



Superintendencia
Bancaria de Colombia

Boletín
jurídico

No. 35

Diciembre de 2003-Febrero 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

Subdirector de Consultas (E)
Gabriel Hernán Aguilar Leal

Coordinador Grupo Ediciones Jurídicas
Luis Fernando López Garavito

Colaboradores
Andrés Velandia Velásquez
José Armando Rondón Reyes

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:
"Antigua Candelaria"
Foto de Julio Alberto Rincón Rodríguez
Superintendencia Bancaria de Colombia
Año 2004

CONTENIDO

DE ESPECIAL INTERÉS

Ley 860 de 2003. Pensión de invalidez y vejez .	6
Decreto 226 de 2004. Liquidación	9
Decreto 307 de 2004. Titularización de cartera	10
Decreto 310 de 2004. Contingencias pasivas y pasivos ocultos que lleguen a afectar establecimientos bancarios de carácter público no nacionalizados	11
Resolución Externa 1 de 2004 de la Junta Directiva del Banco de la República. Mercado cambiario	13

JURISPRUDENCIA

Confianza en el sector financiero	16
Constitución de entidades financieras-Requisitos personales de los solicitantes. Prohibición para las personas sancionadas por violación a los cupos de crédito	19
Defensor del cliente	40

CONCEPTOS

Acceso al servicio financiero	56
Adquisición de acciones de entidades vigiladas y no vigiladas	58
Bancos de datos	65
Leasing habitacional	68
Posesión de funcionarios	74
Prelación de créditos	78
Sociedades fiduciarias (operaciones)	82
Sociedades fiduciarias (objeto)	91

TEMAS DE CONSULTA

Defensor del cliente	96
Mercado cambiario	97

RESEÑA GENERAL

Normas	100
Jurisprudencia	103

***E**n este número, el Boletín Jurídico presenta a sus lectores una selección de disposiciones normativas y jurisprudencia financiera expedida en las últimas semanas del año 2003 y durante los meses de enero y febrero de 2004. Así, se recogen los textos de la Ley 860 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y se incluyen los Decretos 226, 307 y 310 de 2004, por medio de los cuales (i) se reglamenta el Decreto-Ley 254 de 2000, con relación a procesos liquidatorios, (ii) se regula parcialmente la titularización de cartera hipotecaria prevista en la Ley 546 de 1999 y, (iii) se modifica el Decreto 3051 de 2003, en el sentido de autorizar al Fogafin la asunción de algunas contingencias pasivas y de pasivos ocultos que lleguen a afectar establecimientos bancarios de carácter público no nacionalizados. Se incluye también la Resolución Externa 1 de 2004, por la cual la Junta Directiva del Banco de la República introdujo una modificación a la regulación de la posición propia de contado de los intermediarios del mercado cambiario.*

En materia de jurisprudencia se presenta un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre confianza y credibilidad en el sistema financiero y dos sentencias de la Corte Constitucional, relativos a los requisitos personales que deben acreditar los interesados en la constitución de una entidad financiera y a la institución del Defensor del Cliente.

Así mismo, se publican ocho (8) conceptos elaborados por Subdirección de Consultas de la Superintendencia Bancaria de Colombia, relacionados con diferentes tópicos, que esperamos resulten de interés para el análisis de las condiciones en que se desarrollan algunas actividades del sistema financiero.

Por último, se incluyen los habituales apartes de Temas de Consulta y Reseña General de Normas y Jurisprudencia, junto con un folleto que relaciona los conceptos de esta Superintendencia ordenados por temas y suscritos durante el período que cubre este Boletín.

**Subdirección de Representación Judicial
y Ediciones Jurídicas**

De especial interés

Ley 860 de 2003

Decreto 226 de 2004

Decreto 307 de 2004

Decreto 310 de 2004

*Resolución Externa 1 de 2004 de la
Junta Directiva del Banco de la República*

*PENSIÓN DE INVALIDEZ Y VEJEZ***Ley 860 de 2003***
(diciembre 26)

Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

Artículo 2º. *Definición y campo de aplicación.* El régimen de pensiones para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al que se refieren los artículos 1º y 2º del Decreto 2646 de 1994 ó normas que lo modifiquen o adicionen, será el que a continuación se define.

* Diario Oficial 45.415 del 29 de diciembre de 2003, pág. 24.

