que originalmente estaba denominado en UPAC?

Antes de resolver el problema jurídico que se plantea, la Sala habrá de reiterar su jurisprudencia (i) sobre el derecho que tienen las personas jurídicas de presentar acciones de tutela para la protección de los derechos fundamentales que le son inherentes y (ii) sobre la procedibilidad de esta acción como mecanismo de protección del derecho fundamental al debido proceso cuando sea que éste resulte vulnerado por una decisión judicial constitutiva de una vía de hecho.

4.3 La acción de tutela puede ser interpuesta por personas jurídicas y procede contra providencias judiciales que constituyen vías de hecho. Reiteración de jurisprudencia.

En un fallo reciente, en el cual la Corte Constitucional conoció de un proceso de tutela que presenta varias similitudes con el que se revisa en esta oportunidad², se dijo lo siguiente:

1 Folio 14 del primer cuaderno del expediente.

2 Cfr. Sentencia T-676 de 2003 (M. P. Jaime Araújo Rentería). En esa oportunidad, la Corte conoció de una tutela interpuesta por el Banco Conavi contra la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín. El banco accionante consideró que la decisión del tribunal accionado de revocar un mandamiento de pago ordenado por un Juzgado Civil del Circuito dentro de un proceso ejecutivo, vulneraba el derecho al debido proceso. El Tribunal sostenía que, de acuerdo con el artículo 42 de la Ley 546 de 1999, los procesos ejecutivos sólo podían iniciarse luego de que hubiere transcurrido una mora mínima de un año. La tutela interpuesta por el Banco Conavi fue concedida en primera instancia por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia. Posteriormente fue revocada en segunda instancia por la Sala Laboral de la misma corporación con argumentos idénticos a los que dicha sala presenta en esta oportunidad. La Corte Constitucional concedió la tutela pues estimó que la tesis sostenida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín y avalada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, a la luz de la Ley 546 de 1999, era necesario que transcurriera un año de mora para que pudiera iniciarse un proceso ejecutivo, era equivocada y contravenía el debido proceso (art. 29 de la C. P.). En la Sentencia C-606 de 2003 (M. P. Alvaro Tafur Galvis) la Corte también analizó el alcance del artículo 42 de la Ley 546 de 1999.

"(...) no es de recibo la interpretación que de los textos constitucionales y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional efectúa la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, (i) la acción de tutela no procede contra providencias judiciales ejecutoriadas y (ii) las personas jurídicas no cuentan con derechos fundamentales susceptibles de protección jurisdiccional. No acepta entonces esta Corte la interpretación que lleva a la Sala de Casación Laboral a revocar el fallo de la Sala de Casación Civil y Agraria que le concedía el amparo a la sociedad actora. Y no la estima valedera, en particular por la primera de las conclusiones, esencialmente porque la Sala de Casación Laboral realiza una distinción en donde ya la Corte Constitucional –por vía de interpretación autorizada de sus sentencias–, había estipulado que no hay lugar a ella. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema insinúa que el aparte de la Sentencia C-543 de 1992 que hace alusión a la procedencia de la acción de tutela en tratándose de actuaciones de hecho carece de la fuerza de la cosa juzgada y, por tanto, debe ceder el paso a la aplicación automática de la parte resolutive de la misma, es decir, de la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, que preveían la posibilidad de que se intentara la acción de tutela contra providencias judiciales definitivas.

(...)

Para preservar el principio de igualdad por un lado, y para garantizar la homogeneidad interpretativa de la Constitución, por el otro, debe seguirse la doctrina constitucional forjada por la Corte Constitucional en relación con los derechos al debido proceso y al libre acceso a la administración de justicia, y su eventual afectación por parte de los jueces de la República. Igual afirmación cabe hacer en relación con la doctrina constitucional sobre la facultad conferida por la Carta Política a ‘toda persona’ para demandar el amparo jurisdiccional de sus derechos fundamentales.”³

En este orden de ideas, se observa que los argumentos esgrimidos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para revocar el fallo de la Sala de Casación Civil y Agraria de esa misma Corte carecen de fundamento constitucional en la medida en que desconocen la naturaleza, las características y el alcance de la acción de tutela. La acción de tutela sí es procedente cuando es interpuesta por una persona jurídica para solicitar protección del debido proceso. Visto lo anterior, pasa la Sala al estudio de los problemas jurídicos que surgen en esta oportunidad.

4.4 Alcance del cambio de sistema UPAC al sistema UVR. Aspectos específicos.

4.4.1 La Sala encuentra que en esta oportunidad el conflicto obedece al cambio de sistema de financiación de vivienda. En efecto, como consecuencia de la Sentencia C-700 de 1999 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), en la cual se resolvió declarar la inexequibilidad de los artículos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) que estructuraban el sistema UPAC, el Congreso de la República expidió la Ley 546 de 1999 "por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones". El artículo 39 de dicha ley dispuso lo siguiente:

3 Sentencia T-359 de 2003 (M. P. Jaime Araújo Rentería), citada en la Sentencia T-676 de 2003. En la Sentencia T-359 de 2003 la Corte conoció de una tutela interpuesta por una persona jurídica contra un tribunal superior por violación del derecho fundamental al debido proceso. La tutela fue concedida en primera instancia por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte y denegada en segunda instancia por la Sala de Casación Laboral de la misma Corte. La Corte Constitucional revocó el fallo de la Sala de Casación Laboral y confirmó el de primera instancia proferido por la Sala de Casación Civil y Agraria.

Resulta constitucional que, por ministerio de la ley, los pagarés mediante los cuales se instrumenten las deudas así como las garantías de las mismas, cuando estuvieren expresadas en UPAC o en pesos, se entiendan por su equivalencia en UVR, previa -desde luego- la reliquidación en los términos precedentes.

"Artículo 39. Adecuación de los documentos contentivos de las condiciones de los créditos. Los establecimientos de crédito deberán ajustar los documentos contentivos de las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, desembolsados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley a las disposiciones previstas en la misma. Para ello contarán con un plazo hasta de ciento ochenta (180) días contados a partir de la vigencia de la presente ley.

No obstante lo anterior, *los pagarés mediante los cuales se instrumenten las deudas así como las garantías de las mismas, cuando estuvieren expresadas en UPAC o en pesos, se entenderán por su equivalencia, en UVR, por ministerio de la presente ley.*

Parágrafo 1°. La reliquidación de los créditos en los términos de que trata el presente capítulo y los correspondientes documentos en los que consten las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, no constituirá una novación de la obligación y por lo tanto, no causará impuesto de timbre.

Parágrafo 2°. *Dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, y a solicitud de quien al 31 de diciembre de 1999, pueda acreditar que se encuentra atendiendo un crédito de vivienda que*

está a nombre de otra persona natural o jurídica, podrá requerir a las entidades financieras para que actualicen la información y se proceda a la respectiva subrogación, siempre y cuando demuestre tener la capacidad de pago adecuada. Obtenida la subrogación, dichos créditos podrán ser objeto de los abonos previstos en este artículo (resaltado fuera de texto).

4.4.2 Este artículo (salvo el aparte resaltado) fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-955 de 2000 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo) con base en las consideraciones que se citan a continuación:

"El artículo 39, que consagra la obligación de los establecimientos de crédito de ajustar los documentos contentivos de las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, desembolsados con anterioridad a la fecha de vigencia de la Ley a las disposiciones previstas en la misma, *es apenas una consecuencia del cambio de sistema, el cual repercute forzosamente en los contratos que se venían ejecutando.*

No se viola la Constitución con el aludido mandato, toda vez que éste, por su carácter general e imperativo, ajusta al nuevo orden las relaciones jurídicas establecidas con anterioridad, y ello se encuentra incluido en la órbita de atribuciones del legislador.

Lo propio puede afirmarse en relación con el plazo concedido, de 180 días, que para la fecha de esta providencia ya ha expirado.

También resulta constitucional que, por ministerio de la ley, los pagarés mediante los cuales se instrumenten las deudas así como las garantías de las mismas, cuando estuvieren expresadas en UPAC o en pesos, se entiendan por su equivalencia en UVR, previa -desde luego- la reliquidación en los términos precedentes.

El párrafo primero dispone que *la reliquidación de los créditos no constituye una novación de la obligación y, por lo tanto, no causará impuesto de timbre*. Al respecto, entiende la Corte que se desarrolla por parte del legislador la atribución de precisar cuál es el alcance jurídico de las operaciones que regula, introduciendo las precisiones y modificaciones necesarias al orden jurídico a cuyo amparo las obligaciones fueron contraídas (art. 150, numeral 1, C. P.), para estructurar el sistema y asegurar la transición eficiente entre una y otra modalidad de crédito.

Además, en cuanto se consagra una exención tributaria, también ella es del resorte del Congreso Nacional.

El párrafo segundo preceptúa que quien a 31 de diciembre de 1999 se encontraba atendiendo un crédito de vivienda que estuviese a nombre de otra persona natural o jurídica, podrá requerir a las entidades financieras para que actualicen la información y se proceda a la respectiva subrogación, siempre y cuando se demuestre tener la capacidad de pago adecuada. Obtenida la subrogación, señala la norma que dichos créditos podrán ser objeto de los abonos previstos en la Ley.

No se presta a controversia que el propósito del legislador, en ese sentido conforme con la Carta Política, es el de hacer prevalecer el derecho sustancial (art. 228 C. P.), haciendo que salga a la luz una situación jurídica hasta ahora encubierta, consistente en que alguien pagaba en realidad un crédito pero aparecía como deudor otra persona natural o jurídica. Es claro que ese deudor puede reclamar los abonos reconocidos en la Ley a todo deudor en sus mismas circunstancias.

Que tal hecho se haga explícito es legítimo y bajo esa perspectiva la norma es exequible.

Pero no lo es el término de tres meses siguientes a la vigencia de la ley, estipulado en el párrafo, pues sin ninguna justificación discrimina entre personas cobijadas por la misma hipótesis, rompiendo el principio de igualdad y obligando al sostenimiento de una situación jurídica ajena a la verdad.

Serán declaradas inexecutable las expresiones "dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la presente Ley, y", contenidas en el párrafo segundo del artículo 39."

4.4.3 Para efectos del presente caso, el artículo 39 de la Ley 546 de 1999, declarado exequible por la Sentencia C-955 de 2000, permite concluir que la conversión de los pagarés denominados en UPAC a UVR no es una cuestión de interpretación judicial sino una decisión que adoptó el legislador al ordenar que estos pagarés "se entenderán por su equivalencia, en UVR, por ministerio de la ley".

Visto lo anterior, pasa la Corte a establecer si en esta oportunidad el pagaré que, en concreto, fue suscrito por la señora (...) y posteriormente allegado por el Banco (...) al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de (...) dentro del proceso ejecutivo que promovió contra (...),

La conversión de los pagarés denominados en UPAC a UVR no es una cuestión de interpretación judicial sino una decisión que adoptó el legislador al ordenar que estos pagarés "se entenderán por su equivalencia, en UVR, por ministerio de la ley".

se encuentra dentro de la hipótesis prevista por el legislador y, por lo tanto, presta mérito ejecutivo.

4.5 El caso concreto

4.5.1 El Código de Comercio dispone en su artículo 621 que "además de lo dispuesto para cada título valor, los títulos valores deberán llenar los siguientes requisitos: 1. La mención del derecho que en el título se incorpora, y 2. La firma de quien lo crea", y en su artículo 709 que "el pagaré debe contener, además de los requisitos establecidos en el artículo 621, los siguientes: 1. La promesa incondicional de pagar una suma de dinero; 2. El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago; La indicación de ser pagadero a la orden o al portador, y 4. La forma de vencimiento".

(...)

De acuerdo con dicho documento, la Sala constata lo siguiente: 1) el pagaré suscrito por la señora (...) dispone que el crédito que lo originó fue de 30 millones de pesos, equivalentes a 5.623,7909 UPAC⁵; 2) el título fue firmado por la tomadora del crédito⁶; 3) obra una promesa incondicional de pagar esa suma de dinero al igual que los intereses pactados; 4) el nombre de la tomadora del crédito está registrado en el título; 5) se indica que el crédito será pagado a la orden de (...) o de quien represente sus derechos; y 6) se establece que el crédito fue otorgado a 15 años y que la deudora deberá realizar 180 pagos mensuales a una tasa de interés del 14%.

En este orden de ideas, la Sala encuentra que el pagaré suscrito por la señora (...) reúne los requisitos establecidos en el Código de Comercio acerca de este título. Además, en esta oportunidad, se estableció de manera expresa la posibilidad a favor de (...) de acudir a la cláusula aceleratoria⁷.

4.5.2 El artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, por su parte, dispone que "pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él (...)".

Debe por lo tanto establecerse si incurrió en una vía de hecho la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de (...) al decidir que la obligación contenida el pagaré suscrito por la señora (...) no reúne los elementos enunciados en el artículo transcrito

5 Cfr. folio 12 del primer cuaderno del expediente.

6 Cfr. folio 13 del primer cuaderno del expediente.

7 En la Sentencia C-332 de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de un aparte del artículo 69 de la Ley 45 de 1990 relativo a la posibilidad de pactar la cláusula aceleratoria en las obligaciones mercantiles pagaderas en cuotas periódicas. La Corte sostuvo en esa oportunidad que "el legislador puede desarrollar estas normas constitucionales y establecer límites a la autonomía de la voluntad encaminados a proteger a la parte débil. El artículo demandado es una manifestación de esa potestad reguladora, por ejemplo y especialmente, en materia de contratos en serie o por adhesión. Quizás hubiera sido conveniente ir más lejos en la fijación de límites al contenido de las cláusulas aceleratorias, pero la Constitución no le impone al legislador el deber de proporcionarle la máxima protección a la parte débil de los contratos de crédito, ni de los demás contratos".

del C. P. C., dada la decisión del legislador consignada en el artículo 39 de la Ley 546 de 1999. La Corte Suprema de Justicia ha reiterado que "la exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago solución inmediata por no estar sometida a plazo, condición o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura y simple y ya declarada"⁸. Dado que la señora (...) incumplió hacer el pago correspondiente al mes de julio de 2001 y que el pagaré suscrito por ella a favor de (...) contenía la cláusula aceleratoria, se concluye que la obligación era exigible. La Sala agrega que este punto no ha sido objeto de controversia entre las partes.

Ahora bien, el crédito fue originalmente pactado con base en la UPAC y luego convertido a la UVR. La Corte Constitucional estima que ello no implica que el pagaré en el cual se había registrado la respectiva obligación, hubiere perdido su condición de título valor claro y expreso⁹.

De un lado, como ya se indicó, el artículo 39 de la Ley 546 de 1999, declarado exequible por la Sentencia C-955 de 2000, prescribió, para efectos del presente proceso, (i) que las instituciones financieras tendrían la obligación de ajustar los documentos de las obligaciones crediticias adquiridas antes de la entrada en vigencia de la Ley 546 de 1999 para la adquisición de vivienda; (ii) que los pagarés expresados en UPAC o en pesos, "por ministerio de la ley", se entenderían por su equivalencia en UVR, previa reliquidación en los términos previstos en dicha ley, esto es, una vez acreditada, a favor del deudor, la suma pagada por concepto del mayor valor pagado por los intereses calculados con base en la UPAC y no en la UVR; y (iii) que ello no suponía una novación del crédito, es decir que, salvo las modificaciones inherentes al cambio de sistema, los créditos adquiridos en UPAC y ajustados a UVR conservarían su identidad.

En este orden de ideas, se observa que no le asiste la razón al Director de la Asociación Nacional de Contribuyentes y Usuarios del Sistema Financiero y Servicios Públicos cuando

Ahora bien, el crédito fue originalmente pactado con base en la UPAC y luego convertido a la UVR. La Corte Constitucional estima que ello no implica que el pagaré en el cual se había registrado la respectiva obligación hubiere perdido su condición de título valor claro y expreso.

8 Sentencia del 31 de agosto de 1942.

9 El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define "expreso" como "claro, patente, especificado". Por su parte, "claro" significa, en algunas de sus acepciones, "que se distingue bien (...); inteligible, fácil de comprender (...) evidente, cierto, manifiesto". La cercanía semántica entre lo expreso y lo claro ha llevado a que hayan quienes estiman que el artículo 488 del C. P. C. es redundante al incluir ambos términos como elementos de las obligaciones que pueden ser demandadas ejecutivamente. Así, por ejemplo, Hernán Fabio López Blanco señala que, además de que sea clara, el artículo en mención "exige, con redundancia, pues se acaba de ver que el ser expreso conlleva la claridad, que la obligación sea clara, es decir que sus elementos constitutivos, sus alcances, emerjan con toda perfección de la lectura misma del título ejecutivo, en fin, que no se necesiten esfuerzos de interpretación para establecer cuál es la conducta que se exige al deudor" (Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo II. Dupré Editores; Bogotá, 1993. Pág. 311).

afirma que no podía el banco variar el contenido del título suscrito por la deudora (...). En efecto, la redenominación del título suscrito por la señora (...) constituía una obligación para el banco accionante, cuyo cumplimiento debía realizarse "por ministerio de la ley" y no según el acuerdo de voluntades de los contratantes. La redenominación, a su vez, era necesaria para poner fin a la UPAC y no para prolongar su existencia, tal como lo entiende el Director de la Asociación Nacional de Contribuyentes y Usuarios del Sistema Financiero y Servicios Públicos.

De otro lado, por medio del Decreto 2703 de 1999 se adoptó la fórmula para establecer el valor de la UVR.¹⁰ Esta fórmula permite establecer a cuánto ascienden los créditos adquiridos en UPAC y posteriormente denominados en UVR. En efecto, después de la Sentencia C-700 de 1999 se adoptó una nueva forma de cálculo del costo de los recursos asignados por el sistema financiero para esa finalidad. Ello explica que el inciso primero del artículo 39 de la Ley 546 de 1999 haya prescrito que "los establecimientos de crédito deberán ajustar los documentos contentivos de las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, desembolsados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente ley a las disposiciones previstas en la misma. Para ello contarán con un plazo hasta de ciento ochenta (180) días contados a partir de la vigencia de la presente ley".

Ahora bien, no se aparta la Sala, tal como lo indica el Director de la Asociación de Usuarios y Contribuyentes del Sistema Financiero y Servicios Públicos, de que la fórmula presenta cierto grado de dificultad. Sin embargo, aunque compleja, la fórmula determina todas las variables que la integran, es decir, indica el número específico que sustituye cada una de las variables que la conforman de manera que permite la obtención de un resultado cierto para todas las situaciones posibles, esto es, para cada suma de dinero otorgada en préstamo a cualquier término.

Así pues, dado que la Ley 546 de 1999 y el Decreto 2703 de 1999 contemplan un mecanismo consistente en una mera operación aritmética para determinar el costo de los créditos adquiridos para la financiación de vivienda, se concluye que el pagaré suscrito por la señora (...), el cual fue originalmente denominado en UPAC y luego convertido a UVR (por ministerio de dicha ley, tal como se ha visto ya en este fallo) conservó su condición de título valor claro y expreso. Por lo demás, es del caso subrayar que una de las consecuencias del cambio de la UPAC por la UVR consistió en una reducción del costo de los créditos destinados para la financiación de vivienda. Ello justifica el hecho de que no se requiriera de la voluntad de los deudores para que las obligaciones contraídas, contenida en un título

10 La fórmula para ajustar los créditos fue adoptada por el Decreto 2703 de 1999 en los siguientes términos:

$$UVR_t = UVR_{15} * (1+i)^{t/d}$$

Donde:

Período de cálculo: Período comprendido entre el día 16 inclusive, de un mes hasta el día 15, inclusive, del mes siguiente.

UVR_t : Valor en moneda legal colombiana de la UVR del día t del período de cálculo.

t: número de días calendario transcurridos desde el inicio de un período de cálculo hasta el día de cálculo de la UVR. Por lo tanto t tendrá valores entre 1 y 31, de acuerdo con el número de días calendario del respectivo período de cálculo.

UVR_{15} : Valor en moneda legal colombiana de la UVR el día 15 de cada mes.

i: Variación mensual del índice de precios al consumidor durante el mes calendario inmediatamente anterior al mes del inicio del período de cálculo.

d: Número de días calendario del respectivo período de cálculo.

La consecuencia directa de la redenominación en UVR de los créditos originalmente otorgados en UPAC y de la reliquidación de los mismos conforme con la nueva metodología de cuantificación de intereses condujo a un alivio de la carga que recaía sobre el deudor.

valor, para que éstas conservaran su identidad. En efecto, la consecuencia directa de la redenominación en UVR de los créditos originalmente otorgados en UPAC y de la reliquidación de los mismos conforme con la nueva metodología de cuantificación de intereses condujo a un alivio de la carga que recaía sobre el deudor. Por lo tanto, la ley estipuló -de manera válida tal como se desprende de la Sentencia C-955 de 2000 citada-, que no se requeriría de la voluntad de los deudores para que se adelantaran los ajustes que fueren del caso a las obligaciones que ellos habían adquirido con base en la UPAC.

Además, dado que la señora (...) incumplió al menos alguno de los pagos, el pagaré se hizo exigible.

4.6 Los títulos claros, expresos y exigibles prestan mérito ejecutivo. Vía de hecho por defecto sustantivo.

4.6.1 La Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre "los casos excepcionales en que procede la acción de tutela, indicando que se configura una vía de hecho cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido"¹¹.

4.6.2 En la sección anterior de este fallo se analizaron las razones por las cuales el pagaré suscrito por la señora (...) a favor del (...) como garantía del crédito adquirido por ella con dicha institución financiera presta mérito ejecutivo.

No obstante lo anterior, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de (...) sostuvo que el (...) "procedió a solicitar el mandamiento de pago en unidades UVR con fundamento en un título ejecutivo constituido en UPAC, sin que se presentara siquiera la reliquidación

11 Sentencia T-086 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

efectuada que permita tanto a la parte demandada como al juzgador determinar si esa reliquidación y conversión a UVR se ajusta a los parámetros legales", razón por la cual consideró que "el título arrimado como de recaudo ejecutivo no reúne los requisitos señalados por el art. 488 del C. de P. C., y en consecuencia no presta mérito ejecutivo".

4.6.3 Así pues, es preciso distinguir entre la reliquidación y los abonos que definen el monto de la deuda y la naturaleza del pagaré en el cual se incorporó la obligación original y el correspondiente derecho. La reliquidación y los abonos correspondientes deben efectuarse como lo dispone la ley. Otra cosa diferente es si el pagaré originalmente denominado en UPAC perdió la naturaleza de título valor. La pregunta a resolver es si tenía (...) la obligación de presentar la reliquidación efectuada al crédito adquirido por (...) como requisito para que el pagaré suscrito por ella pudiera prestar mérito ejecutivo. La Sala estima que este interrogante debe ser absuelto en forma negativa. En efecto, el artículo 619 del Código de Comercio dispone que "Los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho *literal y autónomo* que en ellos se incorpora" (se resalta).

En tanto que autónomos, los títulos valores no requieren de documentos adicionales para que puedan prestar mérito ejecutivo. Por ello, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de (...) incurrió en un defecto sustantivo manifiesto al afirmar que el pagaré allegado por (...) al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de esa misma ciudad no prestaba mérito ejecutivo en atención a que el banco demandante no había allegado la reliquidación del crédito con base en la UVR. En el mismo sentido, es claro que tampoco se requiere ineludiblemente iniciar un proceso ordinario para determinar la suma adeudada por la tomadora del crédito a la institución financiera. El pagaré denominado en UPAC continúa siendo un título valor con todas sus características, con la única diferencia de que se entenderá denominado por su equivalente en UVR, "por ministerio de la ley".

4.6.4 Ahora bien, la Sala reconoce que pueden presentarse ocasiones en las cuales no hay, en un momento dado, a causa de determinadas circunstancias particulares plena certeza sobre la dimensión de una obligación contenida en un título. Por ello, el artículo 492 del Código de Procedimiento Civil dispone en su primer aparte que "dentro del término para proponer excepciones, el ejecutado podrá pedir: *la regulación o pérdida de intereses; la reducción de la pena, hipoteca o prenda, y la fijación de la tasa de cambio*" (resaltado fuera del texto).

El aparte normativo transcrito demuestra que el proceso de ejecución ofrece una oportunidad para que el ejecutado pueda controvertir la suma concreta cuyo pago reclama el demandante lo cual es distinto al punto

Es preciso distinguir entre la reliquidación y los abonos que definen el monto de la deuda y la naturaleza del pagaré en el cual se incorporó la obligación original y el correspondiente derecho. La reliquidación y los abonos correspondientes deben efectuarse como lo dispone la ley.

de si el pagaré perdió la naturaleza de título valor. En efecto, como suele acordarse –tal como sucede en esta oportunidad– que una determinada obligación crediticia contenida en un título valor será pagada en varios momentos sucesivos, es decir, a cuotas, es necesario que exista una instancia que permita determinar a cuánto asciende, en concreto, la deuda cuyo pago se reclama. En estas circunstancias, el título no deja de ser claro y expreso, pues la determinación de la obligación queda sujeta a una o más operaciones aritméticas.

Así pues, si la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de (...) estimaba (de acuerdo con los argumentos del apoderado de la señora (...), quien alega que la documentación allegada por el banco no permitía establecer si la cuantía solicitada por medio de la acción ejecutiva efectivamente correspondía a la adeudada por su poderdante¹²) que no había evidencia de que la deuda a su cargo estuviera adecuadamente reliquidada y valorada, podía adoptar alguna de las opciones que expresa el artículo citado dentro del proceso ejecutivo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 546 de 1999 y en el Decreto 2703 del mismo año. Lo que no podía hacer era dejar de aplicar el artículo 39 de la Ley 546 de 1999 que mantuvo la naturaleza de título valor de los pagarés originalmente denominados en UPAC. Al dejar de aplicarlo, haciendo las equivalencias en UVR ordenadas clara e indiscutiblemente "por ministerio de la ley", incurrió en una vía de hecho por defecto sustantivo. Reitera esta Sala lo decidido en un caso semejante por la Sala Segunda de Revisión (T-184 de 2004, M. P. Alfredo Beltrán Sierra):

"4.4 Adicionalmente, en este caso independientemente de cualquier otra consideración, lo cierto es que existe una obligación dineraria para cuyo monto fue utilizada la UPAC como unidad de medida, y posteriormente por decisión del legislador, desaparecida ésta, su lugar fue ocupado por la UVR. Ello no tiene sin embargo la consecuencia de extinguir la obligación original, pues se conservan íntegramente los elementos esenciales que la estructuran, a saber: un crédito, un débito y un vínculo jurídico entre ellos, que impone al segundo una prestación debida al primero, como ya se señaló.

Esa obligación por lo demás, aparece incorporada en un título valor, expresada en él literalmente, título que goza de autonomía y que puede ser objeto de circulación, sin que por haberse expresado inicialmente la suma debida en UPAC pierda su identidad y objeto.

4.5 En resumen, la decisión adoptada por el tribunal accionado, no tuvo en cuenta el contenido de los artículos 38 y 39 de la Ley 546 de 1999, ni el pronunciamiento que respecto de esas disposiciones legales profirió esta Corporación en la Sentencia C-955 de 2000, porque esas normas, encontradas ajustadas al ordenamiento superior por la Corte, dispusieron que las obligaciones pactadas conforme al sistema UPAC, 'por ministerio de la ley', en las condiciones allí establecidas se expresarían en UVR, conversión ésta que no puede eludirse porque así lo dispuso el legislador. Es decir, si tal conversión se lleva a efecto por ministerio de la ley, no puede concluirse la inexistencia del título ejecutivo, como se afirma por el tribunal accionado."

Finalmente, advierte la Sala que estos casos son diferentes al decidido en la T-606 de 2003¹³. En dicha sentencia un banco comercial invocó el amparo por estimar que el proceso ejecutivo promovido contra una de sus deudoras había sido dado por terminado con base en una interpretación indebida del parágrafo 3 del artículo 42 de la Ley 546 de 1999. La Sala negó la tutela habida cuenta de las circunstancias específicas del caso y de las interpretaciones que estimó plausibles tanto del artículo 42, parágrafo 3, de la Ley 546 de 1999 sobre dicha

12 Cfr. Folio 79 del segundo cuaderno del expediente.

13 Sentencia T-606 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

norma legal. No versó dicha sentencia sobre si los pagarés denominados UPAC perdieron su naturaleza de título valor al entrar en vigor el nuevo sistema de financiación denominado UVR, ni sobre si en un proceso ejecutivo se puede dejar de aplicar el artículo 39 de dicha ley, cuando sea pertinente.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional confirmará la sentencia de tutela de primera instancia proferida por la Corte Suprema de Justicia -Sala Civil- en la cual se declaró la nulidad del auto proferido el seis de mayo de 2002 por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de (...), auto por medio del cual se resolvió "revocar la providencia proferida el día 31 de agosto de 2001 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de (...) mediante el cual se libró mandamiento de pago en este asunto. En consecuencia, se deniega el mandamiento de pago solicitado. Levántense las medidas cautelares decretadas. Condenar en costas y perjuicios a la parte actora"¹⁴. También, revocará la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido, se ordenará al Tribunal Superior de (...) que decida conforme con las normas relativas a los títulos valores y al artículo 39 de la Ley 546 de 1999, para que así se respete el derecho al debido proceso del Banco (...).

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 19 de diciembre de 2002 en la cual se CONCEDIÓ la tutela interpuesta por el (...) contra la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de (...) por violación del derecho al debido proceso y, en consecuencia, REVOCAR el fallo proferido en segunda instancia por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 12 de febrero de 2003.

Tercero.- ORDENAR a la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de (...) que resuelva el recurso de apelación contra el auto de mandamiento de pago proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de (...) el día 31 de agosto de 2001 conforme con las normas relativas a los títulos valores y al artículo 39 de la Ley 546 de 1999.

(...))»

14 Folio 44 del segundo cuaderno del expediente.

Conceptos

Banca de inversión

*Cuenta de ahorros-gravamen a
los movimientos financieros*

Leasing habitacional

Tarjeta de crédito

Tarjetas crédito débito

Banca de inversión

Concepto 2004006596-1 del 2 de abril de 2004

Síntesis: *Definición, objeto y participación de inversionistas extranjeros. Banca de inversión y servicios financieros en el marco de los acuerdos suscritos con la Organización Mundial del Comercio -OMC-. Las actividades de las sociedades calificadoras de valores y las decisiones de inversión financiera. Titularización de activos; normas que regulan la operación en Colombia. Tipos de inversión mediante encargos fiduciarios.*

«(...) formula algunos interrogantes que serán atendidos según el orden planteado, así:

"a) ¿Cuál norma legal vigente reglamenta la actividad de banca de inversión en la República de Colombia? A su vez si dicha función se puede efectuar por personas jurídicas extranjeras".

En nuestro país la expresión "banca de inversión", por una de sus acepciones, se emplea para referirse a una serie de actividades cumplidas por las corporaciones financieras, que es una de las clases que comprenden los establecimientos de crédito como los clasifica el numeral 1o. del artículo 2o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Al respecto indica la doctrina que "En forma paralela a la especialización de la banca comercial se desarrolló un tipo de intermediario financiero llamado a otorgar financiación de mediano y largo plazo para la adquisición de activos fijos para la industria y a efectuar inversiones de capital semilla. Se trata de las corporaciones financieras. Su objeto consiste en fomentar o promover la creación, reorganización, fusión, transformación y expansión de empresas (EOSF, arts. 2 y 11). *Es la llamada banca de inversión*, también conocida como banca financiera, de negocios o industrial (...)"¹ (resaltamos).

En tal sentido y entre otras disposiciones, los artículos 11 a 13, 132 y 133 del citado

Estatuto se ocupan de disciplinar la actividad de dichos intermediarios, principalmente en cuanto tiene que ver con el objeto de las mismas, las operaciones autorizadas con las empresas y demás operaciones autorizadas, en armonía con previsiones como las contenidas en los Decretos 2423 de 1993, 1606 de 1995 y 1356 de 1998.

Por otro aspecto, la banca de inversión ha sido definida también como la actividad desarrollada por un intermediario del mercado financiero, entre los que se cuentan por ejemplo los comisionistas de bolsa, que puede incluir el diagnóstico y valoración de empresas, la organización de potenciales compradores, la asesoría de inversionistas en la creación de nuevas empresas y la consecución de recursos para tales operaciones, la reestructuración y conversión de deuda, asesoría en emisión de títulos y en ingeniería financiera, fusiones y adquisiciones, valoraciones y fairness opinions, etc.

Ahora bien: la actividad financiera propiamente dicha solamente puede ejecutarse en el país por parte de las sociedades nacionales debidamente constituidas y autorizadas al efecto. Tratándose de inversionistas del

1 Néstor H. Martínez N., Cátedra de Derecho Bancario Colombiano, Legis Editores S. A., Bogotá, 2000, pág. 247.

exterior, los mismos podrán participar en el capital de las instituciones financieras suscribiendo o adquiriendo acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones o aportes sociales de carácter cooperativo, en cualquier proporción, tal como lo establece el artículo 18 del Decreto 2080 del 2000.

Adicionalmente, con la presente le estamos remitiendo copia de los conceptos de este organismo, documentos que desarrollan en mayor detalle los aspectos relacionados con el tema en cuestión.

(...)

"c) ¿Cuáles son los compromisos adquiridos por la República de Colombia ante la Organización Mundial del Comercio (OMC) en relación a flujo de capitales, banca de inversión y temas afines a la actividad bancaria y/o mercado de capitales, a su vez si están vigentes o desde qué momento entrarán en vigencia y qué norma lo dispone?".

En primer lugar, cabe manifestar que la información que se suministra en atención a su solicitud es de carácter simplemente ilustrativo y está orientada a dar cumplimiento a la función de absolver consultas a cargo de esta Entidad, con sujeción a los parámetros fijados por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Bajo ese contexto, con todo gusto le informamos que para el desarrollo de las actividades a que se alude Colombia cuenta con

un Equipo Negociador constituido por profesionales de distintas áreas, cuyos integrantes están distribuidos en grupos temáticos, con un líder y un grupo de apoyo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y otros Ministerios y entidades públicas. Igualmente, de acuerdo con los términos del Decreto 210 de 2003, por el cual se determinan los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, son funciones del Despacho del Ministro del ramo, además de las contempladas en la Constitución Política, las siguientes: "(...)

5. Representar al país en las reuniones ministeriales de la Organización Mundial del Comercio – OMC"².

5. Representar al país en las reuniones ministeriales de la Organización Mundial del Comercio – OMC"².

Cabe precisar que la Organización Mundial del Comercio (OMC) es la base jurídica e institucional del sistema multilateral de comercio. El Acuerdo por el que se establece esta organización incorpora dentro de un mismo marco jurídico las principales obligaciones contractuales que determinan la manera en que

los gobiernos desarrollan sus leyes y reglamentos comerciales, así como la forma en que se llevarán a cabo las relaciones comerciales entre los distintos países.

La OMC recoge acuerdos obligatorios para los países miembros, denominados acuer-

La expresión "banca de inversión", por una de sus acepciones, se emplea para referirse a una serie de actividades cumplidas por las corporaciones financieras, que es una de las clases que comprenden los establecimientos de crédito.

² Si desea obtener más información sobre la materia puede consultar la página web del Ministerio de Comercio Exterior: www.mincomercio.gov.co o dirigirse al correo electrónico: equiponegociados@mincomercio.gov.co

dos multilaterales sobre el comercio de mercancías y servicios, un acuerdo sobre los asuntos comerciales relacionados con la propiedad intelectual, un sistema de solución de diferencias y un mecanismo de examen de las políticas comerciales. La OMC también administra dos acuerdos que tienen participación voluntaria: el de Aeronaves Civiles y el de Contratación Pública.

A enero 1° de 2002 hacen parte de la OMC 144 miembros, entre los cuales sobresale la adhesión de la República Popular China (11 diciembre de 2001) y el Territorio Aduanero Independiente de Taiwan, Penghu, Kinmen y Matsu (1° de enero de 2002). A su vez, se encuentran en proceso de adhesión más de 25 países, entre los que se encuentra la Federación Rusa, Arabia Saudita y Viet Nam.

Actualmente el tema de la liberalización de los servicios financieros es reconocido como punto clave en la negociación dentro de los acuerdos multilaterales de comercio. Es cla-

ro que este punto debe ser discutido con atención especial dentro de estos procesos teniendo en cuenta sus repercusiones sobre los demás sectores económicos y los riesgos que puede involucrar la apertura de los sectores financieros. Por esta razón los países están cada vez más preocupados por el establecimiento de reglas claras que permitan reconocer mejor las condiciones necesarias para que todos los países reciban iguales beneficios.

A nivel regional y bilateral existen varios acuerdos de comercio e integración que contienen disposiciones sustantivas sobre el comercio de servicios. Al mismo tiempo, existen numerosos acuerdos sectoriales sobre servicios que se han firmado, tanto a nivel regional como a nivel bilateral. Sin embargo, no se han firmado acuerdos sectoriales bilaterales en el área de servicios financieros; no obstante, existen tres acuerdos subregionales firmados por los países de la ALADI.

"Cuadro No. 1

Acuerdos subregionales sobre servicios financieros³

MIEMBROS	FECHA Y REVISIONES	TÍTULO	DESCRIPCIÓN
Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela	25 de agosto de 1982 Revisiones: 8 de marzo de 1991 16 de septiembre de 1992 28 de septiembre de 1994. La duración de este acuerdo es ilimitada	Convenio de pagos y créditos Recíprocos.	Los Bancos Centrales acuerdan la creación de líneas de crédito y dólares y un sistema de compensación para canalizar los pagos de las operaciones comerciales.
Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela	20 de septiembre de 1973 Revisiones: ninguna	Acuerdo de Garantías Uniformes de Disponibilidad y Transferibilidad para la Aceptación Bancaria Latinoamericana (ALALC)	Cada Banco Central garantiza a sus instituciones la disponibilidad y libre transferencia de dólares para pagar sus aceptaciones bancarias al vencimiento.
Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela	26 de septiembre de 1969 Revisiones: 22 de septiembre de 1981 La duración de este acuerdo es ilimitada.	Acuerdo Multilateral de Apoyo Recíproco Para Hacer Frente a Deficiencias Transitorias de Liquidez (Acuerdo de Santo Domingo)	Los Bancos Centrales se comprometen a ayudar a los demás Bancos Centrales que tengan deficiencia de liquidez transitoria por medio de aportaciones.

³ Acuerdos sectoriales sobre servicios en el hemisferio occidental. Organización de los Estados Americanos, Unidad de Comercio. Área de Libre Comercio de las Américas, Grupo de Trabajo sobre Servicios. SG/TU/WG.SERV/DOC.2/97/Rev.2/25 Febrero 1998.

"En el Hemisferio Occidental, con respecto al sector de servicios, en el NAFTA, el Tratado del Grupo de los Tres (G3) y los acuerdos celebrados por México con Bolivia y Nicaragua, se incluyen capítulos separados sobre estos servicios. Igualmente, el Protocolo sobre Servicios del Mercosur incluye un anexo sobre servicios financieros.

"Aunque la Comunidad Andina trata los servicios como tema fundamental dentro de las negociaciones, todavía no incluye ningún capítulo o anexo correspondiente a los servicios financieros"⁴.

Para mayor ilustración sobre este tema y sobre el texto de los acuerdos en mención se le recomienda la dirección de internet www.sice.oas.org.

"d) La actividad calificadora de cartera y/o bonos a través de personas jurídicas en la República de Colombia, ¿qué norma lo dispone? ¿A su vez dicha información es de resultado y/o de medio en el sentido si es discrecional y/o obligatorio acogerla por el público en general como insumo para tomar decisiones de inversión financiera?"

En los términos del Título Tercero de la Resolución 400 de 1995, la Sala General de la Superintendencia de Valores reglamentó el tema relacionado con las sociedades calificadoras de valores, precisando lo siguiente:

"Art. 2.3.1.1 Personas que pueden realizar la calificación de valores. Solamente podrán ejercer la actividad de calificación de valores en el mercado público de valores, las personas jurídicas que hayan obtenido el respectivo permiso de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Valores y se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

Solamente podrán ejercer la actividad de calificación de valores en el mercado público de valores, las personas jurídicas que hayan obtenido el respectivo permiso de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Valores y se encuentren inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

Art. 2.3.1.2 Modificado Res. 352 de 2002, Art. 6; Modificado. Res. 364 de 1997, art. 1°. Valores que deben calificarse. Para efectos de su inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y la autorización de su oferta pública, los títulos que reúnan las condiciones que se señalan a continuación deberán ser objeto de por lo menos una calificación en los términos de la presente resolución:

1. Que se trate de bonos ordinarios emitidos por entidades diferentes de los establecimientos de crédito o de papeles comerciales excepto los emitidos por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN.
2. Que se trate de bonos ordinarios o de garantía general emitidos por establecimientos de crédito.
3. Que se trate de bonos emitidos por entidades públicas, excepto aquellos que emita el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN.

4 Universidad Eafit. Proyecto Alca estudios sectoriales. Servicios financieros. Informe realizado para el Ministerio de Comercio Exterior. Contrato Estatal 060 de 2001. Equipo de Investigación: Alberto Jaramillo, Ana María Mesa Santamaría y Sandra Eugenia Macías Noreña.

4. Que sean valores emitidos como resultado de un proceso de titularización, salvo que se trate de títulos de participación en fondos comunes ordinarios, fondos comunes especiales, fondos de valores y de títulos emitidos respecto de patrimonios constituidos con acciones o títulos de deuda pública emitidos o garantizados por la Nación o por el Banco de la República.

Parágrafo 1°. Los demás valores que sean objeto de oferta pública en el mercado podrán ser objeto de calificación en los términos del presente artículo, bien sea de oficio por la sociedad calificadora, a solicitud de cualquier interesado o del propio emisor.

Parágrafo 2°. Tratándose de una inscripción anticipada o de un programa de emisión y colocación, los valores a que se refiere el presente artículo, no requerirán calificación para efectos de su inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. No obstante lo anterior, de manera previa a la publicación del aviso de oferta de la respectiva emisión, el emisor deberá acreditar la calificación de los valores objeto de la misma, ante la Superintendencia de Valores.

(...)

En la información sobre cualquier calificación deberá advertirse de manera destacada que *la misma no implica recomendación para comprar, vender o mantener un valor, ni implica una garantía de pago del título sino una evaluación sobre la probabili-*

dad de que el capital del mismo y sus rendimientos sean cancelados oportunamente" (resaltado extratextual).

En complemento de lo anterior, es de advertir que la información relativa a la valoración realizada por las sociedades calificadoras

no implica recomendación al público para comprar, vender o mantener un valor ni se constituye en garantía de pago del título sino una evaluación sobre la probabilidad de que el capital del mismo y sus rendimientos sean cancelados oportunamente. En ese sentido, es a la persona interesada en realizar determinada inversión a quien incumbe analizar las características del negocio en particular y decidir si asume o no los riesgos de la operación⁵.

(...)

"f) ¿Cuál norma legal permite la titularización de activos y/o flujos de efectivo en la República de Colombia? ¿A su vez qué persona jurídica está autorizada para efectuar dicha titularización?"

La información
relativa a la valoración
realizada por las
sociedades
calificadoras no
implica
recomendación al
público para comprar,
vender o mantener un
valor ni se constituye
en garantía de pago
del título sino una
evaluación sobre la
probabilidad de que
el capital del mismo y
sus rendimientos
sean cancelados
oportunamente.

5 Si desea profundizar sobre el tema de la responsabilidad del profesional y en punto a las obligaciones de medio y de resultado, le sugerimos consultar la obra de Jorge Suescún Melo, Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. Segunda Edición. Legis S.A.

La Titularizadora Colombiana presenta en su página web www.titularizadora.com, una interesante reseña acerca del tema que en este punto motiva su inquietud, en los siguientes términos:

"De acuerdo con la definición de la Real Academia de la Lengua Española, la Titularización es 'Convertir determinados activos, generalmente préstamos, en valores negociables en el mercado'. James Rosenthal la define como 'el proceso cuidadosamente estructurado a través del cual créditos y otros activos son empaquetados, suscritos y vendidos en forma de títulos valores a Inversionistas'.

La titularización hipotecaria (en inglés securitization) une el mercado de capitales con el de vivienda mediante la emisión de títulos respaldados por conjuntos de créditos hipotecarios. Para hacer estos títulos más atractivos a los inversionistas, las entidades que desarrollan el mercado secundario -o titularizadoras- les dan algunas coberturas a los riesgos inherentes a la cartera hipotecaria, asegurando al inversionista el pago oportuno del principal y los intereses de los títulos hipotecarios. Los principales riesgos están asociados a la incertidumbre de futuros pagos -riesgo de prepago- y al riesgo en el flujo de caja -riesgo de mora-.

La titularización es una herramienta moderna de financiamiento utilizada en forma masiva en países desarrollados, en especial en los Estados Unidos. Sus costos son sustancialmente inferiores en comparación con los márgenes de intermediación de las entidades de crédito. En Colombia, la diferencia entre la tasa de interés que paga el deudor del crédito hipotecario y la tasa que recibe quien deposita sus ahorros en las entidades financieras es cercana a 10 puntos porcentuales. Por el contrario, en el caso de la titularización la diferencia entre la tasa que paga el deudor y la que recibe el tenedor del título será de aproximadamente 4 puntos porcentuales. Los gastos administrativos de la titularización son mínimos y la Titularizadora no realiza encajes, ni inversiones forzosas.

Esta ganancia en eficiencia tiene implicaciones macroeconómicas de gran envergadura. En los Estados Unidos, el margen de intermediación

en las titularizaciones se ha reducido a sólo medio punto porcentual, con un claro impacto sobre la inversión y el crecimiento. Es indiscutible que este mecanismo explica en buena parte el bajo costo del financiamiento hipotecario en ese país.

Los Estados Unidos tienen el mercado hipotecario más desarrollado del mundo como resultado de la relativa estabilidad de su economía, el buen funcionamiento del mercado primario de créditos hipotecarios y el desarrollo de un eficiente mercado secundario de hipotecas. El dinamismo de este último le ha permitido obtener fondos del mercado de capitales, con lo que ha aumentado la oferta de créditos y la disminución en su costo.

El mercado hipotecario estadounidense es altamente especializado. Existe una clara separación de funciones entre quienes originan y administran los créditos -mercado primario- y quienes manejan los riesgos y obtienen los fondos -mercado secundario-. El sector público ha jugado un papel fundamental en el desarrollo de estos mercados, en parte a través de la creación de instituciones claves para el mercado secundario que facilitan la conexión entre el mercado de vivienda y los mercados de capitales. Hoy por hoy, el mercado secundario es dominado por estas entidades creadas por el Gobierno, aunque cada día participan más entidades privadas.

Las principales entidades del mercado secundario de hipotecas en los Estados Unidos han sido promovidas o apoyadas por el gobierno de ese país. Entre ellas se encuentran la Federal National Mortgage Association (Fannie Mae), la Federal Home Loan Mortgage Corporation (Freddie Mac) y los doce Federal Home Loan Banks regionales. La Government National Mortgage Association (Ginnie Mae) es una corporación de propiedad directa del Gobierno que desarrolla el mercado secundario de hipotecas garantizadas por éste.

Estas entidades tienen una misión pública, aunque con excepción de Ginnie Mae son de propiedad privada, razón por la cual el Gobierno les otorga una garantía implícita. Esto les permite captar recursos a un costo inferior al de otras corporaciones que emiten papeles de calidad similar (Triple A)".

La titularización es un proceso en el que diferentes activos como cartera, bienes inmuebles, proyectos de construcción, rentas, flujos futuros de fondos, son movilizados, constituyéndose un patrimonio autónomo con cargo al cual se emiten títulos.