Para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que labore en las demás áreas o cargos, se les aplicará en su integridad el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo 1°. Pensión de vejez por exposición a alto riesgo. Los Servidores Públicos señalados en este artículo, dada su actividad de exposición a alto riesgo, que efectúen la cotización especial señalada en el artículo 12 del Decreto 1835 de 1994 y la que se define en la presente ley, durante por lo menos 650 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión de vejez, siempre y cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente como servidores del Departamento de Seguridad, DAS, en los cargos señalados en los artículos 1° y 2° del Decreto 2646 de 1994.

Parágrafo 2°. Condiciones y requisitos para tener derecho a la pensión de vejez por exposición a alto riesgo (DAS). La pensión de vejez, se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad.
2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones al que se refiere el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

La edad para el reconocimiento de la pensión especial de vejez se disminuirá un (1) año por cada sesenta (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a cincuenta (50) años.

Parágrafo 3°. Monto de la cotización especial. El monto de la cotización especial para el personal del DAS del que trata la presente Ley, será el previsto en la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, más diez (10) puntos adicionales a cargo del empleador.

Parágrafo 4°. Ingreso base de cotización. El ingreso base de cotización para los servidores públicos a que se refiere este artículo, estará constituido por los factores incluidos en el Decreto 1158 de 1994, adicionado en un 40% de la prima especial de riesgo a la que se refieren los artículos 1° y 2° del Decreto 2646 de 1994.

El porcentaje del cuarenta por ciento (40%) considerado para el Ingreso Base de Cotización se incrementará al cincuenta por ciento (50%) a partir del 31 de diciembre del 2007.

Parágrafo 5°. Régimen de transición. Los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994 que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hubieren cotizado 500 semanas les serán reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el Decreto 1835 de 1994.

Parágrafo 6°. Los servidores públicos de que trata el campo de aplicación del presente artículo, que a la fecha de entrada en vigencia de la misma se encuentren afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, deberán trasladarse al Régimen Prima Media con Prestación Definida en un plazo máximo de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su publicación, para que les sea aplicado el régimen previsto en la presente ley. En ese caso no será necesario que hubieren cumplido el término de permanencia de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

A aquellos servidores públicos que decidan permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se les aplicará en su integralidad lo previsto para dicho Régimen en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo 7°. Normas aplicables. En lo no previsto para la pensión de vejez establecida en el presente artículo, se aplican las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios.

Artículo 3°. Amortización y pago del cálculo actuarial de pensionados. Las empresas del sector privado, conforme a lo establecido en los Decretos-ley 1282 y 1283 de 1994, deberán transferir el valor de su cálculo actuarial a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector privado, que administren el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y para tal fin tendrán plazo para realizar dichos pagos hasta el año 2023.

El porcentaje no amortizado del cálculo actuarial se transferirá gradualmente en forma lineal.

Los pagos se calcularán anualmente y se pagarán en doce (12) cuotas mensuales mes vencido, dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, de tal manera que permita atender las mesadas pensionales corrientes para cada vigencia fiscal.

De no pagarse dentro de los primeros diez (10) días del mes siguiente, se reconocerá por el deudor el interés de que trata el inciso primero del artículo 23 de la Ley 100 sancionada en 1993.

Los valores que se deben transferir de conformidad con este artículo, incluyen además de las transferencias futuras, todas las sumas de dinero que a la fecha de expedición, de la presente ley no hayan sido transferidas.

Para el pago de intereses moratorios que se adeuden sobre las sumas no transferidas a la fecha de la expedición de la presente ley, el plazo será hasta el año 2008, y se pagarán en cuotas mensuales.

Parágrafo 1°. Para efectos de la amortización contable las empresas no podrán disminuir los valores amortizados de sus cálculos actuariales a 31 de diciembre de 2003.

Parágrafo 2°. Las empresas y las entidades de Seguridad Social del sector privado de que trata el presente artículo, ajustarán a los términos establecidos en la presente ley, los acuerdos que en materia de pago hayan suscrito, en un plazo de dos meses contados a partir de su promulgación.

Este artículo deroga expresamente el artículo 7° del Decreto 1283 de 1994, y todas las demás normas que le sean contrarias.

Artículo 4°. A partir de la vigencia de la presente ley, modifíquese el inciso segundo y adiciónese el parágrafo 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del Sistema General de Pensiones.

A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas

cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 1° de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1° de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de Pensiones incluidas las señaladas por el numeral 2 del artículo 33 y el artículo 34 de esta ley, modificada por la Ley 797 de 2003.

Parágrafo 1°. Para los efectos de la presente ley, se respetarán y garantizarán integralmente los derechos adquiridos a quienes tienen la calidad de pensionados de jubilación, vejez, invalidez, sustitución y sobrevivencia en los diferentes órdenes, sectores y regímenes, así como a quienes han cumplido ya con los requisitos exigidos por la ley para adquirir la pensión, pero no se les ha reconocido.

Artículo 5°. *Vigencia.* La presente ley empieza a regir a partir de su promulgación.

LIQUIDACIÓN

Decreto 226 de 2004*

(enero 28)

Por el cual se reglamenta el Decreto-Ley 254 de 2000.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las que le confiere el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de los artículos 1 y 2 del Decreto 254 de 2000,

DECRETA:

Artículo 1°. *Culminación Proceso Liquidatorio.* Cuando el liquidador advierta que al terminar el proceso liquidatorio pueden existir activos no entregados o realizados o situaciones no definidas se procederá de conformidad con lo dispuesto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus disposiciones complementarias, y en particular, de acuerdo con lo establecido por el numeral 20 del artículo 5 del Decreto 2418 de 1999.

* Diario Oficial 45.450 del 29 de enero de 2004, pág. 13.

Lo anterior sin perjuicio de la obligación de conservar la destinación de los activos afectos al pago de pensiones y de la obligación de destinar al pago de pasivos pensionales preferentemente activos monetarios, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14 del Decreto 254 de 2000.

Artículo 2º. *Procesos Liquidatorios adelantados por otra entidad estatal.* En los casos en que se disponga que otra entidad estatal continúe adelantando las actividades correspondientes al proceso liquidatorio, para culminar dichas actividades la misma dará aplicación a las disposiciones a que se refiere el artículo anterior. Cuando la entidad estatal maneje los recursos entregados, provenientes o derivados de los activos de la liquidación deberá hacerlo en una cuenta independiente que permita asumir los gastos de la liquidación y mantener su destinación específica al pago de pasivos pensionales y otros pasivos de la liquidación.

En este caso la entidad podrá celebrar todos los actos, contratos o convenios necesarios para la conservación de los activos, en particular, los que tengan por propósito evitar el deterioro o destrucción de los bienes o activos, así como celebrar los contratos o convenios requeridos para el desarrollo de la liquidación y aquellos que faciliten la cancelación del pasivo.

Artículo 3º. *Participación en la Fórmula de Adjudicación.* En los casos en que la Nación asuma el pago del pasivo pensional, la misma participará en la aprobación de la fórmula de adjudicación de los activos remanentes con los votos que correspondan a dicho pasivo.

Artículo 4º. *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

TITULARIZACIÓN DE CARTERA

Decreto 307 de 2004*

(febrero 2)

Por el cual se regula parcialmente la titularización de cartera hipotecaria prevista en el artículo 12 de la Ley 546 de 1999.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política y en desarrollo de los objetivos y criterios establecidos en los numerales 2 y 4 del artículo 2º de la Ley 546 de 1999,

DECRETA:

* Diario Oficial 45.450 del 3 de febrero de 2004, pág. 20.

Artículo 1º. *Titularización de cartera hipotecaria.* La emisión de títulos por parte de sociedades titularizadoras o sociedades fiduciarias, representativos de títulos emitidos por los establecimientos de crédito y las entidades señaladas en el artículo 1º de la Ley 546 de 1999 en procesos de titularización de créditos otorgados para financiar la construcción y la adquisición de vivienda es una especie del género de titularización de cartera hipotecaria prevista en el artículo 12 de la Ley 546 de 1999.

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

CONTINGENCIAS PASIVAS Y PASIVOS OCULTOS

Decreto 310 de 2004*

(febrero 2)

Por el cual se modifica el Decreto 3051 de 2003.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, el literal a) del numeral 1 del artículo 48 y el numeral 7 del artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 1º del Decreto 3051 de 2003 quedará así:

"Artículo 1º. *Asunción de contingencias pasivas y de pasivos ocultos.* Autorízase al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para que en desarrollo de su objeto, asuma en forma total o parcial las obligaciones pecuniarias que surjan como consecuencia de contingencias pasivas o de pasivos ocultos que llegaren a afectar a establecimientos bancarios de carácter público no nacionalizados a los cuales el Fondo haya otorgado capital garantía, o a sus filiales, cuando a juicio de su Junta Directiva la medida sea necesaria para el fortalecimiento patrimonial del respectivo establecimiento bancario mediante la vinculación de nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado. En contrapartida, la Junta Directiva del Fondo podrá exigir al establecimiento bancario el reconocimiento de contraprestaciones o la entrega de activos.