Para la Superintendencia de Valores, la titularización es un proceso en el que diferentes activos como cartera, bienes inmuebles, proyectos de construcción, rentas, flujos futuros de fondos, son movilizados, constituyéndose un patrimonio autónomo con cargo al cual se emiten títulos. Bajo esta figura, el emisor es el patrimonio autónomo administrado por una sociedad fiduciaria. El plazo de los títulos está ligado a las características del activo. Pueden emitirse títulos con características similares a los renta fija (de contenido crediticio), renta variable (de participación) o a los de ambos (mixtos).

Entre las normas que se ocupan de este tópico pueden citarse las siguientes:

➤ Ley 546 de 1999 (artículos 12 y siguientes): Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional, para regular un sistema especializado para su financiación, se crean

instrumentos de ahorro destinados a dicha financiación y se dictan otras medidas.

➤ Decreto 21 del 2001: Por el cual se autoriza a las entidades financieras para invertir en sociedades titularizadoras de objeto exclusivo y se dictan otras disposiciones.

➤ Decreto 1719 de 2001: Por medio del cual se dictan disposiciones relacionadas con las sociedades titularizadoras previstas en la Ley 546 de 1999, se establecen las operaciones autorizadas a dichas entidades y se dictan otras disposiciones.

➤ Decreto 307 de 2004: Por el cual se regula parcialmente la titularización de cartera hipotecaria prevista en el artículo 12 de la Ley 546 de 1999.

Resoluciones de la Superintendencia de Valores:

➤ Resolución 869 de 2002/11/15: Por la cual se modifica y adiciona la resolución 775 de noviembre de 2001, que establece las condiciones y requisitos para las distintas emisiones de títulos hipotecarios en general y aquellos que deberán ser observadas por las sociedades titularizadoras en particular y que debe cumplir toda emisión de títulos hipotecarios que incorpore garantías especiales como apoyo de la emisión.

➤ Resolución 234 de 2002/04/30: Por la cual se expide el Plan Único de Cuentas "PUC" para las sociedades titularizadoras vigiladas.

➤ Resolución 223 de 2002/04/24: Por la cual se modifica y adiciona a la Resolución 775 de noviembre de 2001, mediante la cual se señalaron los requisitos y condiciones para la emisión y colocación de títulos hipotecarios para la financiación de vivienda, derivados de procesos de titularización de activos hipotecarios.

➤ Resolución 185 de 2002/04/02: Por la cual se autoriza la inscripción de la sociedad

Titularizadora Colombiana S.A. -Hitos- en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, para realizar labores de intermediación en el mercado público de valores, en los términos del artículo

➤ Resolución 117 de 2001/03/02: Por la cual se establecen los requisitos de capital mínimo para la emisión de títulos hipotecarios por parte de las sociedades titularizadoras.

➤ Resolución 775 de 2001/11/09: Por la cual se señalan los requisitos y condiciones para la emisión y colocación de títulos hipotecarios para la financiación de vivienda, derivados de procesos de titularización de activos hipotecarios.

➤ Resolución 400 de 1995/05/22: Por la cual se actualizan y unifican las normas expeditas por la Sala General de la Superintendencia de Valores y se integran otras, por vía de referencia.

Circulares de la Superintendencia Bancaria:

➤ Circular Externa 100 de 1995 de la Superintendencia Bancaria, modificada por la Circular Externa 086 de 1996, Capítulo

XV: Por la cual se instruye a las entidades vigiladas por este organismo sobre las normas contables relacionadas con los procesos de titularización, específicamente para cartera de créditos.

"g) ¿Es admisible legalmente que se constituya por una asociación de personas en un número aproximado de 50.000, un patrimonio autónomo y dicho patrimonio por encargo fiduciario capte recursos financieros de los 50.000 asociados? Subrayar que el establecimiento delegado para el encargo fiduciario está vigilado por la Superbancaria, cual fuere la respuesta, ¿qué norma lo dispone?".

Sobre el punto, comenzamos por indicar que las entidades fiduciarias forman parte de la gama de entidades catalogadas como sociedades de servicios financieros⁶, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad, gozan del carácter de instituciones financieras y una vez autorizadas por la Superintendencia Bancaria pueden ejecutar las transacciones propias de su objeto social. Estas operaciones se encuentran enunciadas fundamentalmente en el artículo 29 del E. O. S. F.

El emisor es el patrimonio autónomo administrado por una sociedad fiduciaria. El plazo de los títulos está ligado a las características del activo. Pueden emitirse títulos con características similares a los renta fija (de contenido crediticio), renta variable (de participación) o a los de ambos (mixtos).

6 Artículo 3° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: "SOCIEDADES DE SERVICIOS FINANCIEROS".
1. Clases. Para los efectos del presente Estatuto son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósito y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantía, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad.
2. Naturaleza. Las sociedades de servicios financieros tienen el carácter de instituciones financieras".

Entre las operaciones autorizadas por el legislador a las sociedades fiduciarias se encuentra la de "Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros".

Ahora bien: de acuerdo con lo previsto en la letra b) del artículo en comento, entre las operaciones autorizadas por el legislador a las sociedades fiduciarias se encuentra la de "Celebrar encargos fiduciarios que tengan por objeto la realización de inversiones, la administración de bienes o la ejecución de actividades relacionadas con el otorgamiento de garantías por terceros (...)".

En ese escenario y teniendo en cuenta el asunto sobre el que versa la consulta, cabe recordar aquí lo que en materia de negocios fiduciarios establece el Título Quinto de la Circular Básica Jurídica de esta Superintendencia:

"a) Fideicomiso de inversión.

Para estos efectos, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se entiende por 'Fideicomiso de Inversión', todo negocio fiduciario que celebren las entidades legalmente autorizadas para actuar en calidad de fiduciario con sus clientes, para beneficio de éstos o de los terceros designados por ellos, en el cual se consagre como finalidad principal o se prevea la posibilidad de invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente, con lo previsto en dicho Estatuto y con las normas reglamentarias aplicables.

Esta especie de negocio fiduciario puede instrumentalizarse por conducto de un contrato de fiducia mercantil o encargo fiduciario y tener las siguientes modalidades:

1. Inversión con destinación específica.

Entiéndase por negocios fiduciarios de inversión con destinación específica aquellos en los cuales se consagra como finalidad principal la

inversión o colocación a cualquier título de sumas de dinero, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el constituyente, los cuales deben celebrarse con arreglo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En estos negocios la rendición comprobada de cuentas deberá efectuarse mediante envío de una memoria en la cual se revele en forma pormenorizada el desarrollo de la gestión encomendada, indicando los bienes o actividades específicos en los cuales se invirtieron los dineros fideicomitados o la persona o personas a quienes se entregaron total o parcialmente los bienes, así como el título y las condiciones en que tal entrega se realizó. Dicha memoria debe ir acompañada de un estado de cuenta que refleje el comportamiento financiero y contable de las inversiones efectuadas con base en las instrucciones impartidas por el fideicomitente.

2. Fondo común ordinario.

Para estos efectos entiéndase por 'fondo común' el conjunto de recursos obtenidos con ocasión de la celebración y ejecución de negocios fiduciarios en los cuales se consagra como finalidad principal la inversión de los mismos en los títulos y dentro de los porcentajes expresamente señalados por el legislador (artículo 157 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), sobre los cuales el fiduciario ejerce una administración colectiva.

En el caso anterior, o cuando se presente la circunstancia descrita en el Parágrafo del numeral 3 del artículo 151 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y los dineros fideicomitados deban invertirse en el Fondo Común Ordinario, la rendición de cuentas al adherente, constituyente o beneficiario, deberá llevarse a cabo por escrito y con una periodicidad no mayor de seis (6) meses conforme lo dispone el artículo 155 literal e) del Estatuto

Orgánico del Sistema Financiero. La misma se hará mediante la elaboración y envío de una memoria descriptiva de la actividad ejecutada en el período respectivo, sin perjuicio de la facultad que le asiste al fiduciante de solicitar rendición de cuentas en cualquier tiempo según lo dispuesto en el artículo 1236 numeral 4o. del Código de Comercio.

La rendición de cuentas deberá incluir como mínimo, y sin perjuicio de los parámetros fijados en los respectivos reglamentos para el efecto, la siguiente información:

- Identificación de Inversionista. (Nombre, Apellidos y Código según el caso).
- Dirección registrada para el envío de correspondencia y ciudad.
- Fecha de corte del estado de cuenta.
- Adiciones y retiros efectuados por el inversionista.
- Valor de la retención en la fuente si fuere el caso.
- Monto de la comisión fiduciaria efectivamente cobrada, expresada en términos porcentuales, indicando la base de cálculo de la misma.
- Número de unidades o porcentajes de participación a favor del inversionista a la fecha de corte.
- Valor de la unidad a la fecha de corte si éste fuere el sistema de valuación utilizado.
- Saldo disponible (valor de la inversión).
- Resumen de la composición de los activos que conforman el fondo.
- Resultados del fondo durante el respectivo período.

3. Fondos comunes especiales.

De conformidad con la definición expuesta en el punto anterior, entiéndase por Fondo Común Especial el conjunto de recursos obtenidos con ocasión de la celebración y ejecución de negocios fiduciarios, donde la entidad fiduciaria realiza un manejo colectivo de los recursos fideicomitados, de acuerdo con el respectivo reglamento autorizado para su manejo, en el cual se consagra como finalidad prin-

Entiéndase por fideicomiso de garantía, aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros.

cipal la inversión o colocación a cualquier título de sumas de dinero, con arreglo a las instrucciones impartidas por los fideicomitentes.

En estos casos la rendición comprobada de cuentas se efectuará con el envío de una memoria detallada del desarrollo y cumplimiento de la gestión adelantada por el fiduciario, de acuerdo con la destinación que los constituyentes le hayan señalado a los recursos fideicomitados, acompañada de un estado de cuenta que refleje el comportamiento financiero y contable de las inversiones y colocaciones efectuadas".

(...)

b) Fideicomiso de garantía.

Entiéndase por fideicomiso de garantía, aquel negocio en virtud del cual una persona transfiere de manera irrevocable la propiedad de uno o varios bienes a título de fiducia mercantil, o los entrega en encargo fiduciario irrevocable a una entidad fiduciaria, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo y a favor de terceros designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien puede solicitar a la entidad fiduciaria la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato.

Se entiende por fideicomiso de administración inmobiliaria de proyectos de construcción, aquél negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo, y transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.

Las obligaciones así garantizadas, se consideran para efectos de la calificación de cartera que corresponde efectuar a las instituciones financieras, de garantía admisible, según lo dispuesto en el artículo 4o. literal e) del Decreto 2360 de 1993.

Cuando la entidad fiduciaria reciba sumas de dinero o asimilables para garantizar las obligaciones, se deberá tener en cuenta lo previsto

sobre fiducia de inversión para el cumplimiento de la rendición comprobada de cuentas.

La rendición comprobada de cuentas en los fideicomisos de garantía a los fideicomitentes y acreedores beneficiarios se llevará a cabo cuando se haya cumplido la condición pactada en el respectivo contrato (generalmente el incumplimiento en el pago de las obligaciones) y el fiduciario haya realizado los bienes para hacer efectiva la garantía. No obstante lo anterior, la entidad fiduciaria deberá enviar con razonable periodicidad al beneficiario un reporte que contendrá, cuando menos, la siguiente información:

- Estado actual, localización e identificación de los bienes transferidos.

- La relación de beneficiarios en la que conste el valor de los créditos de cada uno y las condiciones del mismo (plazo, interés pactado, modalidad de pago, etc.)

- Informe sobre el estado de cada una de las obligaciones garantizadas.

c) Fideicomiso de administración.

Para estos efectos, se entiende por negocios fiduciarios de administración aquellos en los cuales se entregan bienes a una institución fiduciaria, con o sin transferencia de la propiedad, para que los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada.

En estos casos la rendición comprobada de cuentas debe cumplirse, cuando menos, mediante el envío de una memoria al beneficiario o al fideicomitente, en su caso, en la cual se indique en forma detallada la evolución del negocio y las gestiones programadas y realizadas por el fiduciario.

d) Fideicomiso de administración inmobiliaria de proyectos de construcción.

Para estos efectos se entiende por fideicomiso de administración inmobiliaria de proyectos de construcción, aquél negocio fiduciario en virtud del cual se transfiere un bien inmueble a la entidad fiduciaria para que administre y desarrolle un proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el acto constitutivo, y

transfiera las unidades construidas a quienes resulten beneficiarios del respectivo contrato.

En los fideicomisos inmobiliarios para efectos de la rendición comprobada de cuentas, se deberá enviar a los beneficiarios una memoria que contenga al menos los siguientes datos:

- Fecha de iniciación de la etapa de construcción del proyecto.

- Fecha estimada de terminación de la obra y fecha de entrega de las unidades construidas a los beneficiarios.

- Construcciones en curso.

- Porcentaje ejecutado de la obra.

- Valor de las cuotas aportadas hasta la fecha y valor pendiente por cancelar al fideicomiso por parte suya.

- Indicación del incumplimiento por parte de cualquiera de los fideicomitentes de las obligaciones de aportar dinero, previstas en el contrato.

- Avance de la obra (en relación con el porcentaje general de obra ejecutada).

- Control presupuestal (comparado con el programa y el ejecutado).

- Costo de la unidad construida a la fecha del reporte.

- Indicación sobre el comportamiento de la financiación del proyecto (créditos y aportes de fideicomitentes adherentes).

- Cambio en el proyecto y/o en las especificaciones.

- Reajuste del presupuesto".

En la hipótesis propuesta por usted es claro que las sociedades fiduciarias son entidades sometidas a la inspección y vigilancia de esta Superintendencia y por lo tanto su actividad debe ceñirse estrictamente a las previsiones contenidas en la ley, en razón de lo cual sería menester conocer los detalles del caso concreto con el fin de determinar con precisión la naturaleza del negocio de que se trata y la normatividad aplicable al mismo, así como su viabilidad legal.»

Cuenta de ahorros – gravamen a los movimientos financieros

Concepto 2004002685-1 del 2 de marzo de 2004

Síntesis: *El impuesto del 4 por mil; exenciones para movimientos financieros en cuenta de ahorros; condiciones y procedimientos.*

«(...) plantea algunas inquietudes sobre el gravamen a los movimientos financieros o impuesto del cuatro por mil.

Sobre el particular, conviene aclarar que mediante la última reforma tributaria el gravamen a los movimientos financieros fue incrementado al cuatro por mil durante los años 2004 a 2007 inclusive (art. 18 de la Ley 863 de 2003 – Ley de Reforma Tributaria).

Efectuada la anterior aclaración, le informo que el mencionado tributo fue creado como un nuevo impuesto a partir del 1° de enero de 2001 por el artículo 1° de la Ley 633 de 2000¹; así mismo, las Leyes 788 de 2002 y 812 de 2003 se refieren a tal materia. Dichas disposiciones se encuentran incorporadas en la actualidad en los artículos 870 y siguientes del Estatuto Tributario.

Ahora bien, las exenciones al gravamen a los movimientos financieros están contenidas en el artículo 879 del estatuto en mención; así, el numeral 1 declaró como exentos "(...) los retiros efectuados de las cuentas de ahorro destinadas exclusivamente a la financiación de vivienda (...). La exención no podrá exceder en el año fiscal del cincuenta por ciento (50%) del salario mensual vigente y se aplicará proporcionalmente en forma no acumulativa sobre los retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta. El Gobierno expedirá la reglamentación correspondiente.

La exención aplicará exclusivamente a una cuenta de ahorros por titular siempre y cuando pertenezca a un único titular. Cuando quiera que una persona sea titular de más de una cuenta de ahorros en uno o varios establecimientos de crédito, deberá elegir aquella en relación con la cual operará el beneficio tributario aquí previsto e indicárselo al respectivo establecimiento".

La anterior norma fue reglamentada mediante los decretos 405 y 518 de 2001, 449 y 3804 de 2003, en los siguientes términos: "Para efectos de acceder a la exención del gravamen a los movimientos financieros de que trata el numeral 1 del artículo 879 del Estatuto Tributario, el valor de los recursos captados a través de la cuenta de ahorros deberá ser destinado exclusivamente a la financiación de vivienda.

Los establecimientos de crédito y las entidades vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria, deberán acreditar mensualmente, mediante el formato que para tal efecto establezcan las Superintendencias Bancaria o de la Economía Solidaria, que tienen un saldo de cartera que se destinó a la financiación de vivienda, por un monto no menor al saldo de las cuentas de ahorro que gozan del beneficio.

Cuando el saldo de la cuenta de ahorros objeto del beneficio sea superior al saldo de la cartera que se destinó a la financiación de vivienda, el establecimiento de crédito y las entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria o de la Economía Solidaria deberán efectuar los ajustes pertinentes en el mes inmediatamente siguiente (...)"²(se resalta).

Las exenciones al gravamen a los movimientos financieros están contenidas en el artículo 879 del estatuto en mención.

1 Inicialmente fue concebido por el legislador extraordinario como un[a] [contribución] transitorio[a] que correspondía al dos por mil (D.E. 2331 de 1998).

2 +Artículo 5 del Decreto 449 de 2003.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la exención a los recursos depositados en las cuentas de ahorros opera en la medida en que tales sumas sean destinadas a la financiación de vivienda por parte de los establecimientos de crédito (bancos, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial y cooperativas financieras) y las entidades vigiladas por la Superintendencia de la Economía Solidaria; no obstante, tal como lo señala el inciso tercero de

"Cuando el saldo de la cuenta de ahorros objeto del beneficio sea superior al saldo de la cartera que se destinó a la financiación de vivienda, el establecimiento de crédito y las entidades vigiladas por las superintendencias Bancaria o de la Economía Solidaria deberán efectuar los ajustes pertinentes en el mes inmediatamente siguiente (...)"

la norma en el aparte subrayado, existe la posibilidad de que el saldo de las cuentas de ahorro objeto del beneficio sea superior al monto de la cartera destinada a vivienda, caso en el cual el decreto reglamentario se limitó a señalar que correspondía a las entidades, establecimientos de crédito, entre otros, efectuar los ajustes en el mes siguiente.

Como se puede observar, la norma no definió que sucede si las entidades no mantienen la relación antes señalada o si no tienen colocaciones en cartera de vivienda como condición para considerar exentos los recursos de los depósitos de ahorro. En tal sentido y teniendo en cuenta que la interpretación de las disposiciones en materia tributaria corresponde a la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales 'DIAN', esta Superintendencia ha elevado consulta sobre tal inquietud; así, una vez recibamos la respuesta respectiva le remitiremos copia de ella a su dirección.

De otra parte, el procedimiento para llevar a cabo la elección de la cuenta a la que se le aplicará el beneficio por parte del ahorrador fue señalado por el artículo 6 del Decreto 518 de 2001, así: "Para efectos de determinar las cuentas beneficiadas con la exención prevista en el numeral 1 del artículo

879 del Estatuto Tributario, el titular de la cuenta deberá presentar una solicitud por escrito ante el respectivo establecimiento de crédito indicando que:

1. Conoce y acepta que la exención prevista en el numeral 1 del artículo 879 del Estatuto Tributario sólo se puede aplicar a una cuenta de ahorros por persona, que pertenezca a un único titular.
2. Manifiesta que hace la solicitud de exención en razón a que no ha solicitado ni solicitará el beneficio en ninguna otra cuenta de ahorros en la misma entidad o en otro establecimiento de crédito.
3. Autoriza el suministro de la información relacionada con la cuenta de ahorros seleccionada a las autoridades correspondientes y a los demás establecimientos de crédito, para veri-

ficar la adecuada aplicación de la exención prevista en el numeral 1 del artículo 879 del Estatuto Tributario".

Adicionalmente, le informo que la exención en estudio tiene un tope y se aplica mensualmente sobre los retiros que efectúen los ahorradores, conforme lo ordena el inciso 2 del artículo 879 del Estatuto Tributario antes indicado. Para el año 2004, el Decreto 3804 de 2003 reglamentó tal aspecto así: "Los retiros efectuados de las cuentas de ahorro destinadas exclusivamente a la financiación de vivienda. La exención no podrá exceder en el año fiscal del cincuenta por ciento (50%) del salario mínimo mensual vigente y se aplicará proporcionalmente en forma no acumulativa sobre los 3.729.167 retiros mensuales efectuados por el titular de la cuenta".

En consecuencia, en el evento de que el ahorrador supere tal límite, esto es, lleve a cabo retiros de su cuenta de ahorros exenta superiores a la suma de \$3.729.167, se aplicará y cobrará el gravamen sobre el excedente.

Por último, le informo que en la página web de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN www.dian.gov.co, en el enlace doctrina, se encuentran disponibles los conceptos publicados por esa entidad sobre los temas que a continuación se relacionan:

	Diario oficial	Número	Tema
1.	44902	049422	GMF Exenciones
2.	44707	007133	GMF Exenciones
3.	44454	044781	Gravamen a los movimientos financieros
4.	44391	028581	Agentes de retención

(...)

La exención en estudio tiene un tope y se aplica mensualmente sobre los retiros que efectúen los ahorradores, conforme lo ordena el inciso 2 del artículo 879 del Estatuto Tributario antes indicado.

Leasing habitacional

Concepto 2003054641-1 del 3 de marzo de 2004

Síntesis: *Los establecimientos de crédito son los propietarios de los inmuebles objeto de contrato de leasing habitacional y les corresponde asumir las obligaciones tributarias y notariales que se deriven de esa propiedad. Pago de seguros y garantías. Tasas máximas de interés.*

« (...) formula algunas inquietudes en relación con un contrato de leasing habitacional que está pensando llevar a cabo con el Banco (...).

Sobre esta materia, valga advertir que la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-936 de 2003 declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 795 de 2003 "en el entendido que el reglamento que debe expedir el Gobierno Nacional debe someterse a los objetivos y criterios señalados en el artículo 15 de la Constitución y en los artículos 1 y 2 de la ley marco 546 de 1999 y demás reglas de esta ley que sean aplicables al leasing habitacional y encaminadas a facilitar el acceso a la vivienda". En tal virtud, corresponde al Gobierno Nacional expedir la reglamentación del leasing habitacional en la cual se atienda lo ordenado por el Alto Tribunal Constitucional en el fallo citado.

Efectuada la anterior precisión, pasamos a absolver sus inquietudes con base en la normativa reglamentaria actualmente vigente, esto es, los Decretos 777 y 779 de 2003*. Para ello nos referimos a continuación respecto de cada uno de los temas expuestos en su petición.

1. Gastos de escrituración por adquisición del bien e impuesto predial.

Respecto de los gastos de escrituración que se deriven de la adquisición del bien inmueble por parte de la entidad financiera al vendedor, así como el pago del impuesto predial correspondiente al inmueble, debemos anotar que no

existe norma que regule expresamente el tema que se consulta. No obstante, conviene señalar que el artículo 3 del decreto 777 de 2003, res-

"El bien inmueble entregado en leasing habitacional deberá ser de propiedad de la entidad autorizada durante el término del contrato, derecho de dominio que conservará hasta tanto el locatario ejerza la opción de adquisición y pague su valor (...)"

pecto de la propiedad del bien objeto del contrato, señaló: "El bien inmueble entregado en leasing habitacional deberá ser de propiedad de la entidad autorizada durante el término del contrato, derecho de dominio que conservará hasta tanto el locatario ejerza la opción de adquisición y pague su valor (...)"

* Nota del editor: El Gobierno Nacional reglamentó las operaciones de leasing habitacional previstas en el artículo 1° de la Ley 795 de 2003 con el Decreto 1787 de 2004, cuyo texto se publica en el presente Boletín.