En desarrollo de la operación que se autoriza, el Fondo podrá asumir, entre otros, las siguientes contingencias pasivas o pasivos ocultos: (i) procesos ordinarios de carácter civil, comercial, laboral y de seguridad social, así como los costos asociados al manejo de los

* Diario Oficial 45.450 del 3 de febrero de 2004, pág. 21.

misimos; (ii) controversias administrativas; (iii) procesos contencioso administrativos; (iv) pasivos pensionales del respectivo establecimiento bancario que, debiendo estar registrados en sus estados financieros a la fecha de vinculación de nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado, no lo estuvieren; (v) otros pasivos existentes que no estén registrados en los respectivos estados financieros a la fecha de vinculación de nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado; (vi) obligaciones pensionales del respectivo establecimiento bancario reconocidas con anterioridad a la fecha de vinculación de nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado, no incluidas íntegramente en el cálculo actuarial. En todo caso, la asunción de contingencias por parte del Fondo no incluye los beneficios convencionales que se extiendan a los pensionados por virtud de la ley; (vii) las obligaciones originadas en los aportes que el establecimiento bancario deba efectuar al Instituto de Seguros Sociales para efecto del reconocimiento de la pensión compartida de pensiones reconocidas con anterioridad a la fecha de vinculación de nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado, o que habiéndose causado antes de dicha fecha, sean reconocidas por orden judicial, en la suma en que exceda la reserva que con tal fin haya efectuado el Banco; (viii) incremento de las obligaciones pensionales reconocidas antes de la fecha de vinculación de nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado, que surjan de modificaciones legales o de sentencias dictadas dentro de procesos que decidan sobre la constitucionalidad o legalidad de normas aplicables a dichas obligaciones con posterioridad a la mencionada vinculación.

Con excepción de lo previsto en el numeral (viii) precedente, para asumir las mencionadas obligaciones pecuniarias, los hechos, acciones u omisiones que den lugar a las contingencias pasivas o a los pasivos ocultos a los que se refiere el presente decreto, deben ser anteriores a la fecha de vinculación de nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado. En consecuencia, las obligaciones que se asuman no deben estar cumplidas, satisfechas o pagadas a la fecha de vinculación de nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado, directamente por el establecimiento bancario, las filiales o a través de un tercero. Tratándose de obligaciones pensionales solo podrán ser asumidas en cuanto no estén reconocidas o no lo estén íntegramente en el cálculo actuarial del establecimiento bancario a dicha fecha de vinculación.

Parágrafo 1º. Los establecimientos bancarios de carácter público no nacionalizados a que se refiere el presente artículo, serán aquellos cuyas acciones pertenezcan al Fondo en un porcentaje no inferior al noventa por ciento (90%) del total en circulación y que cuenten con capital garantía otorgado por dicha entidad con anterioridad a la fecha de vinculación de nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado.

Parágrafo 2º. La Junta Directiva del Fondo establecerá la forma como el capital garantía del establecimiento bancario deberá ser sustituido por los recursos originados en la suscripción de las nuevas acciones que se emitan para el fortalecimiento patrimonial mediante la vinculación de los nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado, como condición para la asunción de las obligaciones de las que trata el presente artículo."

Artículo 2º. *Vigencia.* El presente Decreto rige desde la fecha de su publicación.

Mercado Cambiario

Resolución Externa 1 de 2004*

(enero 23)

Por la cual se expiden regulaciones en materia cambiaria.

La Junta Directiva del Banco de la República,

en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en particular de la prevista en el literal h) del artículo 16 de la ley 31 de 1992,

Resuelve:

Artículo 1º. El segundo inciso del artículo 3 de la resolución externa 4 de 2001 quedará así:

"El monto máximo de posición propia de contado no podrá superar el cincuenta por ciento (50 %) del patrimonio técnico de la entidad. La posición propia de contado no podrá ser negativa."

Artículo 2º. Para efectos de esta resolución, los intermediarios del mercado cambiario que presenten una posición propia de contado negativa deberán ajustarse al nivel mínimo correspondiente a más tardar el 31 de marzo de 2004. Tales intermediarios no podrán tener una posición propia de contado negativa inferior al nivel registrado a la vigencia de la presente resolución.

Artículo 3º. La presente resolución rige desde la fecha de su publicación.

* Boletín Junta Directiva del Banco de la República No. 3 del 23 de enero de 2004.

Jurisprudencia

Confianza en el sector financiero

Constitución de entidades financieras -

Requisitos personales de los solicitantes -

*Prohibición para las personas sancionadas
por violación a las normas de cupos de crédito*

Defensor del cliente

CONFIANZA EN EL SECTOR FINANCIERO

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M. P. Jesid Ramírez Bastidas. Sentencia del 3 de diciembre de 2003. Expediente 15595.

Síntesis: *Falta de aplicación y aplicación indebida de la norma; pena privativa de la libertad y suspensión condicional de la ejecución de la pena. Agravación del hecho por el elemento confianza. Credibilidad en el sistema financiero. La confianza es el principal activo no sólo de cualquier entidad que se dedique al negocio financiero, sino del sistema en general.*

«(...)

La Corte considera:

1. Se equivoca el censor al tratar de cumplir con el requisito de indicar las normas que estima infringidas, carga legal que incluye la de señalar el sentido de la violación del precepto sustancial presuntamente violado. Al plantear que el artículo 68 del Código Penal derogado fue "aplicado indebidamente" por el Tribunal cuando le negó a su defendida el subrogado penal de la condena de ejecución condicional deja patente su error porque desconoce que conforme a la estructura normativa de ese mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, su concesión implica necesariamente la aplicación del precepto, mientras que su negación, por consiguiente y también con condición de necesidad, la falta de aplicación de la norma.

De lo expuesto surge claro que el artículo 63 del Código Penal (68 del derogado) no admite sino dos formas de realización: una, cuando se concede la suspensión condicional de la ejecución de la pena como mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, evento en que la norma se aplica; y, dos, cuando se niega ese beneficio, escenario en que el precepto se deja de aplicar. En ese orden de ideas, entonces los sentidos de la violación que pueden predicarse de esa norma se reducen también a dos: falta de aplicación y aplicación indebida.

Como quien aquí actúa como demandante es el defensor de la procesada (...) y el propósito de su extraordinario recurso es obtener la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión que a ella se le impuso, resulta evidente que su pretensión no encuentra cabida en otro sentido de la violación que en la falta de aplicación del precepto. Al precisar el cargo como de "error de hecho por falso juicio de identidad que generó la aplicación indebida del artículo 68 del Código Penal (derogado)" y desarrollarlo en el sentido de pretender la concesión de ese mecanismo sustitutivo de la pena privativa de la libertad, incurrió en una contradicción lógica insalvable no sólo dentro del discurso jurídico, sino también frente a su interés jurídico, como quiera que carecería de él para reclamar por la aplicación indebida de la fuente formal citada.

En contrario, ese interés jurídico reside exclusivamente en el sujeto procesal (Ministerio Público - Fiscalía General de la Nación) que tenga vocación para reclamar por la errada concesión del beneficio (indebida aplicación) y que, por lo consiguiente, pueda pretender la ejecución inmediata de la pena privativa de la libertad.

2. Aún con abstracción de las irregularidades puestas de presente, la demanda no logra superar otros errores técnicos que la hacen de imposible prosperidad en sede de casación. Precisado el error como de hecho y concretado el cargo como de falso juicio de

identidad, era deber del censor demostrarlo conforme a la asertividad y objetividad que caracterizan su naturaleza.

Y en ese orden de ideas, el demandante debía, prima facie, identificar las pruebas que fueron objeto del error que denuncia, porque es sobre ellas como elementos cognoscitivos a disposición del Juez que éste puede errar en su apreciación material para tergiversarlas, llevándolas a decir lo que no dicen, esto es, haciéndolas ser lo que no son. Por eso, precisamente, es que el yerro se denomina falso juicio de identidad, porque a través de un juicio equivocado, el medio se desidentifica, quitándole su identidad y dándole una diferente de la que posee como objeto de conocimiento. Al no obrar de semejante manera, el recurrente deja indemostrado el cargo, pues resulta lógica y naturalmente imposible demostrar la tergiversación de un medio de prueba, sin identificarlo concreta y previamente.