El leasing financiero es un contrato mediante el cual una parte -el establecimiento de crédito, *propietario del bien*- entrega a la otra un activo productivo para su uso y goce, a cambio de un canon periódico durante el plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye al propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer la opción de adquisición que se pacta a su favor.

su uso y goce, a cambio de un canon periódico durante el plazo convenido, a cuyo vencimiento el bien se restituye al propietario o se transfiere al locatario, si este último decide ejercer la opción de adquisición que se pacta a su favor.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el inmueble entregado en leasing debe ser de propiedad del establecimiento de crédito y, en tal virtud, legalmente es a la citada entidad a quien le corresponde asumir las obligaciones tributarias y notariales que se derivan de la adquisición y propiedad de dicho activo.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos aclarar que nada impide que bajo el principio de autonomía de la voluntad que rige las relaciones entre los particulares se acuerde que dichos gastos sean cubiertos por el locatario y, en tal virtud, el establecimiento de crédito que ha incurrido en ellos, si es del caso, los traslade al locatario -quien en últimas disfrutará del uso y goce del inmueble- al momento de la celebración del contrato como un mayor valor de los cánones o de la opción de adquisición del bien.

2. Valor de la escritura a la terminación del contrato.

Para absolver lo relacionado con los derechos notariales y de registro ocasionados por el contrato de leasing, nos remitimos al aparte que sobre el tema trae la página web de la

Analizada la disposición transcrita, se observa que el decreto reglamentario citado reiteró la definición que de arrendamiento financiero consagra el decreto 913 de 1993¹; en tal sentido, la figura del leasing habitacional que trae la ley 795 de 2003 goza de las mismas características del leasing o arrendamiento financiero en sentido amplio, con algunas particularidades que no modifican en nada la esencia del contrato en comentario.

Así, tenemos que el leasing financiero -incluida la modalidad de habitacional- es un contrato mediante el cual una parte -el establecimiento de crédito, *propietario del bien*- entrega a la otra un activo productivo para

1 “La entrega a título de arrendamiento de bienes adquiridos para el efecto, financiando su uso y goce a cambio de cánones que recibirá dentro de un plazo determinado, pactándose para el arrendatario la facultad de ejercer al final del período una opción de compra.

En consecuencia, el bien deberá ser de la compañía arrendadora, derecho de dominio que se conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra. Así mismo debe entenderse que el costo del activo dado en arrendamiento se amortizará durante el término de amortización del contrato, generando la respectiva utilidad”.

Federación Colombiana de Compañías de Leasing "Fedeleasing":

"Según lo establecido por el Decreto 1681 de 1996, los derechos notariales para elevar a escritura pública un contrato de leasing inmobiliario se liquidan sobre la suma total de los cánones estipulados en el mismo.

En el caso de que el locatario ejerza la opción de adquisición, los derechos notariales se liquidan sobre el valor por el cual se está adquiriendo el bien a título de leasing (Resolución 037 de 1998, Superintendencia de Notariado y Registro).

Los derechos de registro de los contratos de leasing generalmente se liquidan tomando como base el total de los cánones pactados. En cuanto a los derechos por el registro de la transferencia del dominio al locatario cuando este ejerce opción de adquisición, se liquidan tomando como base el valor de dicha opción, independientemente de que el contrato de leasing conste o no en escritura pública, y se haya o no registrado". (Fedeleasing, página web: www.fedeleasing.org.co, ícono: preguntas y respuestas).

3. Pago de los seguros y garantías que pueden exigir las entidades.

Sobre el tema de los seguros dispone el artículo 8 del Decreto 777 de 2003 que son seguros obligatorios en el contrato de leasing habitacional el de incendio y terremoto²; opcionalmente, señala la norma, podrá el locatario tomar otras seguridades como lo es el seguro de vida. En tal sentido y conforme se deduce de la norma en comento, corresponde al locatario asumir el costo de

tales seguros, pues siendo él quien tiene el uso y goce del inmueble, debe igualmente asumir el costo de las seguridades propias del bien.

De otra parte, conforme lo señala la ley, la entidad financiera está legalmente facultada

La entidad financiera
está legalmente
facultada "para exigir
al locatario las
garantías que a su
juicio considere
necesarias para
garantizar el
cumplimiento de las
obligaciones derivadas
del contrato".

"para exigir al locatario las garantías que a su juicio considere necesarias para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato" (literal f) del art. 3° del Decreto 777 de 2003). En virtud de la anterior disposición, la entidad financiera goza de total libertad para exigir al locatario no sólo los seguros a que se hizo referencia sino cualquier otra garantía que estime necesaria para la asunción del riesgo de la operación como lo sería la firma de

pagarés en blanco, según la costumbre de las entidades financieras en este tipo de contratos.

2 "El contrato de leasing habitacional tendrá como mínimo los siguientes seguros:

- a) Seguro contra incendio y terremoto que ampare el bien inmueble.
- b) Opcionalmente, el locatario podrá tomar un seguro de vida en los términos que se acuerde con las entidades autorizadas. Por ser optativo, la entidad autorizada deberá informar suficientemente al locatario, al momento de la celebración del contrato de leasing habitacional, el alcance de la cobertura y las consecuencias en el evento de no tomar el amparo.

El locatario podrá tomar los seguros a que haya lugar directamente con las compañías de su elección. No obstante, podrá pactar dentro del contrato de leasing habitacional que las mencionadas pólizas puedan ser tomadas por la entidad autorizada por su cuenta".

4. Costos financieros permisibles y tasas de interés máximas permitidas.

En materia de tasas de interés remuneratorio en el contrato de leasing, le manifiesto que la ley no estableció tope alguno; por tal razón, las entidades financieras deberán sujetarse a los límites máximos establecidos en la ley (art. 884 del Código de Comercio y 305 del Código Penal).

Ahora bien, en punto a los costos financieros permitidos en este tipo de contratos, le informo que no existe disposición legal que se refiera al tema; por tal razón, tal aspecto responderá a las condiciones que se acuerden entre la entidad financiera y el cliente en el respectivo contrato, pues no puede perderse de vista que conforme al literal b) del artículo 4 del Decreto 777 de 2003, las condiciones financieras del contrato de leasing habitacional pueden ser libremente establecidas por las partes.

Sobre este tema y para su información, transcribimos el concepto No. 2001054420-4 del 28 de febrero de 2002 proferido por esta Entidad, en el cual se ilustra acerca de los componentes de los cánones periódicos en el leasing financiero, los cuales resultan aplicables al leasing habitacional:

"(...) respecto de los componentes del canon tenemos, acudiendo a lo preceptuado por el citado artículo 2 del Decreto 913 de 1993, que '(...) básicamente se integra a partir de dos conceptos: la suma de dinero destinada a la amortización del costo del activo dado en arrendamiento y aquella que se contabiliza como la utilidad originada en la inversión en la adquisición del activo objeto del leasing. Esta utilidad no es otra que el interés que el arrendador cobra al arrendatario en leasing derivado de la citada inversión, por lo cual tal componente está igualmente sometido a los límites legales en materia de las tasas de interés

Al respecto, ya el Consejo de Estado al estudiar la naturaleza del contrato de leasing precisó que los intereses hacen parte integrante del

canon de arrendamiento. En efecto la citada corporación (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: Dr. José Ignacio Narváez García), en sentencia del 14 de diciembre de 1988 al negar la nulidad del artículo 19 del Decreto 570 de 1984 (norma que establecía, en ese entonces, la base gravable en los contratos de arrendamiento financiero leasing), señaló:

Es pertinente agregar que en la fijación del canon la compañía arrendadora siempre toma en cuenta factores de índole financiera y técnica, que inclusive fiscalmente inciden estas consideraciones 1. Los bienes objeto del leasing constituyen para ella un activo fijo ya que los adquiere para arrendarlos y obtener ingresos por el arriendo, pues aunque a la expiración de este eventualmente los enajene, la evidencia es la incertidumbre de esa compraventa ya que depende de que el cliente ejerza el derecho de opción; 2. Como consecuencia, tales bienes productores de renta para la compañía leasing son depreciados por esa durante el término de la vida útil que les señala la ley, por cualquiera de los sistemas legalmente permitidos; 3. En el término del arriendo, el usuario paga los cánones por el uso o disfrute del equipo o maquinaria y asume los gastos de mantenimiento, los cuales cancela al fabricante o proveedor o el taller autorizado, pero los beneficios de la garantía de fabricación los recibe el arrendatario.

(...).

Tanto en el arrendamiento tradicional que confiere al arrendatario el uso, goce o disfrute de una cosa como en el leasing, cuya finalidad específica es financiar la utilización de determinados bienes productivos, el canon que fija o conviene el arrendador incluye todos los cargos adicionales en la adquisición tales como gastos de instalación, de inspección de consultoría, intereses, fletes, etc., así como cualquier otro indirecto que incida para determinar el valor del servicio. *En el leasing se pone más de relieve esa situación ya que por consistir básicamente en una técnica financiera que permite realizar cierta inversión amortizable con la renta que produce la explotación económica de un bien, es lógico que el canon comprenda esa inversión que hace el arrendador, menos un valor residual, y además un interés calculado mensual o anualmente y las erogaciones propias de la operación (accesorios, acarreo, instalaciones, etc.). Aunque conviene advertir que el arrendatario soporta siempre los gastos de manteni-*

miento, reparaciones, seguros y, en general, todos los riesgos técnicos (...) (se resalta).

Es claro entonces, que uno de los componentes esenciales del canon de arrendamiento en el contrato de leasing lo constituyen los intereses, que son cobrados por la entidad financiera al arrendatario del mismo, los cuales en su carácter de remuneratorios deberán sujetarse a los límites máximos establecidos en la ley, de conformidad con lo expuesto por esta Superintendencia a través de Circular Externa 051 del año en curso³

Por último, valga recordar que la Superintendencia Bancaria de Colombia en su condición de autoridad administrativa y de acuerdo con las funciones y facultades legales otorgadas (Decreto 663 de 1993 modificado por las Leyes 510 de 1999 y 795 de 2003) carece de facultades para intervenir en los contratos que celebran las entidades vigiladas, pues, tal como lo ha señalado esta Entidad en reiteradas oportunidades, las condiciones de los contratos que celebran o pretenden celebrar las entidades financieras y sus clientes responden al mutuo acuerdo de las partes, de conformidad con el artículo 1524 del Código Civil, según el cual los contratantes son libres para fijar los términos y condiciones a que se sujetan, siempre y cuando éstos al celebrarlos acaten las prescripciones legales, se respete el orden público y las buenas costumbres.

Bajo el anterior presupuesto, el contrato de leasing habitacional se rige por las condiciones y términos que acuerden las partes en el mismo: institución bancaria y locatario, el cual en todo caso deberá ceñirse a las disposiciones legales vigentes, las cuales para el caso del leasing habitacional y hasta que el Gobierno Nacional expida una nueva reglamen-

Uno de los componentes esenciales del canon de arrendamiento en el contrato de leasing lo constituyen los intereses, que son cobrados por la entidad financiera al arrendatario del mismo, los cuales en su carácter de remuneratorios deberán sujetarse a los límites máximos establecidos en la ley.

tación conforme a lo ordenado por la Sentencia C-936 de 2003 de la Corte Constitucional, son las contenidas en el artículo 1 de la Ley 795 de 2003, Decretos 777 y 779 del mismo año y en el Capítulo Octavo del Título Tercero de la Circular Básica Jurídica - C.E. 007 de 1996- proferida por esta Entidad (...).»

3 Superintendencia Bancaria, oficio No. 2000025368-1 del 3 de agosto de 2000.

Tarjeta de crédito

Concepto 2003061043-1 del 12 de febrero de 2004

Síntesis: *Autonomía contractual; prerrogativa comercial para que las financiaciones a un mes no generen el pago de intereses; límites a las tasas de interés.*

«(...) consulta si con relación a las financiaciones efectuadas por medio de tarjetas crédito, los bancos pueden cobrar intereses corrientes cuando el tarjetahabiente a la presentación del extracto de pago escoge la opción de pagar la totalidad de los consumos del mes inmediatamente anterior, antes de la fecha límite de pago.

(...)

Con la precisión anterior, se efectúan los siguientes comentarios a título meramente ilustrativo, con el alcance previsto en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo:

1.- En primer lugar cabe señalar que no existe en las disposiciones aplicables a las instituciones vigiladas por esta Superintendencia, básicamente contenidas en el EOSF, ni tampoco en las normas del Código de Comercio (y por esta vía las consagradas en el Código Civil en materia de obligaciones y contratos) que regulan los contratos comerciales, ni menos aún en aquellas que especialmente reglamentan los contratos bancarios tales como el de apertura de crédito y descuento (contrato a partir del cual se expiden las tarjetas crédito) ley, decreto, norma legal alguna que regule la situación por usted consultada, esto es, que describa o regule la forma como los establecimientos bancarios deben cobrar las sumas de intereses sobre las utilizaciones efectivamente realizadas por su tarjetahabiente, cuando las mismas se paguen en una sola cuota, o se pague la totalidad de las utilizaciones realizadas en un período determinado.

En este sentido será preciso acudir a lo convenido en el respectivo contrato de apertura de crédito con base en el cual se expidió el citado instrumento, pues ante la ausencia de norma legal son las partes las llamadas a regular dicho aspecto en desarrollo de la autonomía contractual.

Al respecto cabe recordar que algunas entidades bancarias pactan en esta clase de contratos, como *prerrogativa comercial*, que las financiaciones a un mes no generarán el pago de intereses en tanto el mismo se realice antes de la fecha límite del mismo y tal opción se manifieste al momento de utilizarse el respectivo instrumento crediticio. A su turno otras entidades crediticias no consagran este beneficio pues estiman, por política comercial, que la financiación debe cobrarse desde la fecha de la facturación, sobre el total de la utilización y hasta el momento del pago.

No obstante es claro que los intereses de financiación, en caso de que se cobren por no existir la prerrogativa mencionada, deben corresponder efectivamente al período financiado, esto es, a aquel comprendido desde el momento de la utilización del crédito (derivado por la adquisición de bienes o servicios) y el pago del mismo a la tasa previamente convenida o informada con anterioridad por la entidad bancaria para ser aplicada al momento de

la utilización. Por esta razón no es lícito que el establecimiento bancario cobre intereses sobre el período restante a financiar en caso de que el tarjetahabiente haya señalado al momento de disponer del cupo de crédito (uso de la tarjeta) un plazo inicialmente mayor de financiación al efectivamente utilizado salvo pacto expreso en materia de prepago¹.

2.- En todo caso, en materia de intereses las instituciones vigiladas (entre ellas los bancos) deben sujetarse a los límites máximos establecidos en la ley y en los términos señalados por los instructivos proferidos por esta Agencia Gubernamental. Es así como para los anteriores efectos esta Superintendencia, en los actuales términos de la Circular Externa 046 de 2003 que modificó el literal f) del capítulo I del título II de la Circular Básica Jurídica² efectúa algunas precisiones a *sus entidades vigiladas* en torno al tema de los límites a las tasas de interés, acto administrativo que puede usted consultar en nuestra página Internet en el enlace de normatividad y/o publicaciones/boletines.

3.- Así mismo toda entidad financiera en la realización de su actividad está obligada a emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes, según lo indica perentoriamente el subnumeral 4.1 del numeral 4° del artículo 98 del EOSF, modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003, en los siguientes términos:

"4. Debida prestación del servicio y protección al consumidor.

4.1 Deber general. Las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, en cuanto desarrollan actividades de interés público, *deberán emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes a fin de que éstos reciban la atención debida en el desarrollo de las relaciones contractuales que se establezcan con aquellas* y, en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones (se resalta).

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

(...))»

1 En punto a la posibilidad de prepagar obligaciones dinerarias así como también en cuanto al pacto de cualquier penalidad por prepago o por pronto pago de las mismas cabe señalar que tales estipulaciones son de lícita estipulación en tanto no se trate de créditos destinados a la financiación de vivienda (Ley 546 de 1999), por lo cual habrá de estarse a lo convenido entre las partes contratantes en dicho aspecto.

Así por ejemplo, refiriéndonos al término o plazo al que se somete el cumplimiento de una obligación crediticia (contrato de mutuo), procede hacer referencia al artículo 2229 del Código Civil -norma aplicable a las obligaciones mercantiles por remisión del artículo 822 del Código de Comercio-, el cual dispone que "Podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, aún antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses". Se observa entonces que el plazo opera en favor tanto del deudor, quien no se encontrará obligado a cumplir con su obligación antes del tiempo pactado para ello, como del acreedor, quien no podrá ser obligado a recibir la suma prestada al mutuario antes del vencimiento del plazo y por lo tanto a perder los intereses que iban a constituir su lucro en la realización de ese contrato.

En este sentido, cabe señalar que el acreedor se encuentra también facultado para decidir si renuncia al plazo o no, de manera que bien puede optar por aceptar el pago anticipado pero sin que ello implique que tenga que perder los intereses pactados, cuya causación no se produciría de interrumpirse el plazo inicialmente convenido. También puede optar tanto por renunciar al plazo faltante como a los intereses que en el interregno se producirían si esa es su voluntad.

2 Esta Circular modificatoria (por medio de la cual se adecuan las instrucciones en materia de tasas máximas de interés) fue publicada en el Boletín 759 de Diciembre 24 de 2003 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Capítulo Superintendencia Bancaria.

Tarjetas crédito débito

Concepto 2004011934-1 del 5 de mayo de 2004

Síntesis: *Disposiciones y procedimientos para la devolución de dos (2) puntos del IVA por adquisiciones con tarjetas crédito y débito. La devolución la efectúa la entidad financiera.*

«(...) plantea unos interrogantes relacionados con la devolución del IVA por consumo con tarjetas de crédito y débito y consulta "(...) si esta supuesta devolución, es automática o se requiere de alguna clase de trámite", me permito efectuar los siguientes comentarios:

En primera instancia, debe precisarse que el artículo 850 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 33 de la Ley 863 del 29 de diciembre de 2003, prevé:

"Artículo 850-1. Devolución del IVA por adquisiciones con tarjetas de crédito o débito. Las personas naturales que adquieran bienes o servicios a la tarifa general y del diez por ciento (10%) del Impuesto sobre las Ventas mediante tarjetas de crédito o débito, tendrán derecho a la devolución de dos (2) puntos del Impuesto sobre las Ventas pagado. La devolución anteriormente establecida solo operará para los casos en que el adquirente de los bienes o servicios no haya solicitado los dos puntos del impuesto de IVA como impuesto descontable.

La devolución aquí prevista procederá igualmente cuando la adquisición de bienes o servicios se realice con otro tipo de tarjetas o bonos que sirvan como medios de pago, caso en el cual las empresas administradoras de los mismos deberán estar previamente autorizadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, reuniendo las condiciones técnicas que dicha entidad establezca, a efectos de poder contar con los datos de identificación y ubicación del adquirente de los bienes o servicios gravados a la tarifa general o a la tarifa del diez por ciento (10%).

El Gobierno Nacional determinará la forma y condiciones de la devolución para que esta se haga efectiva antes del 31 de marzo del año

siguiente a la fecha de la adquisición, consumo o prestación del servicio.

La devolución del IVA se podrá realizar a través de las entidades financieras mediante abono en una cuenta a nombre del tarjetabiente" (se resalta).

Posteriormente, se expidió el Decreto 428 del 12 de febrero de este año, mediante el cual se reglamentó el artículo 850, numeral 1 del Estatuto Tributario antes transcrito, que señaló el procedimiento para efectuar la devolución del IVA por adquisiciones con tarjetas de crédito o débito expedidas por los establecimientos de crédito, en los siguientes términos:

"Artículo 2°. Procedimiento para efectuar la devolución. Cuando la adquisición de bienes o servicios que den lugar a devolución se efectúe mediante *tarjeta débito*, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales realizará dicha devolución a través del establecimiento de crédito emisor de la tarjeta, el que acreditará los recursos correspondientes en la cuenta corriente o de ahorros a la cual pertenezca la tarjeta.

Cuando la adquisición de bienes o servicios se efectúe mediante *tarjetas de crédito*, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales realizará la devolución a través del establecimiento de crédito al que se encuentre asociada la respectiva tarjeta, *mediante la acreditación de los recursos correspondientes en la cuenta corriente o de ahorro a la cual se encuentre asociada la tarjeta o mediante la acreditación de los recursos correspondientes en el saldo a pagar o como saldo positivo de la tarjeta de crédito, cuando esta no se encuentre asociada a ninguna cuenta corriente o de ahorro.*

La devolución se hará *por intermedio de los establecimientos de crédito emisores de tarjetas débito y/o*

crédito, con base en la información suministrada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, con cargo a los recursos que los establecimientos de crédito tengan a favor de la mencionada entidad en su calidad de entidades recaudadoras.

Cuando los establecimientos de crédito emisores de tarjetas crédito y/o débito no tengan convenio vigente para recaudar impuestos con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la devolución a que se refiere este Decreto, se efectuará con cargo a los recursos de la cuenta que la Dirección General de Crédito Público y del Tesoro Nacional habilite al Nivel Central de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de la cual se girarán los recursos a los establecimientos de crédito para que estos abonen a cada uno de los tarjetahabientes el valor objeto de la devolución que dicha Entidad señale (...).

Artículo 6°. Término para efectuar la devolución. La devolución de los dos (2) puntos del impuesto sobre las ventas pagado se deberá efectuar cada tres (3) meses, en los meses de enero, abril, julio y octubre, en lo que corresponde a las adquisiciones de bienes o presta-

ción de servicios realizadas en el trimestre inmediatamente anterior".

Así mismo, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN expidió la Resolución 2144 del 17 de marzo de este año, por la cual señala la información que debe ser presentada a la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en aplicación a lo dispuesto en la normatividad antes señalada, por parte de las redes de procesamiento de transacciones efectuadas con tarjetas crédito y/o débito y administradores de datáfonos y *por los establecimientos de crédito emisores de tarjetas de crédito y/o débito*.

De las normas antes citadas se establece que en el caso consultado, la devolución la efectuará directamente las entidades financieras mediante el abono en una cuenta a nombre del titular de la tarjeta de crédito, según los términos y condiciones antes señalados, por lo cual serán éstas instituciones las encargadas de realizar el trámite respectivo.»

Cuando la adquisición de bienes o servicios que den lugar a devolución se efectúe mediante tarjeta débito, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales realizará dicha devolución a través del establecimiento de crédito emisor de la tarjeta, el que acreditará los recursos correspondientes en la cuenta corriente o de ahorros a la cual pertenezca la tarjeta.

Temas de Consulta

*Adopción de las medidas cautelares
establecidas en el Estatuto Orgánico
del Sistema Financiero*

*Facultades de inspección,
vigilancia y control*

*Prohibiciones e inhabilidades de los
funcionarios públicos al momento
de retirarse del servicio*

*Uso de la información crediticia
de las centrales de riesgo*

*ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ESTABLECIDAS
EN EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO*

A continuación presentamos un pronunciamiento interno de la Dirección Jurídica de la Superintendencia Bancaria de octubre de 2003, sobre la necesidad de concepto previo del Consejo Asesor del Superintendente Bancario de Colombia para la adopción de las medidas cautelares establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

«De manera atenta me refiero a su memorando del pasado 3 de septiembre, mediante el cual solicita concepto acerca de la obligación de consultar previamente al Consejo Asesor para adoptar alguna de las medidas cautelares previstas en el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dado lo establecido en el párrafo 2° del artículo 334 ibídem, pues en opinión de esa Delegatura, aunque el caso no se encuentra expresamente señalado en el numeral 1° de éste último precepto, dicha actuación debe surtirse según se deduce de lo dispuesto en el párrafo segundo del mismo.

Así mismo, requiere la opinión de esta Dirección en torno a si es procedente consultar dicho órgano en aquellos casos en que la entidad vigilada solicite el desmonte progresivo de sus operaciones financieras y se considere prudente acceder a dicha petición. De igual manera considera esa área que en caso de que se niegue la adopción de la medida no se requeriría el concepto previo del Consejo Asesor.

Al respecto, proceden los siguientes comentarios:

1.- En primer término se considera oportuno transcribir el artículo 334 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, así:

“1. Del Consejo Asesor. El Superintendente Bancario tendrá un Consejo Asesor integrado por cinco (5) expertos en materia económica, financiera y de legislación general, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República, y cuyos honorarios serán fijados por resolución ejecutiva.