No prospera el cargo.

3. Tampoco tiene ninguna vocación de prosperidad la demanda, aún abordándose desde la óptica exclusiva de la proposición del error de hecho denominado por la Corte como error de raciocinio, que es a donde finalmente pareciera apuntar el discurso jurídico del recurrente cuando plantea que el Tribunal no podía deducir del material probatorio la necesidad de tratamiento penitenciario de su defendida, o que apreció indebidamente sus muestras de arrepentimiento o, que finalmente se equivocó al estimar la gravedad del hecho sobre la base de

la afectación de la confianza en el sistema financiero.

3.1 Al señalar el censor que hubo una indebida apreciación del material probatorio, su primer deber era señalar exactamente a partir de qué medios se produjeron las deducciones indebidas, precisando de manera exacta cuál es la deducción que el Juez hizo y por qué la estima indebida, tarea en la que necesariamente debe involucrar los elementos que componen las reglas de la sana crítica, dado el sistema probatorio nacional de persuasión racional, sin dejar de pasar por alto que tanto el actual artículo 238 del Código de Procedimiento Penal como el derogado 254, le impone al juzgador el deber legal de apreciar las pruebas en conjunto.

Al no desarrollar su afirmación de indebida deducción de la necesidad de tratamiento penitenciario a partir de la "causa probatoria", la censura se queda en una mera enunciación, sin demostración alguna, razón suficiente para su improsperidad.

3.2 El análisis anterior se hace extensivo a la censura atinente a la errada estimación de las muestras de arrepentimiento de la procesada frente al hecho cometido, sin que el censor señale exactamente cuáles son esos actos de contricción y de qué manera se manifestaron en la actuación procesal, pues del único que existe constancia es de la confesión de unos hechos concretos, concediéndose por parte del Tribunal la reducción de pena correspondiente, mientras que a su vez aparece claro que el monto del hurto superó los cien millones

Por eso, precisamente,
es que el yerro se
denomina falso juicio de
identidad, porque a
través de un juicio
equivocado, el medio se
desidentifica, quitándole
su identidad y dándole
una diferente de la que
posee como objeto de
conocimiento.

de pesos, sin que haya evidencia de haberse restituido ese botín o parte de él, comportamiento que, a no dudarlo, contradice el supuesto arrepentimiento que predica su defensor. Tampoco prospera este cargo.

3.3 Finalmente y en torno a la supuestamente indebida conclusión de gravedad del hecho por afectación de la credibilidad del sistema financiero, en consideración a que - dice el censor- ningún cliente perdió un sólo peso, pues la única afectada material y jurídicamente fue (...), la censura es equivocada. Y,

Lo es por cuanto semejante afirmación contradice las reglas del negocio financiero (bancario, fiduciario, bursátil, etcétera) que es, tanto una actividad de riesgo, como de confianza y de tanta sensibilidad para la estabilidad social que tiene regulación constitucional propia que le permite al Estado no sólo intervenir directa y rápidamente en su regulación (artículos 150 numeral 19, literal d), sino que su ejercicio exige previa autorización del Estado (artículo 335). En ese orden de ideas, la confianza es el principal activo no sólo de cualquier entidad que se dedique al negocio financiero, sino del sistema en general, pues únicamente sobre ese intangible es que se obtiene la circulación del dinero a través del sistema financiero, en desarrollo de las actividades de captación y colocación que en general caracterizan esa actividad.

Surge de lo anterior, que la confianza no se ve afectada única y exclusivamente, como

parece entenderlo el censor, por la pérdida real de activos por parte de los clientes del sistema, sino, como en este caso concreto, cuando esa clientela percibe que por la infidelidad de uno de los cargos directivos de la institución financiera, sus dineros estuvieron en riesgo de perderse, sus cuentas fueron real y concretamente manipuladas para verificar actos contrarios a la ley, así como que su saldo fue disminuido. Esos hechos son de extrema gravedad para la confianza del sistema financiero y la afecta en grado sumo cuando quien los realiza es un directivo de la entidad. En ese escenario, el que (...) haya honrado sus compromisos con los cuentahabientes o con sus fideicomitentes, no purga el daño causado a la confianza de sus clientes, simplemente la restaura en su seriedad empresarial, pero el daño ya está hecho.

No prospera el cargo.

(...)

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

(...)