El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones y dictámenes no obligarán al Superintendente Bancario. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los siguientes casos:

- a) Para otorgar la autorización de funcionamiento de una institución financiera o entidad aseguradora o cuando se proyecta su conversión, fusión, adquisición, transformación y escisión;
- b) Para decidir si se prorrogan o no las autorizaciones vigentes a las entidades mencionadas en el literal anterior;
- c) Para adoptar las medidas que deban imponerse en los casos de ejercicio ilegal de la actividad financiera y aseguradora;
- d) Para resolver si se dispone o no la liquidación de una institución vigilada o se adopta cualquier otra determinación que pueda afectar sustancialmente la situación jurídica de la misma, y
- e) En los demás casos previstos en la ley.

Parágrafo primero.- Corresponde al Consejo Asesor dictarse su propio reglamento.

Parágrafo segundo.- Cuando se trate de la adopción de una medida cautelar y no se obtenga el quórum necesario para deliberar, el Superintendente Bancario podrá proceder de conformidad, sin que se requiera del concepto previo de que trata este numeral". (se resalta).

Es del caso señalar que además de los eventos relacionados en el artículo transcrito, también es obligatorio oír el concepto previo del Consejo Asesor para adoptar o decretar la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, tal como lo dispone el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Así mismo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 795 del 2003, es obligatorio oírlo cuando la Superintendencia Bancaria ordene, en coordinación con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, la exclusión de activos y pasivos de un establecimiento de crédito, cuando la medida sea necesaria a juicio del Superintendente Bancario.

Ahora bien, para el caso concreto de la adopción de medidas cautelares, diferente de la exclusión de activos y pasivos de un establecimiento de crédito, de la lectura simple y aislada del parágrafo resaltado se podría concluir, en principio, que es obligatorio escuchar el concepto previo del Consejo Asesor cuando se pretenda la adopción de cualquier medida cautelar.

Sin embargo efectuando una interpretación sistemática¹ del mismo, esto es, como parte integrante del texto o precepto jurídico al que pertenece, se llega a una conclusión diferente, valga decir, que para la adopción de una medida cautelar sólo es obligatorio oír el concepto previo del Consejo Asesor cuando la misma pueda afectar sustancialmente la situación jurídica de la entidad vigilada (con excepción de la exclusión de activos y pasivos de un establecimiento de crédito). En otras palabras, la medida cautelar que no tenga la virtualidad de afectar sustancialmente la situación jurídica de una entidad vigilada no requiere para su adopción por parte de esta Superintendencia de escuchar obligatoriamente a dicho órgano de consulta.

Es obligatorio oír el concepto previo del Consejo Asesor para adoptar o decretar la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, tal como lo dispone el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

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

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

Se considera oportuno aclarar que la obligación consiste en convocar y escuchar el concepto del Consejo Asesor para la adopción de la medida, mas no significa que el dictamen o la opinión que se dé sobre el particular deba ser de carácter obligatorio, dado que corresponde a un órgano auxiliar de carácter consultivo.

En este punto, se considera oportuno aclarar que la obligación consiste en convocar y escuchar el concepto del Consejo Asesor para la adopción de la medida, mas no significa que el dictamen o la opinión que se dé sobre el particular deba ser de carácter obligatorio, dado que corresponde a un órgano auxiliar de carácter consultivo. Luego la responsabilidad de la decisión se radica en cabeza del Superintendente Bancario, sin que la misma sea delegable.

Ahora bien, examinemos en cuáles de los casos descritos en el numeral 1 la adopción de una medida cautelar comporta una modificación sustancial de la situación jurídica

de una entidad vigilada. En criterio de esta Dirección tenemos que los señalados en los literales c) y d), por cuanto en el primero de ellos es claro que se deben adoptar una o varias de las medidas contempladas en el numeral 1º del artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (suspensión inmediata de las actividades, disolución de la persona jurídica y liquidación rápida y progresiva de las operaciones realizadas ilegalmente) cuando se evidencia el ejercicio ilegal de la actividad financiera y aseguradora.

Así mismo en el caso del literal d), *pues si se pretende adoptar una medida que pueda afectar sustancialmente la situación jurídica de una entidad vigilada a través de cualquier de las medidas de salvamento o cautelares señaladas en el artículo 113 ibídem*, debe convocarse al Consejo Asesor y de no ser posible deliberar por falta de quórum, el Superintendente procede a la toma de la decisión obviando el concepto.

Cabe destacar, entonces, que será necesario establecer frente a cada situación en particular si la medida de salvamento a adoptar modifica sustancialmente la situación *jurídica* de la entidad y determinar si debe o no convocarse al Consejo Asesor.

Es así como, en el caso de la vigilancia especial (medida encaminada a exigir a la entidad el cumplimiento de una serie de requisitos y efectuar una supervisión rigurosa y detallada sobre sus operaciones); de la recapitalización (se ordena la inyección de capital fresco en la sociedad) y del programa de recuperación (a través del cual se restablece la situación financiera a través de mecanismos adecuados), como quiera que no modifican sustancialmente la situación jurídica de la entidad no se requeriría, entonces, convocar al Consejo Asesor para escuchar su concepto previo.

Situación diferente se presenta frente a la adopción de la figura de la fusión (una de las sociedades se disuelve sin liquidarse para ser absorbida por la otra) y de la administración fiduciaria de los bienes y negocios de la entidad (el objeto social es desarrollado por un tercero que indica la Superintendencia Bancaria), por cuanto en estos casos se afecta la situación jurídica de la entidad, razón por la cual procedería escuchar al Consejo Asesor.

En cuanto a la cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos sería necesario determinar las condiciones en que se realiza y los efectos de éstas frente a la sociedad, es decir, si se continúa a futuro desarrollando las operaciones propias del contrato social o si esta conlleva una posible liquidación de la sociedad, caso en el cual procede oír obligatoriamente al órgano consultor. Esta es una circunstancia que debe ser apreciada en cada caso, y en prin-

cipio, es claro que será obligatorio el concepto previo del Consejo Asesor en las cesiones y exclusiones totales de activos y pasivos.

Finalmente, en relación con el programa de desmonte progresivo teniendo en cuenta que procede cuando la institución vigilada prevea que en el mediano plazo no pueda continuar cumpliendo con los requerimientos legales para funcionar en condiciones adecuadas y que por lo general tiene como propósito el marchitamiento de sus operaciones para liquidarse, se considera que la misma afectaría el desarrollo del objeto social y, por ende, su situación jurídica, razón por la cual sí procedería el concepto del órgano consultor.

Debe precisarse, en todo caso, que en los eventos descritos en los literales del numeral 1° del artículo 334 y para la toma de posesión, en los que es obligatorio oír el concepto previo del Consejo Asesor, el Superintendente bancario podrá proceder a la toma de la decisión respectiva, sin que sea obligatorio escuchar dicho concepto previo, cuando no se obtenga el quórum necesario para deliberar. La razón de esta disposición es elemental, ante una situación que se presente en una entidad vigilada que exija la intervención inmediata de este organismo, como podría ser el caso de una corrida de depósitos, mal podría dejar de tomarse la medida de intervención mientras se logra reunir el Consejo Asesor, toda vez que la experiencia demuestra que en algunos casos las situaciones que demandan la intervención deben ser tomadas con suma urgencia, y como lo contempla la legislación, son medidas de aplicación inmediata cuya ejecución o cumplimiento no se suspende por cualquier recurso legal que contra tales medidas proceda.

2.- De otro lado, en torno al tema referente a si la medida del desmonte de operaciones financieras cuando es solicitada por la entidad requiere obligatoriamente escuchar el concepto del órgano consultor, importa destacar que el hecho de que sea requerida por la institución vigilada no le cambia el carácter de medida cautelar que pueda afectar la situación jurídica de la institución; por consiguiente, procedería la opinión de dicho consejo a menos que el mismo sea convocado y no exista quórum para decidir, situación en la cual el Superintendente podría proceder de conformidad.

Así mismo, es obvio que al negarse la adopción de la medida no se requeriría escuchar al Consejo Asesor, toda vez que el caso descrito en el literal d) del artículo 334 es para adoptar cualquier determinación que afecte la situación jurídica de la entidad vigilada, lo cual significa que debe escucharse cuando se piensa acoger, aceptar o hacer efectiva la misma.

En conclusión y resumen de lo expuesto, tratándose de la adopción de medidas cautelares debe escucharse al órgano consultor, aunque su concepto no obligue, en los siguientes casos:

- Para ordenar una fusión.
- Para ordenar la administración fiduciaria.
- Para ordenar la exclusión de activos y pasivos de un establecimiento de crédito.
- Para ordenar la cesión de activos, pasivos y contratos siempre y cuando con tal medida se afecte sustancialmente la situación jurídica de la institución vigilada.
- Para adoptar el programa de desmonte progresivo.

Por supuesto, a fin de evitar cualquier duda al respecto, es claro que debe convocarse obligatoriamente al Consejo Asesor para el caso de la toma de posesión, que no es propiamente una medida cautelar, sino el mecanismo más significativo o grave de intervención o policía administrativa que puede adoptar esta Superintendencia, que como es sabido puede ser para administrar o para liquidar la entidad.

De todas formas si convocado tal Consejo no se reúne el quórum para deliberar, el Superintendente podrá proceder de conformidad.»

FACULTADES DE INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL

Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C. P. Susana Montes de Echeverri. Concepto del 18 de septiembre de 2003. Expediente 1.533.

Síntesis: *Debido proceso y derecho de defensa en las actuaciones ante la Superintendencia de Sociedades. No se violan si no se da traslado de pruebas en la etapa de investigación como consecuencia de las facultades de inspección, vigilancia y control que tienen las superintendencias, pues en dicha etapa no existe aún un cargo contra nadie y, por lo mismo, la actuación es unilateral de la administración, pues se busca establecer si existe o no, razonablemente, necesidad de iniciar investigación propiamente tal por aparecer la posible existencia de una conducta irregular o de un hecho sancionable administrativamente y sobre sus eventuales autores, que amerite la formulación de cargos concretos.*

«(...)

El Señor Ministro de Comercio, Industria y Turismo formuló a la Sala la siguiente consulta:

¿Es violatorio del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia el hecho de que la Superintendencia de Sociedades no de traslado de las pruebas que obran en el expediente a los posibles responsables de operaciones, actos o hechos que pudieren transgredir la ley o los estatutos de una sociedad comercial, con el fin de que ejerzan su derecho de defensa, con anterioridad al momento de la formulación de los pliegos de cargos?

Como fundamento de su consulta explicó en síntesis, lo siguiente:

1. Planteamiento del problema.

En cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia tiene la facultad de realizar visitas generales y para adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades observadas y, si es necesario, investigar las operaciones finales o intermedias realizadas por la sociedad visitada con cualquier persona o entidad no sometida a su vigilancia.

Cuando en desarrollo de tales visitas constata operaciones de las empresas, sus administradores o terceras personas que pueden generar observaciones relativas al cumplimiento de la ley o de los estatutos sociales, formula pliegos de cargos a los posibles infractores a fin de que éstos puedan dar las explicaciones que estimen pertinentes.

En cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia tiene la facultad de realizar visitas generales y para adoptar las medidas a que haya lugar para que se subsanen las irregularidades observadas.

No obstante el traslado de cargos, algunas personas argumentan que se les viola el derecho a su defensa pues en desarrollo de las visitas se practican pruebas sin dar a los administrados la posibilidad de controvertir su mérito antes de la formulación de los cargos.

La Superintendencia considera que los documentos y declaraciones que se recolectan durante una visita administrativa tienden a determinar si existen irregularidades que ameriten la apertura de una investigación contra uno o más sujetos determinados. Por lo mismo, no es procedente dar a conocer a ninguna persona, prematuramente, información recaudada de manera preliminar, pues en esta etapa no cuenta la entidad aún con los elementos de juicio suficientes para deducir posibles responsabilidades. Además, considera la Superintendencia, que suministrar anticipadamente cualquier información recogida podría entorpecer o malograr el buen suceso de la investigación.

En consecuencia, la entidad viene actuando bajo la convicción de que el traslado de las pruebas a los presuntos responsables procede únicamente cuando, con base en la visita realizada, encuentra suficientes razones para considerar que ciertas operaciones, actos o hechos pueden ser contrarios a la ley o los estatutos de la sociedad y, por tanto, que tales actos o hechos comprometen a una persona determinada, lo cual ocurre con el pliego de cargos.

(...)

Para absolver la consulta formulada, la Sala hace las siguientes **CONSIDERACIONES** :

1. Facultades de inspección, vigilancia y control:

Fundamentos constitucionales y legales.

➤ Artículo 150 numeral 8 de la C. N.:

"Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

8. Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

(...)"

➤ Artículo 189 numeral 24 de la C. N.:

"Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(...)

24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.

(...)"

➤ Ley 222 de 1995:

En desarrollo de las disposiciones constitucionales citadas, el legislador expidió la Ley 222 de 1995, por medio de la cual se modificó el Libro II del Código de Comercio, artículos 82 a 87, articulado reglamentado por medio de los Decretos 1080 de 1996 y 3100 de 1997, normas que en conjunto definen cuál es el alcance de cada una de las actividades de inspección, vigilancia y control, y se señalan las medidas que pueden adoptarse por la Superintendencia.

El artículo 82 de la citada ley dispone que:

"Competencia de la Superintendencia de Sociedades. El Presidente de la república ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes (...)"

En ejercicio de la función de *inspección*, puede la Superintendencia

"(...) solicitar, confirmar y analizar de manera ocasional, y en la forma, detalle y términos que ella determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa (...) o sobre operaciones específicas de la misma. La Superintendencia de Sociedades, de oficio, podrá practicar investigaciones administrativas a estas sociedades". (artículo 83).

En cumplimiento de la función de *vigilancia*, le corresponde al ente de control

"(...) velar porque las sociedades no sometidas a la vigilancia de otras Superintendencias, en su formación y funcionamiento y en el desarrollo de su objeto social, se ajusten a la ley y a los estatutos. La vigilancia se ejercerá en forma permanente.

Estarán sometidas a vigilancia, las sociedades que determine el Presidente de la República. También estarán vigiladas aquellas sociedades que indique el Superintendente cuando del análisis de la información señalada en el artículo anterior o de la práctica de una investigación administrativa, establezca que la sociedad incurre en cualquiera de las siguientes irregularidades:

(...)

Respecto de estas sociedades vigiladas la Superintendencia de Sociedades, además de las facultades de inspección indicadas en el artículo anterior, tendrá las siguientes (...)" (artículo 84).

El *control*, dispone el artículo 85, consiste:

"(...) en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra Superintendencia, cuando así lo determine el Superintendente de Sociedades, mediante acto administrativo de carácter particular.

En ejercicio del control, la Superintendencia de Sociedades tendrá, además de las facultades indicadas en los artículos anteriores, las siguientes: (...)"

La Corte Constitucional en diferentes providencias ha señalado el marco del ejercicio de las facultades de inspección, control y vigilancia que el Presidente de la República ejerce, en general, a través de las Superintendencias. Entre ellas, en la Sentencia C-233 de mayo 15 de 1997, dijo la Corte:

"(...) Es claro que las funciones de inspección, vigilancia y control, en el ámbito al que se refiere la norma que se acaba de citar, se inscriben dentro de la perspectiva más amplia de la necesaria intervención del Estado y del interés público que debe ser resguardado y también lo es que constituyen mecanismos especiales diseñados para realizar, de modo concreto y en un sector determinado de la actividad económica, las orientaciones generales de la política estatal y para verificar, en el área respecto de la cual operan, la cristalización de los imperativos anejos al interés colectivo.

Como surge del propio texto de la Carta, las mentadas funciones se han encomendado al Presidente de la República y, siendo evidente que no le es posible a quien es jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa, asumir directa y personalmente su cumplimiento, es obvio que la ley, en desarrollo de la Constitución Política, puede prever el adelantamiento de las labores inherentes a esa atribución presidencial por organismos especializados capaces de efectuarlas con la eficacia y la exhaustividad requeridas, pues de otro modo los propósitos superiores quedarían desvirtuados al tornarse nugatorias las aludidas funciones presidenciales y, por contera, las que en los asuntos económicos atañen al Estado, merced a expresa disposición constitucional (...)

Las Superintendencias, de acuerdo con lo expuesto, tienen un incuestionable fundamento constitucional y, fuera de otras tareas que le confíe la ley, ejercen ciertas funciones asignadas al Presidente de la República, dentro de las que se cuentan las relativas a la inspección, vigilancia y control sobre las entidades dedicadas a las actividades referidas en el artículo 189 superior (...)

Importa destacar que las funciones de inspección, vigilancia y control a las que se acaba de hacer referencia, deben llevarse a cabo por las Superintendencias encargadas bajo la orientación del Presidente de la República que es el titular de las respectivas competencias y, en todo caso, con absoluto ceñimiento a las pautas contenidas en la ley (...) y, en armonía con ese mandato, el artículo 150-8 superior otorga al Congreso la facultad de "expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución (...)".

Como lo explica la Corte, es amplio el ámbito funcional de competencia del Superintendente en el ejercicio de la inspección, vigilancia y control que sobre las sociedades le otorgan la Constitución y la ley, así como diversos los objetivos perseguidos con su ejercicio; además, sus facultades van desde la solicitud de información (art. 83), la práctica de visitas generales (art. 84-1) o especiales (85-6) y la adopción de determinaciones de muy diversa índole que incluyen hasta la disolución y liquidación de la sociedad en los casos establecidos por la ley (arts. 84, 85, 86 y 87 Ley 222 de 1995).

Como consecuencia del cumplimiento de cada una de las funciones atribuidas por la ley a la Superintendencia de Sociedades, pueden resultar investigaciones específicas (arts. 83, 84-1, 87-5).

2. Debido proceso.

De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política:

"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal (...)

Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

Sobre el alcance de la anterior disposición y, en especial, sobre la comprensión de lo que es el debido proceso y el derecho a la defensa como parte integrante de él, han sido múltiples los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, a través de los cuales se ha precisado cuáles son los principios rectores y las diferencias que respecto del mismo se presentan entre los procesos judiciales¹ y las actuaciones administrativas².

Para los efectos del análisis que hace la Sala con el fin de absolver la consulta formulada, transcribe los apartes pertinentes de las siguientes providencias:

➤ Sentencia C-131 de 2002 de la Corte Constitucional:

"(...) 2. Uno de los espacios en los que mayor incidencia ha tenido el constitucionalismo es el derecho procesal. En la tradición del positivismo formalista el derecho procesal estaba desprovisto de una vinculación sustancial con lo que era materia de litigio; se agotaba en una ritualidad cuya configuración se realizaba fundamentalmente en la instancia legislativa; era ajeno a propósitos que lo conectaran con los fines estatales y la protección de las garantías que lo integraban sólo se brindaba en esas actuaciones y bajo los estrechos parámetros de protección establecidos por el legislador. Así, no llamaba a interés el hecho de que, en materia de derechos, la sustancia que se tenía entre manos

Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

1 Sentencias de la Corte Constitucional T-181 de 1999; T 106 de 2000; T 553 de 2000, entre otras.

2 Sentencias de la Corte Constitucional: C-599 de 1992 sobre procesos por infracciones cambiarias; SU-620 de 1996, C-540 de 1997, C-872 de 1999; C-557 de 2001, entre muchas otras, sobre procesos por responsabilidad fiscal; C-892 de 1999 sobre procesos de carácter disciplinario; T-1021 de 2002 en procesos administrativos seguidos por la DIAN; Consejo de Estado Sección I, sentencia de 22 de abril de 1999, Exp. 5053, sobre procesos sancionatorios administrativos en Mindesarrollo.

se desvaneciera ante las ritualidades y formalidades de unos procedimientos que las más de las veces se explicaban por sí mismos y que perdían puntos de contacto con lo que era objeto de controversia.

Pero esa dimensión del derecho procesal ha sido superada pues el constitucionalismo ha rescatado las garantías centenariamente elaboradas como contenidos del derecho procesal para vincularlas inescindiblemente a la realización de las normas sustanciales. Las ha dotado de una teleología que no se explica a partir del solo rito o procedimiento sino en relación directa con las normas jurídicas que consagran los efectos jurídicos que las partes pretenden. Las ha redimensionado para darles ahora el carácter de facultades irrenunciables, históricamente consolidadas y positivizadas; esto es, para advertir en ellas derechos fundamentales.

Con ello, ha dotado al proceso de una nueva racionalidad pues ya no se trata de agotar ritualismos vacíos de contenido o de realizar las normas de derecho sustancial de cualquier manera sino de realizarlas reconociendo esas garantías irrenunciables pues su respeto ineludible también constituye una finalidad del proceso. Así, ha generado una nueva percepción del derecho procesal pues le ha impreso unos fundamentos políticos y constitucionales vinculantes y, al reconocerles a las garantías procesales la naturaleza de derechos fundamentales, ha permitido su aplicación directa e inmediata; ha generado espacios interpretativos que se atienen a lo dispuesto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; ha tornado viable su protección por los jueces de tutela y ha abierto el espacio para que el juez constitucional, en cumplimiento de su labor de defensa de los derechos fundamentales, promueva la estricta observancia de esas garantías, vincule a ella a los poderes públicos y penetre así en ámbitos que antes se asumían como de estricta configuración legal³.

3. En ese contexto, el derecho fundamental al debido proceso viene a compendiar todo ese cúmulo de garantías sustanciales y procesales que regulan la actividad jurisdiccional y administrativa orientada a la solución de controversias; garantías enarboladas desde el Estado liberal, consolidadas tras una ardua tensión entre el poder y la libertad, potenciadas por el constitucionalismo y que hoy se orientan a la racionalización del poder estatal en el trámite de los asuntos que se someten a decisión de las autoridades. Por ello, el debido proceso involucra la previa determinación de las reglas de juego que se han de seguir en las actuaciones procesales, garantiza la igualdad ante la ley de quienes se someten a la justicia o a la administración, asegura su imparcialidad y las sustrae de la arbitrariedad.

Ahora bien, es claro que las garantías que integran el debido proceso, y entre ellas el derecho de defensa, son de estricto cumplimiento en todo tipo de actuaciones, ya sean judiciales o administrativas, pues constituyen un presupuesto para la realización de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico. Ello es así por cuanto la concepción del proceso como un mecanismo para la realización de la justicia, impide que algún ámbito del ordenamiento jurídico se sustraiga a su efecto vinculante pues a la conciencia jurídica de hoy le repugna la sola idea de alcanzar la justicia pervirtiendo el camino que conduce a ella.

No obstante, si bien la racionalidad del Estado constitucional impide concebir un ámbito del ordenamiento jurídico que se sustraiga a la vigencia del derecho fundamental al debido proceso, es claro que las especificaciones de su ejercicio, en todo aquello que no ha sido objeto de expresa previsión por el constituyente, es un espacio reservado a la capacidad configuradora del legislativo. Ésta es la instancia adecuada para determinar las condiciones en que se ha de ejercer ese derecho, atendiendo los propósitos que se siguen en tales actuaciones, la naturaleza propia de cada una de ellas, los derechos cuya materialización se pretende y aquellos que pueden resultar correlativamente afectados.

3 Ya en varios pronunciamientos la Corte ha destacado la importancia que el derecho procesal asume en el constitucionalismo. Así, en la Sentencia C-029 de 1995, M. P. Jorge Arango Mejía, al declarar la exequibilidad del artículo 4º del Código de Procedimiento Civil expuso: "Las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que sólo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho".

Toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad.

Es por ello que de la sola consagración del debido proceso como derecho fundamental, no puede derivarse, en manera alguna, una idéntica regulación de sus distintos contenidos para los procesos que se adelantan en las distintas materias jurídicas pues, en todo aquello que no haya sido expresamente previsto por la Carta, debe advertirse un espacio apto para el ejercicio del poder de configuración normativa que el pueblo ejerce a través de sus representantes. De esta manera, debe comprenderse que la distinta regulación del debido proceso a que pueda haber lugar en las diferentes materias jurídicas, siempre que se respeten los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales, no es más que el fruto de un proceso deliberativo en el que, si bien se promueve el consenso, también hay lugar para el disenso pues ello es así ante la conciencia que se tiene de que, de cerrarse las puertas a la diferencia, se desvirtuarían los fundamentos de legitimidad de una democracia constitucional.