3. NO CASAR la sentencia recurrida, expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de (...) el 19 de octubre de 1998".»

(...) la confianza es el principal activo no sólo de cualquier entidad que se dedique al negocio financiero, sino del sistema en general, pues únicamente sobre ese intangible es que se obtiene la circulación del dinero a través del sistema financiero, en desarrollo de las actividades de captación y colocación que en general caracterizan esa actividad.

*CONSTITUCIÓN DE ENTIDADES FINANCIERAS -
REQUISITOS PERSONALES DE LOS SOLICITANTES -
PROHIBICIÓN PARA LAS PERSONAS SANCIONADAS POR
VIOLACIÓN A LAS NORMAS DE CUPOS DE CRÉDITO*

Corte Constitucional. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Sentencia C-1062 del 11 de noviembre de 2003. Expediente D-4647.

Síntesis: *Requisitos. Los solicitantes deberán acreditar satisfactoriamente su carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial, de tal manera que éstas inspiren confianza al Superintendente Bancario sobre la forma como participarán en la dirección y administración de la entidad financiera. Los cupos individuales de crédito; breve historia legislativa y responsabilidad de quienes los exceden.*

«(...)

II. Norma demandada

A continuación se transcribe la norma acusada y se subraya y resalta el aparte considerado inconstitucional.

"Decreto 0663 de 1993

(abril 2)

Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración

El presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades extraordinarias que le confiere la Ley 35 de 1993,

Decreta:

(...)

Parte Tercera

Normas relativas al funcionamiento de las instituciones financieras

Capítulo I
Constitución

"Artículo 53. Procedimiento

(...)

5. Autorización para la constitución (...)

En todo caso, se abstendrá de autorizar la participación de las siguientes personas:

(...)

c) (Modificado. Ley 795 de 2003, artículo 8º). **Las sancionadas por violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito, y**

(...)."

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

(...)

El problema jurídico que plantea la demanda.

2. El actor formula varios cargos contra el literal que acusa. Conforme a uno primero, tal literal consagra una inhabilidad que quebranta la garantía de la irretroactividad de la ley, pues se aplica a personas que desconocieron los cupos individuales de crédito antes de que tal conducta empezara a ser considerada como causal de inhabilidad, cosa que sólo sucedió con la expedición del Decreto 1730 de 1991.

En un segundo cargo, el demandante arguye que la inhabilidad a que se refiere la norma que acusa es intemporal o irredimible, lo cual violenta el artículo 28 superior.

Finalmente, en otro cargo independiente se aduce que la inhabilidad es desproporcionada por varias razones: (i) porque no tiene en cuenta la magnitud de la falta cometida, ya que no repara en la cuantía en la que se excedieron los cupos individuales de crédito, castigando a cualquier infractor de la prohibición con idéntica inhabilidad perpetua; (ii) la desproporción también se manifiesta en que se impone la misma sanción a quien ha infringido cupos de endeudamiento, que a quien ha cometido delitos más graves contra el sistema financiero; (iii) además, la norma da un trato a los particulares similar al que se otorga a los servidores públicos, desconociendo que en la materia que regula está comprometido el ejercicio de la libertad de empresa, asunto que no está presente en el diseño de las inhabilidades para ejercer cargos públicos. Todo lo anterior conduce a que la disposición desconozca los derechos al trabajo, a escoger libremente profesión u oficio y a la libertad de empresa.

3. La intervención oficial de la Superintendencia Bancaria enfatiza en que el objetivo que se persigue con la inhabilidad que consagra la disposición acusada es mantener el orden público económico y propiciar la democratización del crédito, asegurando la estabilidad del sector financiero. En respuesta al cargo aducido por violación del principio de irretroactividad de la ley, sostiene que los efectos de la norma acusada no son retroactivos porque no desconocen derechos adquiridos, dado que el derecho a participar en la constitución de entidades financieras no constituye sino una mera expectativa. Agrega que si de lo que se trata es de proteger la estabilidad del sistema financiero, no resulta lógico distinguir entre transgresores anteriores y posteriores a la norma, pues cualquiera de ellos ha traicionado la confianza pública. Aduce que la inhabilidad no es una pena, sino la restricción para el acceso a un cargo o a una posición, y por lo mismo desestima las acusaciones según las cuales la norma consagra una sanción irredimible. Finalmente, frente al cargo relativo al desconocimiento del principio de proporcionalidad, la Superintendencia interviniente estima que la violación de los cupos individuales de crédito no es un trasgresión de poca monta, por lo cual dicha acusación carece de sustento.