4. De acuerdo con lo expuesto, es claro que el respeto del debido proceso y el derecho de defensa es una exigencia de civilidad del Estado constitucional, que su efecto vinculante cobija a la justicia y a la administración y que, respetando su núcleo esencial, hay un amplio espacio para el despliegue de la capacidad normativa del legislador (...)" (se resalta).

➤ Sentencia T-1341 de 2001 de la Corte Constitucional:

"(...) 3.2 Breve descripción del alcance del derecho al debido proceso administrativo dentro del marco constitucional vigente

Como se ha afirmado en anteriores pronunciamientos de esta Corporación, el derecho fundamental al debido proceso, en los términos que establece el artículo 29 de la Carta Política, 'comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales'^{4, 5}

La aplicación del derecho fundamental al debido proceso en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, constituye un desarrollo del fundamento filosófico del Estado de derecho⁶. Por virtud de ello, toda autoridad tiene sus competencias definidas dentro del ordenamiento jurídico y debe ejercer sus funciones con sujeción al principio de legalidad, a fin de que los derechos e intereses de los administrados cuenten con la garantía de defensa necesaria ante eventuales actuaciones abusivas, realizadas por fuera de los mandatos constitucionales, legales o reglamentarios vigentes.

La Corte, por tal razón, ha dicho que dentro del campo de las actuaciones administrativas "el debido proceso es exigente en materia de legalidad, ya que no solamente pretende que el servidor público cumpla las funciones asignadas, sino además que lo haga en la forma como determina el ordena-

4 Sentencia T-416 de 1998.

5 Sentencia C-383 de 2000.

6 Vid. Sentencias T-120 de 1993, T-1739 de 2000 y T-165 de 2001.

miento jurídico".⁷ Efectivamente, las actuaciones de la Administración son esencialmente regladas y están sujetas a dicho principio de legalidad. El poder de actuación y decisión con que ella cuenta no puede utilizarse sin que exista una expresa atribución competencial; de no ser así, se atentaría contra el interés general, los fines esenciales del Estado y el respeto a los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos vinculados con una decisión no ajustada a derecho.

Debe entonces anotarse, para concluir esta consideración, que el objeto del derecho al debido proceso en el ámbito de la Administración Pública, es el de garantizar que sus actuaciones se sujeten al orden jurídico vigente "con el fin de tutelar la regularidad jurídica y afianzar la credibilidad de las instituciones del Estado, ante la propia organización y los asociados y asegurar los derechos de los gobernados"⁸. Este criterio fue ampliamente desarrollado por la Corte de la siguiente manera:

Se observa que el debido proceso se mueve dentro del contexto de garantizar la correcta producción de los actos administrativos, y por ello extiende su cobertura a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública, en la realización de sus objetivos y fines estatales, es decir, cubre a todas sus manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que realicen los particulares, a los procesos que por motivo y con ocasión de sus funciones cada entidad administrativa debe desarrollar y desde luego, garantiza la defensa ciudadana al señalarle los medios de impugnación previstos respecto de las providencias administrativas, cuando crea el particular, que a través de ellas se hayan afectado sus intereses.

El debido proceso tiene reglas de legitimación, representación, notificaciones, términos para pruebas, competencias, recursos e instancias garantías establecidas en beneficio del administrado, etapas que deben cumplirse dentro del procedimiento administrativo señalado. Se concluye que estos actos deben formarse mediante procedimientos previstos en la ley, que la observancia de la forma es la regla general, no sólo como garantía para evitar la arbitrariedad, sino para el logro de una organización administrativa racional y ordenada en todo su ejercicio, el cumplimiento estricto para asegurar la vigencia de los fines estatales, y para constituir pruebas de los actos respectivos, que permitan examinarlos respecto de su formación, esencia, eficacia y validez de los mismos".⁹

Por último, es importante resaltar que al ser el derecho al debido proceso un presupuesto esencial de la legalidad de las actuaciones y procedimientos administrativos, en los cuales se vea envuelta la garantía de la protección y realización de los derechos de las personas, su efectividad no puede apreciarse como algo estrictamente formal.

En efecto, el derecho al debido proceso satisface las exigencias que sean indispensables para asegurar la efectividad material de los derechos y de esta manera la prevalencia del derecho sustancial (C. P., art. 288), fin esencial del Estado social de derecho (C. P., art. 2o.). De esta manera, la garantía de la realización de una actuación o proceso adelantados en debida forma debe constituir una oportunidad material para que se otorgue adecuada protección de los derechos de las personas, mediante el ofrecimiento de todos los medios posibles y adecuados para lograr dicho fin.

Por consiguiente, se desconoce la realización objetiva del derecho material y la prevalencia del derecho sustancial cuando, por ejemplo, se obstruye la utilización de una regla procesal conducente a la efectividad del respectivo derecho alegado o, también, cuando la forma procesal que se pretende adoptar resulta ineficaz para alcanzar el propósito esperado con la misma¹⁰, situaciones éstas que son determinables según el caso analizado.

3.3 Efectividad del derecho al debido proceso, en su principio medular del derecho de defensa y contradicción, en las instancias administrativas y ante los jueces administrativos.

7 Vid. Sentencia T-049 de 1993.

8 Sentencia T-442 de 1992.

9 Ídem.

10 Vid. Sentencia C-383 de 2000.

También cabe destacar que las actuaciones administrativas y judiciales se subordinan a la efectividad del derecho al debido proceso y, consecuentemente, a los principios que lo integran. En efecto, el debido proceso muestra un contenido conformado por una pluralidad de principios, entre los cuales se encuentran el del juez natural, el de la presunción de inocencia, el de la defensa y contradicción, etc. Este último, como los demás que se establecen en el artículo 29 de la Constitución, presenta la estructura jurídica de un derecho fundamental¹¹. Por consiguiente, su vigencia no está restringida a un ámbito específico, sino que constituye fundamento esencial tanto de los juicios administrativos como de las actuaciones realizadas en la sede administrativa.

En el marco de las actuaciones de la Administración, la protección del derecho de defensa y de contradicción puede darse en dos áreas: i.) en la sede estrictamente administrativa o ii.) en la de los estrados judiciales administrativos.

i.) La efectividad de ese derecho en las instancias administrativas supone la posibilidad de que el administrado interesado en la decisión final que se adopte con respecto de sus derechos e intereses, pueda cuestionarla y presentar pruebas, así como controvertir las que se alleguen en su contra (C.P., art. 29), pues, a juicio de la Corte, de esta forma se permite racionalizar el proceso de toma de decisiones administrativas, en tanto que "ello evidentemente constituye un límite para evitar la arbitrariedad del poder público"¹².

La protección del derecho aludido, en este primer ámbito referido, ha permitido a la Corte manifestar que la vía gubernativa hace viable la garantía de la protección del derecho de defensa (y contradicción) de los administrados ante la propia sede de la Administración. Esta consideración ha sido desarrollada jurisprudencialmente, en los siguientes términos:

El derecho de defensa de los posibles afectados por una decisión de la administración es garantizado mediante la consagración de la posibilidad de recurrir las decisiones que expida ésta en sede administrativa, antes de acudir a la vía jurisdiccional.

El derecho de defensa de los posibles afectados por una decisión de la administración es garantizado mediante la consagración de la posibilidad de recurrir las decisiones que expida ésta en sede administrativa, antes de acudir a la vía jurisdiccional.

Para los administrados, esta garantía se concreta de dos formas: 1. les permite acudir ante el mismo funcionario que expidió el acto (recurso de reposición) o ante su superior jerárquico (recurso de apelación), con el fin de que lo revise, modifique o revoque, de ser el caso (art. 50 C. C. A.); y 2. Se suspende el carácter ejecutorio del acto mientras se resuelven los recursos interpuestos (art. 64 C. C. A.).

Ahora bien, la vía gubernativa no es sólo ni principalmente una garantía para los administrados; es también una garantía para la administración, quien a través de la exigencia de la interposición de recursos asegura la posibilidad de revisar sus decisiones antes de que éstas sean sometidas al escrutinio judicial, lo que le permite ahorrar los altos costos que se derivan de una decisión ilegal.

11 Vid. Sentencia C-095 de 2001, con apoyo de la Sentencia T-572 de 1992.

12 Sentencia T-165 de 2001.

La exigencia para los administrados de agotar la vía gubernativa, constituye un obstáculo que puede diferir el acceso a la vía jurisdiccional, más promisorio y cierta en la protección de sus derechos. Por esta razón, el requisito del agotamiento de la vía gubernativa se excluye en algunos casos en los que la naturaleza de la decisión administrativa o el rango del funcionario que la ha tomado, hacen demasiado gravosa la exigencia de ese requisito para el administrado. Aunque, en realidad, la exclusión de agotar la vía gubernativa responde más al deseo de salvaguardar los intereses de la administración, que no son otros que los que se derivan del interés general¹³.

ii.) En la perspectiva de la segunda área enunciada, se tiene que para la efectividad del derecho de defensa y de contradicción, el ordenamiento jurídico ha dispuesto una jurisdicción encargada de resolver los conflictos jurídicos que se susciten entre el administrado y la Administración por la actividad de ésta (C. P., arts. 236, 237 y 238), con el establecimiento de unas reglas propias que fijen los trámites que permitan resolverlas a través de la utilización de las respectivas acciones y procesos fijados con tal fin, consignadas en el Código Contencioso Administrativo (v.gr. nulidad y restablecimiento del derecho y contractual, entre otras) (...)" (Se resalta).

De lo antes señalado por la Corte Constitucional resulta claro que:

- a) Existe una amplia competencia del legislador sobre la manera de regular el debido proceso y para garantizar el derecho de defensa, esto es para el ejercicio del poder de configuración normativa sobre el particular, en todo aquello no previsto específicamente por la Constitución.
- b) No es exigencia constitucional que el debido proceso tenga que regularse de idéntica manera en todas las materias jurídicas que deben garantizarlo como derecho fundamental que es y, por lo mismo, puede válidamente el legislador preverlo de diferente manera según la materia a la cual se apliquen las disposiciones respectivas.
- c) El debido proceso en materia penal está previsto de una manera diferente a la propia de las actuaciones administrativas, pues en aquella debe garantizarse el derecho de defensa desde la etapa de investigación previa o preliminar si el imputado rindió versión preliminar (Sentencias Corte Constitucional C-150 de 1993 y T-553 de 2000; T-181 de 1999; T-106 de 2000).

3. Debido proceso en las actuaciones de la Superintendencia de Sociedades.

No prevé el Código de Comercio, como sí lo hacen otros estatutos respecto de muchas otras modalidades de actuaciones administrativas¹⁴, un proceso administrativo regulado específicamente para el cumplimiento de las funciones propias de la Superintendencia de Sociedades. No por ello puede llegarse a la conclusión de que no le es aplicable ninguno, pues de conformidad con las reglas del Código Contencioso Administrativo, sus disposiciones se aplicarán en todas aquellas actuaciones administrativas para las cuales no existan procedimientos administrativos especiales. Dispone el artículo 1° del código:

"Campo de aplicación. Las normas de esta primera parte del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y Contralorías Regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría General del Estado

13 Sentencia C-432 de 1996.

14 Ante la DIAN, en control de cambios, en procesos disciplinarios, en la Superbancaria, en la Supervalores, en contratación estatal, en materia agraria, minera, de recursos naturales renovables y no renovables, propiedad industrial, control fiscal, entre muchos otros.

Civil, así como a las entidades privadas, cuando unas y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de 'autoridades'.

Los procedimientos administrativos regula dos por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta primera parte que sean compatibles.

Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación del orden público en sus aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas o cosas.

Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción".

Por ello, la Superintendencia de Sociedades cuando inicia una investigación administrativa debe darle aplicación a las reglas de la primera parte del código contencioso administrativo y, por lo mismo, debe iniciar una actuación administrativa dentro de la cual se dé aplicación al debido proceso administrativo y dentro de él plena satisfacción al derecho de defensa de los eventuales implicados, dándoles oportunidad de pedir pruebas y controvertir las que se hayan practicado, a fin de que, una vez cumplida la actuación correspondiente, se pueda expedir el acto administrativo y se abra paso a la vía gubernativa.

Pero, para llegar al momento de la iniciación de la actuación administrativa en la forma prevista por el código contencioso, es preciso que, tratándose de materias de competencia de la Supersociedades y en cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia y control, se hayan adelantado las actividades necesarias para la evaluación de la información obtenida, para allegar y practicar pruebas, todas orientadas a determinar objetivamente si existe o no mérito para iniciar propiamente una investigación administrativa en los términos de los artículos 83, 84 inciso segundo y numeral 1, y 87 de la Ley 222 de 1995; por ello, en estas actuaciones no se busca propiamente atribuir responsabilidad a alguna persona; en ella no existe aún un cargo contra nadie y, por lo mismo, la actuación es unilateral de la administración, pues se busca establecer, si existe o no, razonablemente, necesidad de iniciar investigación propiamente tal por aparecer la posible existencia de una conducta irregular o de un hecho sancionable administrativamente y sobre sus eventuales autores que amerite la formulación de cargos concretos.

Permitir a la autoridad de inspección, vigilancia y control realizar las actuaciones necesarias a fin de indagar sobre la eventual violación de la ley y/o de los estatutos de la sociedad vigilada, constituye, como lo señaló la Corte Constitucional en la providencia C-599 de 1992, "(...) Privilegio autorizado por la más sana lógica administrativa que, en ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia le permiten a aquella (se refiere a la Superintendencia de Control de Cambios) formarse un criterio sobre las situaciones investigables e investigadas, para que después, sin atentar contra la presunción de inocencia, pueda formular los cargos correspondientes (...)".

Se trata, por tanto, apenas del cumplimiento de su función de inspección y vigilancia dentro de los principios rectores de economía, celeridad y eficacia, a fin de que no se inicien investigaciones innecesarias y de que para iniciar aquellas que aparezcan como necesarias, se cuente con un mínimo de información y certeza de la existencia de una conducta o actuación irregular.

Con base en las anteriores consideraciones, **LA SALA RESPONDE:**

En el proceso de inspección, vigilancia y control que debe cumplir la Superintendencia de Sociedades antes de iniciar investigación administrativa, esto es, en la fase anterior a la for-

mulación de cargos a los posibles responsables de operaciones, actos o hechos que pudieren transgredir la ley o los estatutos de una sociedad comercial, no se vulnera la garantía constitucional contenida en el artículo 29 de la Carta por no dar traslado de las pruebas que se practiquen a los eventuales responsables; en la etapa de investigación iniciada con la formulación de cargos a los presuntos responsables, debe cumplirse plenamente con la garantía constitucional del derecho de defensa, dando oportunidad de conocer y controvertir las pruebas que se hayan practicado en la primera fase y las que se lleguen a practicar durante la investigación, así como respetando el derecho de ser oído e impugnar las decisiones administrativas que se adopten.»

PROHIBICIONES E INHABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS AL MOMENTO DE RETIRARSE DEL SERVICIO

Por considerarlo de importancia, a continuación se presenta un pronunciamiento interno de la Superintendencia Bancaria, expedido por la Dirección Jurídica en febrero de 2004, contenido de la posición institucional sobre los efectos de la sentencia C-893 del 7 de octubre de 2003 proferida por la Corte Constitucional, en el cual se declaró la exequibilidad del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

«(...)

Precisado lo anterior y para sentar la posición institucional de esta Dirección respecto a los alcances del fallo proferido por la Corte Constitucional en Sentencia C-893 de 2003 en la cual se declaró la exequibilidad del numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, se considera necesario hacer referencia a cada uno de los temas que a continuación se plantean.

1. Antecedentes legales de la prohibición.

A efectos de determinar los alcances de la sentencia citada y la finalidad de la prohibición consagrada en la actualidad en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, resulta de utilidad remontarnos a los antecedentes inmediatos de la norma, advirtiendo que el objetivo de las prohibiciones establecidas para los funcionarios públicos es evitar que incurran en las conductas que de manera expresa el legislador ha considerado afectan la transparencia, objetividad, dignidad etc., de la administración pública. Así, “Las prohibiciones en general son normas orientadas a obtener la más absoluta transparencia en las actuaciones de los servidores públicos, que conllevan el ‘no harás’ por parte de los mismos, so pena de incurrir en falta disciplinaria y su posterior sanción igualmente de carácter disciplinario”³.

3 Procuraduría General de la Nación, Oficio No. DJ. 1518 del 20 de junio de 1997.

Con la anterior advertencia recordemos que el antecedente legal de la norma objeto de análisis se encuentra en el párrafo⁴ del artículo 9 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968⁵ (modificado por el Decreto Extraordinario 3074 de 1968) el cual señalaba: “La persona que haya sido empleado público no puede gestionar directa ni indirectamente, a título personal ni en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo. Durante el año siguiente a su retiro tampoco podrá adelantar gestiones, directa o indirectamente, ni a título personal, ni en representación de terceros, ante la dependencia a la cual prestó sus servicios”. Como se deduce sin ninguna dificultad, el legislador de la época pretendió evitar que las personas que hubiesen sido empleados públicos de una determinada entidad adelantaran ante la misma cualquier gestión en asuntos que estuvieron a su cargo en forma vitalicia. Así mismo, quedaban inhabilitados dentro del año siguiente a su retiro para adelantar cualquier tipo de gestión frente a la entidad respectiva.

Sobre el alcance de la anterior disposición, señaló el Consejo de Estado lo siguiente:

"Se tiene entonces que el simple conocimiento de un contrato o negocio o el haber tenido asuntos a cargo, inhabilita para celebrar el contrato o negocio, a gestionar tales asuntos, sin que sea necesario que la actuación haya sido definitiva y que como consecuencia de la misma se hubiere tomado una decisión. Basta para efectos de las normas citadas, el conocimiento, la participación, en cualquier forma, así sea simplemente de trámite, para quedar cobijados por la incompatibilidad que establece el párrafo del Art. 1° del Decreto 3074 de 1968 modificatoria del Decreto 2400 del mismo año". (Sala de Consulta y Servicio Civil, en providencia del 11 de diciembre de 1981, Consejero Ponente, Dr. Jaime Paredes Tamayo, Radicación No. 1624).

Siguiendo la anterior orientación, el párrafo del artículo 54 del Decreto 1034 de 1991 - por medio del cual se reguló el régimen especial de carrera administrativa para los emplea-

“La persona que haya sido empleado público no puede gestionar directa ni indirectamente, a título personal ni en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo. Durante el año siguiente a su retiro tampoco podrá adelantar gestiones, directa o indirectamente, ni a título personal, ni en representación de terceros, ante la dependencia a la cual prestó sus servicios”.

4 Establecía la anterior disposición: “El empleado público al hacer dejación de su cargo no podrá por el término de un año gestionar directa o indirectamente a título personal ni en representación de terceros asuntos que tengan relación con negocios de que haya conocido en razón del desempeño de las funciones de su empleo. La infracción a lo aquí dispuesto produce la nulidad de lo actuado e inhabilita a la persona para reingresar a la administración pública”.

5 Por medio de ese decreto se modificaron las normas que regulaban la administración del personal civil que prestaba sus servicios en la rama ejecutiva del poder público.

dos de la Superintendencia Bancaria- estableció: “Todas las personas que hayan sido funcionarios de la Superintendencia Bancaria, cualquiera que fuese el cargo que hubiesen ocupado, no podrán gestionar directa ni indirectamente, a título personal ni en representación de terceros, en asuntos que estuvieron a su cargo. Durante el año siguiente a su retiro tampoco podrán adelantar gestiones directa o indirectamente, ni a título personal ni en representación de terceros ante la Superintendencia Bancaria”.

Al tenor de la norma transcrita, la prohibición tenía como destinatarios a todas las personas que se hubiesen desempeñado como funcionarios de esta Entidad (ex-funcionarios) y, se soportaba en dos supuestos: el primero, que generaba una *prohibición de manera general e indefinida* al ex-funcionario para adelantar, ante este Organismo de Control, cualquier gestión directa o indirecta, a título personal o en representación de terceros, *en asuntos que estuvieron a su cargo*. El segundo, que definía un *límite temporal* -el año siguiente al retiro- durante el cual se prohibía al ex-funcionario adelantar ante este Organismo de Control *cualquier tipo de gestión* de manera directa o indirecta, a título personal o en representación de terceros.

Así, se observa que la ley prohibió de manera general y sin límite temporal, a todas las personas que hubiesen sido funcionarios de la Superintendencia Bancaria de Colombia *gestionar, a cualquier título, en asuntos que estuvieron a su cargo*. Es decir, a partir de la desvinculación y hacia el futuro, al ex funcionario le estaba prohibido gestionar en asuntos que había conocido en el ejercicio de sus funciones (entendiendo por conocimiento, su participación en cualquier forma, así sea simplemente de trámite) con el fin de evitar que dicho conocimiento fuera empleado después de su retiro en su provecho particular. Adicionalmente, el segundo supuesto de la norma aunque tenía un límite temporal, era más restrictivo, ya que prohibía al ex-empleado *dentro del año siguiente a su retiro adelantar cualquier gestión, a cualquier título, ante este Organismo de Control*, en aras de garantizar la imparcialidad y objetividad en la toma de decisiones por parte de la Superintendencia Bancaria, pues, el hecho de haber estado vinculado a esta Entidad podía afectar la transparencia en el desarrollo del trámite o la decisión.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 200 de 1995 -por medio de la cual se adoptó el Código Disciplinario Único-, se eliminaron la multiplicidad de regímenes disciplinarios existentes en nuestro país⁶, a efecto de unificarlos, garantizando de esta manera el derecho a la igualdad a todos los servidores públicos. En tal virtud, dicho estatuto derogó tanto la prohibición especial contenida en el parágrafo del artículo 54 del Decreto 1034 de 1991, como la general que traía el parágrafo del artículo 9 del D. E. 2400 de 1968.

En punto al tema que nos ocupa, la citada ley señaló en su artículo 41, de manera general y a título enunciativo, una serie de prohibiciones cuyos destinatarios eran los servidores públicos, dentro de las cuales fueron consagradas como conductas prohibidas las siguientes:

6 A este respecto señaló la Corte Constitucional: "(...) antes de la expedición de tal estatuto, existía una multiplicidad de regímenes disciplinarios que dificultaban la aplicación del derecho disciplinario y podrían vulnerar el principio de igualdad. (...). Esta finalidad unificadora del CDU explica que el artículo 177 del mismo establezca que sus normas se aplican a todos los servidores públicos sin excepción alguna y deroga las disposiciones generales o especiales que regulen materias disciplinarias a nivel nacional, departamental, distrital, municipales o que le sean contrarias, salvo los regímenes especiales de la fuerza pública (...)". Sentencia C-309 del 11 de julio de 1996.

“Gestionar en asuntos que estuvieron a su cargo, directa o indirectamente a título personal o en representación de terceros” (num. 31) y “Permitir a sabiendas que el funcionario de la entidad u organismo gestione directamente durante el año siguiente a su retiro, asuntos que haya conocido en el ejercicio de sus funciones” (num. 32).

Como se observa, el estatuto disciplinario de 1995 mantuvo la tendencia legislativa de evitar que los ex-funcionarios de la administración gestionaran (de manera directa o indirecta) a cualquier título (personal o en representación de terceros) en asuntos que estuvieron a su cargo tal como venía de la regulación anterior. Así mismo y a efectos de impedir al ex-funcionario durante el año siguiente a su desvinculación de la entidad la gestión directa en asuntos que hubiese conocido en ejercicio de sus funciones, el numeral 32 consagró como prohibida tal conducta, censurando, igualmente, al funcionario público que, con conocimiento de causa, permitiera la ocurrencia de ello⁷.

Sin embargo, merece destacar que esta última disposición exigió para la configuración de la conducta prohibida que la gestión se llevara a cabo *directamente*, excluyendo de esta manera las demás conductas prohibidas por el legislador de 1991, esto es, la gestión indirecta, a título personal o en representación de terceros. En virtud de ello, observamos que la tendencia legislativa ha sido la de restringir las conductas sancionables, pues bajo la vigencia del Estatuto Disciplinario de 1995, *la ley solamente consideró como falta disciplinaria la gestión directa* por parte del ex-funcionario, dentro del año siguiente a su desvinculación, en asuntos que hubiese conocido durante el desempeño de sus funciones.

Posteriormente, el Código Único Disciplinario -Ley 734 de 2002- deroga el anterior estatuto y consagra nuevamente de manera enunciativa en el artículo 35 el régimen de prohibiciones de los servidores públicos que rige en la actualidad.

Así, analizadas las disposiciones que venimos comentando frente al nuevo régimen, se observa que el numeral 31 anterior fue recogido en el actual numeral 25 y, aunque sufrió algunas modificaciones de forma en la redacción del numeral, en esencia la prohibición sigue siendo la misma y el sentido es idéntico al consagrado desde el año 1968.

No obstante, el numeral 32 del anterior régimen, si bien no desaparece totalmente del ordenamiento jurídico conforme fue contemplado en la Ley 200, sí sufre modificaciones de fondo en su consagración en el actual numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 ya que se incorporan nuevos ingredientes normativos y se eliminan y modifican otros. Dentro de ellos merece destacar que la modificación que hace la ley respecto a la conducta prohibida al ex-funcionario, al sustituir la referencia a la gestión directa por la de la prestación *a título particular* de unos determinados servicios. Sin embargo, la prohibición se amplía cuando pasa a referirse a “los asuntos relacionados con las funciones propias del cargo”, pues antes se circunscribía a que tratara de “asuntos conocidos en ejercicio de sus funciones”.

7 Sobre el alcance del numeral en comento, señaló esta Entidad: “Dicha norma censura al servidor público que permita con conocimiento de causa, que un ex-funcionario público tramite ante la dependencia a su cargo, asuntos a los que tuvo acceso mientras se desempeñó como servidor público”. Memorando Interno Superintendencia Bancaria de la Dirección Jurídica a la Secretaría General radicado con el número 97009757- 2 del 12 de marzo de 1997.

Se destaca como primer elemento el que el legislador hace destinatarios de la prohibición nuevamente a las personas que habiéndose desempeñado como servidores públicos se desvinculen de la administración. Adicionalmente y siguiendo la tendencia legislativa analizada, la prohibición se mantiene por el término de un año después de la dejación del cargo.

Así, la disposición consagrada en el actual numeral 22 de la norma citada señala:

“Artículo 35. Prohibiciones. A todo servidor público le está prohibido:

(...)

22. Prestar, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, hasta por un término de un año después de la dejación del cargo o permitir que ello ocurra”.

En tal sentido y sin ánimo de ser reiterativos, se destaca como primer elemento el que el legislador hace destinatarios de la prohibición nuevamente a las personas que habiéndose desempeñado como servidores públicos se desvinculen de la administración. Adicionalmente y siguiendo la tendencia legislativa analizada, la prohibición se mantiene por el término de un año después de la dejación del cargo. De igual forma, en la parte final de la norma se mantiene la conducta pasiva del funcionario que permita que ello ocurra eliminando el ingrediente subjetivo que contenía la Ley 200, esto es, que se tenga conocimiento de ello.

Sin embargo y como ya se anotó, la norma incorpora nuevos elementos para que se incurra en la conducta prohibida, exigiendo por parte del ex funcionario la realización de alguno de los siguientes servicios: asistencia, representación o asesoría, los cuales se explican a continuación, y, que además dicha prestación se haga a título particular.

2. Análisis del contenido de la disposición.

Sin perder de vista las precisiones anotadas en torno a la evolución normativa en nuestro país en esta materia, pasamos a analizar el contenido de la disposición en comento. Para ello se ha considerado necesario acudir a las definiciones que sobre los verbos consagrados en la disposición trae el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas⁸,

8 Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 16ª Edición, Editorial Heliasta S.R.L Buenos Aires- Argentina, Tomos I, VI y VII.

dado que no existe en la actualidad definición legal ni interpretación jurisprudencial respecto de cada uno de los ellos.

El verbo rector contenido en la norma es: *prestar*. Sin embargo, debe anotarse que tal como fue redactada la disposición, dicha acepción debe entenderse referida a la *prestación de unos servicios*. Así el significado general que trae el citado diccionario es:

“(...) toda actividad a favor de otra persona o subordinadamente a ella, exista remuneración o no, con inclusión por tanto de los contratos de trabajo y de arrendamiento de servicios (...).

Concepto: (...) contrato por el cual una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio mediante un precio cierto, que ésta última se compromete a pagar a la primera. Pueden celebrarlo todos los que con arreglo a la ley nacional tienen capacidad para obligar y obligarse (...).

En lo laboral. En esta esfera jurídica, la prestación de servicios equivale al desempeño de las funciones o tareas contratadas o de las que, por la variabilidad característica, se le asignen al trabajador en cada caso, de acuerdo con su especialidad o carácter”⁹.

A la luz de las anteriores definiciones, por ‘prestación de servicios’ debe entenderse toda relación contractual o laboral por medio de la cual una persona desarrolla una actividad o servicio a favor de otra, a cambio de un precio o remuneración.

El segundo ingrediente normativo exige que esa prestación sea *a título particular*, circunstancia que, como se puede apreciar a lo largo de la evolución normativa, no había sido consagrada en la ley. La expresión “a título” está definida en el diccionario en cita así: “Con razón, motivo o pretexto”¹⁰. Por “particular” se entiende: “Privado; que no es público ni oficial”¹¹, “Se dice de lo privado, de lo que no es de propiedad o uso públicos”¹². La acepción “a título particular” está definida por Cabanellas como: “una gestión o actitud personal o privada”.

Con base en las anteriores definiciones, en nuestro entender, la conducta censurada por la ley consiste en la realización de unos determinados servicios en beneficio de un particular; es decir, la prestación de los servicios de asistencia, representación o asesoría, en beneficio propio o de una entidad o institución de carácter de privado, es decir, la que no es de naturaleza pública. Recordemos que por público entendemos lo “Estatal o de otra corporación administrativa”¹³, lo cual frente al caso en estudio, nos lleva a concluir que el ejercicio de tales servicios en virtud de una relación contractual o laboral con una entidad de naturaleza pública enerva la prohibición.

En otros términos, el caso contemplado por la norma incluye tanto la situación en la cual el ex-funcionario presta los servicios allí señalados a través de una actividad particular e individual y en aras de su propio beneficio, como la prestación de los mismos a una

9 Ibidem.

10 Ibidem.

11 Ibidem.

12 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición 2001. Tomo II.

13 Ibidem.

Por servicios de asesoría, entendemos el dar un dictamen o consejo en una determinada materia, no exclusivamente jurídica, como lo define el diccionario de derecho, sino sobre cualquier tema: económico, contable, jurídico, etc. En nuestro criterio, dicha acepción incluye toda conducta encaminada a ilustrar, informar, dictaminar o conceptuar a un tercero sobre un asunto o materia, que al igual que en el anterior evento, está relacionada con las funciones desempeñadas en el cargo que ejercía en la administración.

cualquier tema: económico, contable, jurídico, etc. En nuestro criterio, dicha acepción incluye toda conducta encaminada a ilustrar, informar, dictaminar o conceptuar a un tercero sobre un asunto o materia, que al igual que en el anterior evento, está relacionada con las funciones desempeñadas en el cargo que ejercía en la administración.

institución de carácter particular en desarrollo de una relación laboral o contractual, en cuya virtud el ex-empleado actúa como representante de una entidad, pues, en este último evento es claro que la institución privada empleadora se lucraría de las ventajas o favoritismos que la condición de ex-empleado le otorga a dicha persona frente a la entidad en la cual laboró.

Ahora bien, acudiendo nuevamente al diccionario jurídico de G. Cabanellas encontramos las siguientes definiciones en relación con cada uno de los servicios señalados en la norma:

“Asistencia: Concurrencia a un lugar. // Presencia actual en un punto. // Acto de presencia, especialmente en el trabajo habitual. // Socorro, favor, ayuda”.

“Asistir: acompañar en acto público o privado. // Estar presente. // Concurrir. // Socorrer, ayudar, favorecer”

Así, entendemos por prestación de servicios de asistencia aquella conducta de un particular encaminada a acompañar a una persona o a dar una ayuda o favor en una materia determinada. La asistencia conlleva de suyo el apoyo sobre determinados temas relacionados con las funciones del cargo ostentado, de tal manera que una persona se vale de otra en virtud de sus conocimientos para acudir a una diligencia y que ésta última le preste una ayuda o la favorezca en ella.

“Asesoría: Empleo o cargo de asesor (v). // Oficina o despacho del mismo. Estipendio o derecho que se le paga”.

“Asesorar: Dictaminar o aconsejar en lo jurídico.// En general, ilustrar, informar”.

Por servicios de asesoría, entendemos el dar un dictamen o consejo en una determinada materia, no exclusivamente jurídica, como lo define el diccionario de derecho, sino sobre

“Representación: (...) Substitución de una persona, en cuyo nombre se actúa. // Sucesión en cualidad o derecho. // Carácter o dignidad con que se actúa. (...)”

2. En Derecho Civil. La representación se concreta al actuar en nombre y por cuenta de otro, ya sea expresión voluntaria o legal. Transparentando esa transmigración jurídica, con elegancia y hasta lirismo, el clasicismo latino expresaba. “Absentis alicujus praesens imago” (La representación es la presente imagen de una persona ausente).”

Ofrece en esta rama jurídica la representación tres aspectos fundamentales: 1º En la capacidad general de las personas, para suplir sus limitaciones, como se proponen la patria potestad y la tutela (v). 2º En orden a la posibilidad de delegar espontáneamente las facultades propias; como en el poder y el mandato (v). 3º Cual institución en lo sucesorio, como derecho de representación (v) que corresponde a ciertos herederos forzosos.

(...)

4. En Derecho Procesal. La representación se manifiesta aquí por la necesidad, para comparecencia en juicio, de un procurador y en el asesoramiento de letrado (v) forzoso casi siempre”.

De las anteriores definiciones, entendemos para el presente caso por prestación de servicios de representación, aquella conducta encaminada a sustituir o representar a un tercero, trátase de representación judicial o extrajudicial. Para ello debe existir un contrato de mandato o un poder legalmente otorgado por el representante a su representado. En este evento, el representante actúa en nombre y por cuenta de otro, de acuerdo con los términos de contrato celebrado.

Los “asuntos relacionados con las funciones propias del cargo”, se refiere a aquellas materias que tengan nexo o vínculo con las atribuciones o funciones que tenía el ex empleado durante el tiempo que se desempeñó como servidor público.

Igualmente y tal como se había señalado, la norma conserva el límite temporal de “hasta por un término de un año después de la dejación del cargo”, lo cual limita la vigencia de la prohibición en el tiempo por el término máximo del año contado a partir de su retiro, vencido el cual la prohibición queda sin efecto.

3. Análisis de la sentencia C-893 de 2003 de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional en la parte considerativa de la providencia citada, luego de referirse a la justificación de la existencia del derecho disciplinario y la competencia del legislador en esa materia, señala los fundamentos que justifican la prohibición contenida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 objeto de pronunciamiento por parte de la Alta Corte. A este respecto, manifiesta “(...) las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones impuestas al servidor público, extendiéndolas en el tiempo, a quienes hayan dejado de pertenecer a la administración, *tienen como finalidad impedir el ejercicio de influencias, bien para gestionar negocios o para obtener contratos amparados en la circunstancia de haberlos conocido o tramitado mientras se estuvo vinculado a la administración.*¹⁴” (se resalta).

Al sentir de la Corte y tal como se expuso en el numeral anterior, la prohibición en estudio busca de manera primordial mantener la transparencia e imparcialidad en las actuaciones

14 Corte Constitucional, Sentencia C- 893 de 2003, subnumeral 4.6 del aparte consideraciones y fundamentos.

La prohibición (...) tiene un sólido fundamento constitucional con respecto a aquellos asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio del cargo, pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ante el organismo (...) en la cual laboraba con anterioridad.

del Estado, pues con ello se pretende evitar que “la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público”¹⁵.

Luego del análisis precedente, la Corte manifiesta que la norma se ajusta a la Constitución Política¹⁶ "conforme a las siguientes precisiones", de las cuales destacamos las siguientes:

“4.7.1 (...) la prohibición (...) tiene un sólido fundamento constitucional con respecto a aquellos asuntos concretos de los cuales el servidor público conoció en ejercicio del cargo, pues pugna con las normas constitucionales que quien conoció de un asunto concreto en ejercicio de sus funciones, pudiera sin embargo luego de desvinculado actuar prestando sus servicios de asistencia, representación o asesoría sobre el mismo asunto y ante el organismo (...) en la cual laboraba con anterioridad”¹⁷.

“4.7.2 (...) encuentra la Corte ajustado a la Constitución que en guarda de la moralidad administrativa, de la igualdad ante la ley, de la imparcialidad y de la transparencia de la función pública, se extienda por un año la prohibición a quien fue servidor público de un organismo, entidad o corporación, de prestar servicios de asesoría, representación o asistencia ante su inmediato y anterior empleador”¹⁸.

“4.7.3 Tampoco tendría explicación constitucionalmente válida, que se autorizara y se le diera legitimidad en nuestro ordenamiento jurídico a la prestación de servicios de asesoría, asistencia o representación por parte de servidores públicos que lo fueron dentro del año inmediatamente anterior, a

15 Ibídem.

16 El subnumeral 4.7. ibídem, señala: “(...) encuentra la Corte que la norma contenida en el artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002... se ajusta a la Carta Política”.

17 Corte Constitucional, sentencia citada.

18 Ibídem.

quienes conforme a la ley se encuentran sujetos a la inspección, vigilancia y control o regulación de la entidad, corporación u organismo a la cual se estaba vinculado como servidor público, pues en tal caso, aparecerían seriamente comprometidos y lesionados, entre otros, los principios de la igualdad, la transparencia, y la imparcialidad de la función pública”¹⁹.

La *parte resolutive* de la providencia declara la exequibilidad de la norma “en el entendido que la prohibición establecida en este numeral será indefinida en el tiempo respecto de asuntos concretos de los cuales el servidor conoció en ejercicio de sus funciones; y que será de (1) año en los demás casos, con respecto del organismo, entidad o corporación en la cual prestó sus servicios, y para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia y control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que se haya estado vinculado”.

Nótese que la Corte Constitucional no se pronuncia en la parte considerativa ni en la resolutive respecto al ingrediente primario exigido por la norma cual es que la prestación de los servicios (bajo cualquiera de sus modalidades) se lleve a cabo a “*título particular*”. Sin embargo, haciendo un análisis integral de la providencia, en nuestra opinión, la falta de alusión expresa a tal aspecto no significa que se haya eliminado o se considere irrelevante, pues, acorde con antecedentes jurisprudenciales de la Corte consideramos que si la intención del Alto Tribunal Constitucional hubiese sido la supresión del orden jurídico de dicha expresión, la hubiera declarado inexecutable de manera expresa y sin lugar a confusión con la argumentación correspondiente, lo cual no sucede en este fallo.

Otro mecanismo utilizado por la Corte cuando ha emitido pronunciamiento de fondo en una materia es la de ajustar la redacción de la norma en la parte resolutive, casi que legislando, tal como ocurre con el tercer evento al que se refiere la sentencia, pues a pesar de que la norma no prohíbe al ex-funcionario la prestación de los servicios allí descritos en entidades sujetas a la inspección, vigilancia y control de la Entidad en la cual laboró, la Corte consagra dicha conducta como una nueva prohibición. Sin embargo, ello tampoco ocurre con la expresión “a título particular” en la providencia citada, por lo cual y al contrario de cualquier interpretación, se estima que ese elemento no puede desconocerse para entender los alcances del fallo, pues constituye un principio incorporado en el nuevo régimen disciplinario y respetado integralmente por la Corte en el pronunciamiento aludido.

Las anteriores consideraciones resultan especialmente necesarias frente a la última prohibición a la que se alude en la parte resolutive de la providencia, puesto que en las dos primeras al establecer la exequibilidad de la misma la Corte remite expresamente a “la prohibición establecida en este numeral”, lo cual nos lleva a efectuar el análisis respectivo partiendo del tenor literal de la norma para llegar a una adecuada interpretación sistemática con el pronunciamiento de la Corte.

En este mismo sentido, la Procuraduría General de la Nación entendió el alcance de la sentencia en estudio en cuanto a la expresión “a las funciones propias del cargo”, a la cual no se alude en la parte resolutive, a pesar de estar consagrada en la norma. Así, al ser consultado el Ministerio Público sobre la adecuada interpretación de la sentencia en cuanto a si la última prohibición se refería a los asuntos relacionados con las funciones propias del cargo, señaló:

19 Ibídem.

“En tal virtud, el alcance fijado por la Corte, en la sentencia C-893 de 7 de octubre de 2003 -en lo que toca a su consulta-, debe acatarse en el sentido de que la prohibición establecida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, para los servidores públicos que cesen en sus funciones será de un año “para la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría a quienes estuvieron sujetos a la inspección, vigilancia y control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que se haya estado vinculado”; pero en lo atinente a *las funciones propias del cargo*, tal como lo dice el citado numeral, y por lo que se deduce de la parte motiva de la sentencia, porque la Corte ocupa su atención en ese punto, cuando resume en el numeral 4.5 el reproche de la actora. *Es decir, que la parte resolutive hay que entenderla en armonía con la motiva para no caer en descontextualizaciones e imprecisiones*”. (resaltado fuera del texto) (Concepto PAD No. 13822 del 22 de diciembre de 2003 de la Procuraduría General de la Nación en respuesta a una consulta formulada por el Coordinador del Grupo Interno Disciplinario de esta Entidad).

Con base en lo anterior, se insiste, no resulta jurídicamente acertado llevar a cabo una simple lectura del fallo desprovista del análisis anterior, pues, ello conduciría a una interpretación

errada del mismo, la cual además de desconfigurar la conducta tipificada en la ley, puede llevar a descontextualizar el verdadero sentido de los pronunciamientos de la Corte con los riesgos jurídicos que ello conlleva, máxime si se tiene en cuenta que por esta misma vía podríamos igualmente concluir que la expresión “a título particular” fue eliminado en los tres eventos señalados en la parte resolutive, con el argumento simplista de que no se hizo mención expresa al mismo allí ni en las consideraciones correspondientes.

Por todo lo expuesto, en criterio de esta Dirección, para que se configure la falta disciplinaria la prohibición de prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría en entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la entidad a la cual estuvo vinculado el ex-funcionario *debe adelantarse a título particular, con el alcance que antes señalamos, y respecto a los asuntos relacionados con las funciones propias del cargo*.

Así, analizando el tenor literal de la norma a la luz de las precisiones antes transcritas, en concordancia con la parte considerativa y resolutive de la providencia y con las advertencias efectuadas por esta Dirección, consideramos lo siguiente:

1. La prohibición establecida en el numeral 22 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 con

todos sus ingredientes normativos rige *hacia el futuro respecto de los asuntos concretos conocidos por el ex-funcionario en ejercicio de las funciones que tenía como servidor público*. Así, incurre en falta disciplina-

Para que se configure la falta disciplinaria la prohibición de prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría en entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la entidad a la cual estuvo vinculado el ex-funcionario *debe adelantarse a título particular, con el alcance que antes señalamos, y respecto a los asuntos relacionados con las funciones propias del cargo*.

ria el ex-funcionario que preste, a título particular, servicios de asistencia, representación o asesoría, respecto de un *asunto concreto que haya conocido previamente en ejercicio de sus funciones*, esto es, que desempeñe tales servicios a través de una actividad particular o en el desarrollo de una relación laboral o contractual en una institución de carácter privado. Tal prohibición, se destaca; *no tiene límite temporal* por lo que se mantiene vigente en el tiempo.

2. Conforme a lo expresado por la Corte, durante el año siguiente a la desvinculación se prohíbe al ex-funcionario prestar a título particular servicios de asistencia, representación o asesoría, ante el organismo o entidad en la cual prestó sus servicios frente a cualquier materia atinente a las funciones propias del cargo. En virtud de ello, no puede un ex-funcionario de la Superintendencia Bancaria prestar a título particular tales servicios ante esta Entidad, ya sea través de una actividad particular o en el desarrollo de una relación laboral o contractual en una institución de carácter privado, como antes se expresó, durante el año siguiente a su retiro, so pena de incurrir en falta disciplinaria.

3. Dentro del mismo término de un año, tampoco puede un ex-servidor del Estado, prestar a título particular, en los términos antes señalados, servicios de asistencia, representación o asesoría en entidades sometidas a la inspección, vigilancia y control de la entidad en la cual estuvo vinculado y también como antes los señalamos, respecto de las funciones propias del cargo.

Es de advertir, como ya se anotó, que esta es una extensión a la prohibición legal consagrada en la citada norma que hace la Corte Constitucional en la parte considerativa y resolutive de la sentencia en estudio, legislando sobre el tema, toda vez que la extensión de la inhabilidad a la entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Entidad a la cual estaba vinculado el ex-funcionario no está expresamente consagrada en la norma.

De otra parte, debe tenerse en cuenta para efectos de la aplicación concreta de este fallo al interior de la Superintendencia Bancaria respecto de ex-funcionarios de la misma, que las sentencias de la Corte Constitucional como cualquier fallo, así como respecto de cualquier disposición legal, por regla general no tienen efectos retroactivos, solamente rigen hacia el futuro, una vez notificada legalmente la providencia respectiva y en firme, que es el momento en que jurídicamente se entiende de público conocimiento y por ende de obligatorio cumplimiento.

En el caso concreto de la sentencia que nos ocupa la misma fue proferida por la Corte Constitucional el 7 de octubre de 2003 y fue notificada por edicto fijado el día 21 de octubre del mismo año, por lo cual la misma quedó ejecutoriada a partir del día 29 de mismo mes y año.

4. Igualmente será sujeto disciplinable el servidor público que permita que se lleven a cabo cualquiera de las conductas antes señaladas.

4. Conclusiones

4.1 Acorde con los argumentos esbozados en el presente memorando, en el evento en que un ex-funcionario de la Superintendencia Bancaria desempeñe en cualquier momento a título particular, es decir, en el ámbito de sector privado, servicios de asesoría, asistencia o representación respecto de asuntos concretos que haya conocido en desarrollo de sus fun-

ciones como servidor público estaría incurso en la prohibición contenida en la norma en estudio. En otros términos, el servidor público que en el ejercicio de sus funciones conozca asuntos concretos queda inhabilitado de manera permanente, en caso de desvinculación de este Organismo, para prestar a título particular (a través del ejercicio privado de su profesión u oficio), o en desarrollo de una relación laboral o contractual (en una entidad de carácter privado) los servicios antes anotados respecto de tales asuntos.

El servidor público que en el ejercicio de sus funciones conozca asuntos concretos queda inhabilitado de manera permanente, en caso de desvinculación de este Organismo, para prestar a título particular (a través del ejercicio privado de su profesión u oficio), o en desarrollo de una relación laboral o contractual (en una entidad de carácter privado) los servicios antes anotados respecto de tales asuntos.

Como se puede deducir sin ninguna dificultad, la anterior prohibición es similar a la que trae el numeral 25 del artículo 35 que más adelante explicamos. En tal virtud, la Corte en la parte resolutive de la sentencia tantas veces citada, no hizo otra cosa que traer a colación dicha disposición, aunque referida al numeral 22, con lo cual restringió su alcance, pues, tal como quedó expuesto, este evento se refiere a la prestación a título particular de determinados servicios y respecto de asuntos concretos. A diferencia de lo anterior, la conducta sancionada por el numeral 25 es más amplia, dado que se refiere a toda gestión realizada a cualquier título por parte del ex-funcionario respecto de los asuntos concretos que estuvieron a su cargo.

4.2 La prohibición de prestar los servicios descritos en la norma respecto de cualquier asunto y ante la entidad a la cual estuvo vinculado el ex-funcionario, será de un año contado a partir de la fecha de su desvinculación. Durante ese mismo término y a partir del 29 de octubre de 2003, fecha de ejecutoria de la sentencia en cuestión, se encuentra prohibido prestar a título particular los servicios de asesoría, asistencia o representación en las entidades sometidas a la inspección, vigilancia, control o regulación de la entidad, corporación u organismo al que haya

estado vinculado respecto de las funciones propias del cargo. No obstante debe aclararse que el año siguiente a la desvinculación se cuenta a partir de la fecha efectiva del retiro que bien pudo haber ocurrido con anterioridad a la fecha de ejecutoria de la providencia en cuestión.

Estas prohibiciones, a diferencia de la anterior, insistimos, sí tienen el límite temporal de un año, el cual una vez transcurrido, habilita al ex servidor público para llevar a cabo dichos servicios *siempre que no sea respecto de asuntos concretos* conocidos en desarrollo de sus funciones como empleado público.

A riesgo de resultar reiterativos, consideramos que para determinar si el ex funcionario ha incurrido en la prohibición, es necesario establecer si los servicios prestados se llevan a cabo

a título particular, esto es, a través del ejercicio privado de la profesión u oficio, o en desarrollo de una relación laboral o contractual en una entidad de carácter privado y, además, si tiene relación con las funciones del cargo desempeñado en la administración.

4.3 (...).

4.4 (...).

A este respecto, resulta importante traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado sobre el alcance de la prohibición:

“Gestionar es hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o propósito; ‘estuvieron’ es pretérito perfecto simple y expresa una acción concluida, pero que acaba de verificarse en el momento en que se habla, o cuyas circunstancias guardan relación o permanecen en el presente.

Se entiende que la norma prohíbe al servidor público ocuparse en diligencias encaminadas a hacer realidad un negocio que venía atendiendo a título personal o en representación de terceros, hasta el momento de asumir el cargo.

(...) Por lo tanto, en relación con los asuntos que estaba tramitando ante el organismo público al cual ingrese como empleado, es claro que obra la prohibición. Si las actuaciones consistieron en formular opiniones, sentar criterios y hacer cuestionamientos, verbales o escritos y éstos versaron sobre un asunto que con posterioridad a su asunción del empleo en el organismo se someten a trámite, también rige la prohibición de diligenciarlo” (Concepto Radicación 762 del 19 de diciembre de 1995 Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado).

A este respecto, valga recordar como se expresó anteriormente que la ley hace destinatarios de la anterior prohibición a los ex-funcionarios públicos que incurran en la conducta descrita, pues no puede olvidarse que son destinatarios del CDU los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio (art. 25 Ley 734 de 2002). Así mismo y tal como lo señaló expresamente el Consejo de Estado, desde la consagración inicial de la prohibición se buscó evitar“(…) en cualquier tiempo, bien sea mientras se pertenece a la administración o después cuando se ha desvinculado de ella, el uso o provecho de las prerrogativas y facilidades que en fin de cuentas se obtienen por estar o haber pertenecido a la administración en cualquiera de sus sectores organizativos (...). De allí que el legislador con una sana política de moralidad administrativa, extienda en el tiempo, en forma permanente, una incompatibilidad que impide gestionar negocios o celebrar contratos, que se hayan tenido a cargo o de los cuales se haya conocido durante el ejercicio de las respectivas funciones”²⁰.

En consecuencia, la anterior prohibición es permanente, rige hacia el futuro y aplica a todos los exfuncionarios de la Superintendencia Bancaria -en el presente caso- *en relación con aquellos asuntos que hayan estado a su cargo* durante el tiempo que se desempeñaron como tales, lo cual les impide adelantar, a partir de su retiro, cualquier gestión a cualquier título frente a tales asuntos. Se trata, entonces, de una incompatibilidad permanente como lo señala el Tribunal Administrativo que “no tiene el carácter de sanción o de pena sino simplemente consiste en una prohibición para los empleados públicos de ejercer algunas actividades aún después de su retiro del servicio tendiente a mantener la imparcialidad de la función administrativa del Estado”²¹.»

20 Concepto Radicación 762 del 19 de diciembre de 1995, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. C.P. Dr. Jaime Paredes Tamayo.

21 Consejo de Estado, Rad. No. 629 Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. Dr. Jaime Betancur Cuartas.

USO DE LA INFORMACIÓN CREDITICIA DE LAS CENTRALES DE RIESGO

Circular Externa 023 del 23 de junio de 2004 de la Superintendencia Bancaria de Colombia

«Como es de su conocimiento, el numeral 1.4.1.3. del Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995, relativo a la administración del riesgo crediticio al que se exponen las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria de Colombia, señala que en la evaluación de la capacidad de pago de un potencial deudor se debe tener en cuenta, entre otras, la información sobre el cumplimiento actual y pasado de sus obligaciones proveniente de centrales de riesgo o bancos de datos.

Tal como ya lo indicó esta Superintendencia en la Circular Externa 04 de 2002, la información que reposa en las centrales de riesgo no debe ser el único elemento de juicio que las entidades vigiladas consideren al momento de tomar decisiones sobre el otorgamiento de crédito. Con todo, resulta innegable la importancia y estrecha relación que existe entre una sana administración de la cartera de créditos de toda entidad vigilada y la consulta a los bancos de datos sobre historia crediticia.

En desarrollo de tal deber y atendiendo lo dispuesto en el artículo 98 numeral 4° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que requiere de una especial diligencia en la prestación de los servicios a sus clientes, las entidades vigiladas no pueden perder de vista que la información que de sus deudores suministran y consultan en las centrales de riesgos, en tanto se relaciona con su honra y buen nombre, cuenta con una especial protección constitucional y, por lo tanto, debe ser permanentemente actualizada y rectificada cuando a ello haya lugar, de modo que sea siempre veraz y exacta, es decir, que revele con precisión la condición de pago de sus obligaciones. En otras palabras, el deber de reporte y consulta está siempre acompañado del deber de administrar y utilizar dicha información con total responsabilidad, de forma tal que su oportuna actualización evite que información errónea o falsa pueda obstaculizar el acceso al crédito.

En tal sentido, la Superintendencia Bancaria de Colombia, atendiendo la insistente jurisprudencia sobre la materia, considera necesario señalar el deber que le asiste a las entidades

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

vigiladas, dentro de su Sistema de Administración del Riesgo Crediticio (SARC), de diseñar mecanismos adecuados que le permitan reflejar de manera ágil y oportuna en sus aplicativos internos cualquier modificación o cambio en la condición de pago de las obligaciones de sus deudores y que garantice que con igual agilidad y oportunidad dicha información será trasladada o puesta en conocimiento de las centrales de riesgos, para que tal información refleje de manera permanente la real situación crediticia de los clientes del sistema financiero.

Cualquiera sea el sistema que se adopte, el representante legal principal de la entidad vigilada deberá designar y vigilar el desempeño de un funcionario al interior de la misma, encargado de mantener un permanente control de los aplicativos manuales o automáticos con que se cuente para el efecto, de modo que garantice la permanente actualización de la situación de cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de cada uno de los deudores y su oportuna remisión a las respectivas centrales de riesgos.

De otra parte, para los efectos del artículo 98 numeral 4° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las entidades vigiladas deben diseñar e implementar un mecanismo de información a sus clientes y deudores acerca del alcance de sus convenios con centrales de riesgos, de los efectos generales que conlleva el reporte a las mismas y de las reglas sobre permanencia del dato establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 082-95.

Para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente circular las entidades cuentan con un plazo de dos meses contados a partir de la fecha de publicación de la misma.

Atendiendo la importancia que reviste una adecuada y responsable administración de la información sobre los deudores de las entidades vigiladas, que garantice la protección de los derechos constitucionales involucrados y sirva al propósito de promover la sana actividad crediticia en el país, esta Superintendencia aplicará las medidas administrativas correspondientes respecto de las entidades y los funcionarios que no cuenten con sistemas adecuados de seguimiento del comportamiento crediticio de sus clientes y de actualización de la información en las centrales de riesgos.

La presente circular rige a partir de la fecha de su publicación y modifica en lo pertinente el Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995 para lo cual se anexan las respectivas hojas.»

Las entidades vigiladas deben diseñar e implementar un mecanismo de información a sus clientes y deudores acerca del alcance de sus convenios con centrales de riesgos, de los efectos generales que conlleva el reporte a las mismas y de las reglas sobre permanencia del dato establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia de Unificación 082-95.

Reseña General

Normas

Jurisprudencia

Otros pronunciamientos

NORMAS*

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Devolución del IVA por compra con tarjetas crédito y débito

Decreto 1846 de 2004 (jun. 7). Procedimiento para efectuar la devolución. Imposibilidad de hacer la devolución. Cuando la adquisición de bienes o servicios que den lugar a devolución, se efectúe mediante tarjeta débito, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales realizará dicha devolución a través del establecimiento de crédito emisor de la tarjeta, el que acreditará los recursos correspondientes en la cuenta corriente o de ahorros a la cual pertenezca la tarjeta (*Diario Oficial* 45.574, jun. 9/04, pág. 27).

Expedición de títulos TES

Decreto 1013 de 2004 (abr. 1). Fija las fechas de expedición de Títulos de Tesorería -TES-. Valor de la última cuota de capital e intereses (*Diario Oficial* 45.509, abr. 2/04, pág. 19).

Leasing habitacional*

Decreto 1787 de 2004 (jun. 3). Reglamenta las operaciones de leasing habitacional previstas en el artículo 1° de la Ley 795 de 2003. Autorización para realizar operaciones de leasing habitacional y modalidades. Reglas del leasing habitacional destinado a la adquisición de vivienda familiar. Disposiciones comunes a las dos modalidades de leasing habitacional (*Diario Oficial* 45.569, jun. 4/04, pág. 43).

Relación mínima de solvencia de los establecimientos de crédito*

Decreto 2061 de 2004 (jun. 24). Modifica parcialmente el Decreto 1720 de 2001 (establece la relación mínima de solvencia de los establecimientos de crédito). Deducciones del patrimonio básico. Patrimonio adicional. Clasificación y ponderación de activos. Pon-

deraciones especiales (*Diario Oficial* 45.590, jun. 25/04, pág. 35).

Rentabilidad mínima obligatoria para los fondos de pensiones y cesantía*

Decreto 1592 de 2004 (may. 19). Modifica la metodología de cálculo de la rentabilidad mínima que deberán garantizar las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía a sus afiliados y los períodos aplicables para su verificación. Determinación de la rentabilidad mínima. Rentabilidad mínima obligatoria para los Fondos de Pensiones y de Cesantía. Cálculo de la rentabilidad acumulada del fondo. Período de cálculo de la rentabilidad (*Diario Oficial* 45.554, may. 20/04, pág. 1).

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo

Decreto 973 de 2004 (mar. 31). Adiciona y modifica parcialmente el Decreto 2590 de 2003. Las inversiones del Instituto de Fomento Industrial, IFI, en liquidación en otras empresas, conservarán la calidad de inversiones temporales de carácter financiero. El IFI continuará cumpliendo sus funciones, facultades, obligaciones y derechos que actualmente ejerce (*Diario Oficial* 45.509, abr. 2/04, pág. 34).

Superintendencia Bancaria de Colombia

Casas de cambio

Circular Externa 010 de 2004 (may. 8). Con el propósito de que las casas de cam-

* Las normas indicadas con asterisco se publican en el presente Boletín.

bio puedan efectuar el reporte de la base gravable del impuesto de industria y comercio para el año 2003, ha considerado pertinente modificar el instructivo del Formato 293, Proforma F.0000.90, en el sentido de agregar el numeral 3.8 “Casas de Cambio”. De otra parte, con el fin de adecuar los códigos PUC que las casas de cambio deben considerar para la base gravable del impuesto de industria y comercio a partir del año 2004, se modifica el numeral 3.7 del instructivo del formato 321, en el sentido de sustituir las cuentas 413530 y 413550 correspondientes a la “Realización de Activos” y “Liquidación de Pasivos” por las cuentas 413540 y 413560 relativas a “Realización de Otros Activos” y “Liquidación de Otros Pasivos” para lo cual en el Formato 321 se incluyen las columnas 29 y 30.

Corredores de seguros y reaseguros

Circular Externa 011 de 2004 (mar. 19).

Deroga el numeral 1. 3, Capítulo Tercero (Aspectos relativos a los corredores de seguros y de reaseguros), Título VI de la Circular Externa 007 de 1996.

Estados financieros consolidados

Circular Externa 017 de 2004 (may. 13).

A partir de los estados financieros con corte a 30 de junio de 2004, en las Notas a los Estados Financieros Consolidados, se debe presentar únicamente el resumen de la metodología utilizada para el cálculo de los valores patrimoniales proporcionales. De otra parte, se adiciona el numeral 9 del mismo Capítulo, relativo a los papeles de trabajo, con el objeto de señalar que junto con los estados financieros consolidados, debe remitirse el detalle de la forma como se calcularon todos los valores patrimoniales proporcionales.

Historias laborales

Carta Circular 045 de 2004 (jun. 11). Traslado de información laboral de los afiliados; preservación de la información. La entidad administradora en la que se encuentre afiliado un trabajador es responsable de

administrar, mantener actualizada y conservar adecuadamente la información relacionada con la historia laboral de sus afiliados.

Manual de funciones

Resolución 0263 de 2004 (mar. 31). Adopta el Manual de Funciones del Grupo de lo Contencioso Administrativo y dicta otras disposiciones en relación con la defensa judicial de la Superintendencia Bancaria de Colombia.

Oficinas, sucursales y agencias

Circular Externa 022 de 2004 (jun. 18).

Con el propósito de actualizar la información de que tratan los numerales 1.2 y 1.3 del Capítulo Cuarto del Título Primero de la Circular Básica Jurídica sobre aperturas, traslados y cierres de oficinas, sucursales o agencias que reposa en la Superintendencia Bancaria, considera necesario solicitar a las entidades vigiladas, por única vez, el suministro de la información citada mediante archivo electrónico de acuerdo con el instructivo adjunto. Las entidades vigiladas deberán continuar remitiendo a esta Superintendencia la señalada información en la forma y términos previstos en las anotadas disposiciones de la Circular Básica Jurídica.

Ordenes de autoridades judiciales

Carta Circular 36 de 2004 (abr. 26). Informa que los requerimientos u órdenes que diferentes autoridades judiciales y/o de investigación formulan a las instituciones vigiladas y que esta Entidad divulga a título de colaboración con dichos organismos del Estado, serán comunicados a partir de la fecha a través del sistema de intercambio de información con la Superintendencia Bancaria RAS o RDSI y podrán ser consultados a través de la siguiente unidad virtual:

(P):sb2nv09\publico\publico\requerimientosautoridades.

PUC

Circular Externa 016 de 2004 (may. 10). Crea en los planes de cuentas para el sistema financiero y el sector asegurador la subcuenta 133114

“Títulos emitidos por entidades no vigiladas por la Superintendencia Bancaria (incluidos los bonos obligatoria u opcionalmente convertibles en acciones)” con el fin de que las entidades registren los derechos de recompra de inversiones negociables en títulos de deuda.

Relación de solvencia

Circular Externa 014 de 2004 (mar. 30).

Modifica el numeral 1.3 del numeral 1 del Capítulo XIII de la Circular 100 de 1995, en el sentido de excluir la subcuenta 189956 – Provisión General Bienes dados en Leasing Operativo con el fin de eliminarla de la sumatoria del Código 1861. Adicionalmente, se modifica el numeral 1.4.1 del numeral 1 del Capítulo XIII – Controles de Ley - de la Circular Externa 100 de 1995 en el sentido de excluir la cuenta 2751 - Aportes pendientes por recaudar para cooperativas, con el propósito de excluir del cálculo del indicador de solvencia en el patrimonio básico, los futuros aportes de los cooperados.

SOAT

Carta Circular 048 de 2004 (jun. 18).

En atención al efecto de la sentencia

C-312 de 2004 de la Corte Constitucional, esta Superintendencia se permite informar que se mantienen vigentes las tarifas máximas que pueden cobrar las entidades aseguradoras por la expedición del Seguro Obligatorio de Daños Corporales causados a las Personas en Accidentes de Tránsito (SOAT) señaladas por este organismo mediante la Circular Externa 048 de 2002 y establecidas en el Anexo 1 del Título Sexto de la Circular Externa 007 de 1996.

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Devoluciones IVA dos (2) puntos

Circular Externa 00058 de 2004 (abr. 6).

Aclara el alcance de los artículos 7 y 14 de la Resolución 02144, por la cual se fijó la información necesaria y se estableció el procedimiento para la devolución de los dos (2) puntos del IVA pagado en las compras con tarjetas de crédito y/o débito para personas naturales.

JURISPRUDENCIA*

Corte Constitucional

Contrato de prestación de servicios con el Estado

Sentencia C-124 del 17 de febrero de 2004.

Las características del contrato de prestación de servicios con el Estado y la imposibilidad de su asimilación con el contrato de trabajo. El principio de solidaridad y la obligación de contribuir al sistema de seguridad social por parte de los contratistas de prestación de servicios.

Créditos de vivienda

Sentencia T-357 del 22 de abril de 2004.

Variación de las condiciones de los créditos de vivienda. Procedimiento para reliquidación. Derecho al debido proceso.

Créditos hipotecarios

Sentencia T-186 del 4 de marzo de 2004.

Reliquidación de créditos. Reversión unila-

* Las jurisprudencias indicadas con asterisco se publican en el presente Boletín.

teral de reliquidaciones. Efectividad a los derechos surgidos en la primera reliquidación.

Sentencia T-204 del 4 de marzo de 2004.

Aplicación del principio del respecto del acto propio. Reiteración. La información suministrada por el banco no podrá variarse de manera unilateral e inconsulta, pues al hacerlo, no sólo impide que su cliente controvierta la nueva posición jurídica que se le quiere imponer, sino que además, viola su derecho al debido proceso y desconoce abiertamente el principio de respeto al acto propio.

Sentencia T-263 del 17 de marzo de 2004.

Revocación unilateral del alivio. Aplicación del principio del respeto al acto propio como desarrollo del derecho al debido proceso. Conductas violatorias de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema financiero.

Fosyga

Sentencia C-312 del 31 de marzo de 2004.

Declara inexecutable algunas expresiones del artículo 44 de la Ley 795 de 2003 (Facultades del Gobierno Nacional en relación con los términos de la póliza y contribución al Fosyga). Trascendencia jurídica de las normas sobre formación de las leyes en un régimen democrático.

Habeas data

Sentencia T-526 del 27 de mayo de 2004.

Reiteración de la doctrina constitucional sobre la autodeterminación informática como expresión del derecho a la intimidad económica; el alcance de la autorización para divulgar la historia crediticia personal. El derecho a la igualdad en el tratamiento de la información adversa. Derecho a la intimidad. Divulgación de la información negativa.

Pensión de invalidez

Sentencia C-252 del 16 de marzo de 2004.

Declara executable el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 (sistema de seguridad social integral) y el 10 de la Ley 776 de 2002 (organización, administración y prestaciones del

sistema de riesgos profesionales). Existen fundamentos objetivos diferentes en uno y otro caso que justifican el establecimiento de montos diferentes en el reconocimiento de pensión de invalidez.

Pensión de vejez

Sentencia C-227 del 8 de marzo de 2004.

Declara inexecutable la expresión “menor de 18 años”, contenida en el inciso II del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y executable el resto del inciso II del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en el entendido de que la dependencia del hijo con respecto a la madre es de carácter económico. Derecho a la igualdad.

Pensiones

Sentencia C-432 del 6 de mayo de 2004.

Declara inexecutable el Decreto 2070 de 2003 (por medio del cual se reforma el régimen pensional propio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional) y el numeral 3 del artículo 17 de la Ley 797 de 2003 (expedir normas con fuerza de ley para reformar los regímenes pensionales propios de las fuerzas militares y de policía y DAS de conformidad con los artículos 217 y 218 de la Constitución Política).

Posición dominante*

Sentencia T-060 del 29 de enero de 2004.

El derecho al debido proceso. Principio del respeto del acto propio. Posición dominante de las entidades bancarias frente a sus usuarios. Revocatoria unilateral del alivio financiero.

Riesgos profesionales

Sentencia C-250 del 16 de marzo de 2004.

Declara inexecutable el inciso 2º del artículo 16 del Decreto Ley 1295 de 1994 “El no pago de dos o más cotizaciones periódicas, implica, además de las sanciones legales, la desafiliación automática del sistema general de riesgos profesionales, quedando a cargo del respectivo empleador la responsabilidad del cubrimiento de los riesgos profesionales”.

UPAC-UVR*

Sentencia T-212 del 5 de marzo de 2004.

La acción de tutela puede ser interpuesta por personas jurídicas y procede contra providencias judiciales que constituyen vías de hecho. Alcance del cambio de sistema UPAC al sistema UVR; aspectos específicos; conversión de los pagarés. Los títulos claros, expresos y exigibles prestan mérito ejecutivo; requisitos; vía de hecho por defecto sustantivo. Naturaleza del título valor.

Corte Suprema de Justicia

Pensión de sobrevivientes

Sentencia del 25 de marzo de 2004. Expediente 21382.

Corte confirma el fallo que deja en manos del empleador incumplido el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

Consejo de Estado

Sala Contencioso Administrativo

Concentración de riesgo*

Sentencia del 6 de mayo de 2004. Expediente 13418.

Al Presidente de la República le corresponde, entre otras funciones, ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Democratización del crédito. Límites para realizar operaciones activas de crédito.

Patrimonio técnico

Sentencia del 1 de abril de 2004. Expediente 13454.

No pueden otorgarse créditos que superen el diez por ciento (10%) del patrimonio técnico del establecimiento de crédito si la única garantía de la operación es el patrimonio del deudor. Límite del cupo individual de endeudamiento. Sanciones administrativas. Derecho de defensa y debido proceso.

Posesión cooperativas financieras

Sentencia del 26 de febrero de 2004. Expediente 00355.

Niega la demanda interpuesta contra el Decreto 756 de 2000 (por el cual se determinan reglas especiales para el procedimiento aplicable a la toma de posesión de las cooperativas financieras, cooperativas de ahorro y crédito y cooperativas multiactivas o integrales con sección de ahorro y crédito). Todas las cooperativas quedan sujetas.

Vía gubernativa

Sentencia del 22 de abril de 2004. Expediente 00540.

El agotamiento de la vía gubernativa constituye un presupuesto procesal para que la demanda sea admitida. Para acudir a la jurisdicción contenciosa es necesario que previamente se haya agotado la vía gubernativa, procedimiento éste que brinda a la administración la oportunidad de reexaminar las razones de la determinación que haya adoptado.

Consejo de Estado

Sala de Consulta y Servicio Civil

Facultades de inspección, vigilancia y control*

Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Expediente 1.533.

Debido proceso y derecho de defensa; no se violan si no se da traslado de pruebas en la etapa de investigación como consecuencia de las facultades de inspección, vigilancia y control que tienen las superintendencias, pues en dicha etapa no existe aún un cargo contra nadie y, por lo mismo, la actuación es unilateral de la administración, pues se busca establecer, si existe o no, razonablemente, necesidad de iniciar investigación por aparecer la posible existencia de una conducta irregular o de un hecho sancionable administrativamente y sobre sus eventuales autores que ameriten la formulación de cargos concretos.

OTROS PRONUNCIAMIENTOS

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Beneficios tributarios

Concepto 017127 de 2004 (Mar. 24). Las cuotas de manejo de tarjetas no asociadas a cuentas corrientes o de ahorros, emitidas por establecimientos bancarios, para los empleados, pensionados o miembros de la fuerza

pública con asignación de retiro o pensión, que devenguen un salario igual o inferior a dos punto cinco (2.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, correrán a cargo del empleador quien tendrá derecho a deducir de su renta el importe que haya reconocido por los mismos. Se trata entonces de tarjetas diferentes a las conocidas como tarjetas débito o crédito, que generalmente están asociadas a una cuenta del trabajador.