La vista fiscal afirma que existen dos clases de inhabilidades: la inhabilidad sanción, que atiene a la conducta llevada a cabo por la persona y la castiga con la imposibilidad de desempeñar un cargo o ejercer determinada actividad, y la inhabilidad requisito que es preventiva y sólo mira a la naturaleza del cargo o de la actividad. Al parecer del señor Procurador, la inhabilidad a que se refiere la norma acusada corresponde a esta última categoría, pues no es una sanción sino una consecuencia de la misma; por ello no resultan pertinentes las acusaciones que parten de la base de que se trata de una medida punitiva.

4. Dado que todos los cargos de la demanda se estructuran sobre la consideración según la cual la inhabilidad consagrada en el literal acusado tiene una naturaleza jurídica sancionatoria, - por lo cual le resultarían aplicables los principios de irretroactividad de las normas punitivas, de proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción, y de proscripción de las penas irredimibles- es menester que la Corte precise cuál es la verdadera naturaleza de tal inhabilidad para constituir instituciones financieras.

La actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro - inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos. Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal.

Ahora bien, para dilucidar el punto, resulta necesario referirse primero brevemente a la naturaleza de la actividad financiera, a los objetivos que se persiguen con la vigilancia y control estatales que sobre ella recaen, y a las facultades que tienen las autoridades de control a la hora de autorizar la constitución de entidades financieras y de reglamentar su operación, a fin de tener los elementos de juicio para determinar si la inhabilidad a que se refiere el literal c) del numeral 5° del artículo 53 del Decreto 663 de 1993 es o no una sanción impuesta a quien ha violado las normas que fijan los cupos individuales de crédito, y si por ello resultan aplicables irrestrictamente los principios que rigen la actividad sancionatoria del Estado.

Naturaleza de la actividad financiera. Objetivos y mecanismos de la inspección y vigilancia del Estado sobre tal actividad.

5. Ha dicho la Corte que la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro - inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos.¹ Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal. En efecto, en el modelo "*social de derecho*", en donde

1 Cf. Sentencia C- 1107 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

Corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financiera, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público.

corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de hacer efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales. Pero más allá de este interés público, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financiera, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público.²

El ordinal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, en armonía con el numeral 25 del artículo 189 y con el 335 de la misma Carta, se refiere a la intervención estatal en las actividades financiera, bursátil y aseguradora o en cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público. Para estos propósitos, los citados artículos de la Constitución disponen un reparto de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República, reparto según el cual aquel, por la vía de las leyes marco, señala las pautas y criterios legislativos a los cuales debe sujetarse la actividad presidencial en estas materias.

Entre esas pautas generales fijadas legalmente, actualmente se encuentran, por ejemplo, el señalamiento de la clase de entidades autorizadas para ejercer esas actividades, los requisitos para su constitución y la necesidad de obtener autorización gubernamental para su funcionamiento, el objeto social que deben perseguir y las operaciones que les son autorizadas a cada una de ellas, las inversiones que les son permitidas, las prohibiciones y limitaciones que deben acatar, la responsabilidad de los administradores, y las condiciones más generales de funcionamiento de esas instituciones. De esta manera, estas pautas legales generales pretenden sentar los lineamientos para que el ejecutivo ejerza sus facultades de control, a fin de que las actividades

2 Cf. Sentencia C-940 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

financiera, bursátil o aseguradora se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia, que las entidades cuenten con los niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia, que se democratice el crédito según lo ordena el artículo 335 superior y que se promueva la libre competencia entre quienes desarrollen dichas actividades, bajo condiciones de equidad y equilibrio.³

Por su parte el Gobierno está facultado legalmente para utilizar ciertos instrumentos concretos de intervención, como el autorizar particularmente las operaciones que puedan realizar las entidades y fijar ciertas condiciones respecto de las mismas (plazos, clases y montos de garantías, etc), establecer normas relativas a los niveles de patrimonio exigidos de acuerdo con los distintos riesgos asociados con la actividad, limitar o prohibir, por razones de seguridad financiera, el otorgamiento de avales y garantías por parte de las entidades objeto de intervención, determinar el margen de solvencia, el patrimonio técnico mínimo y el régimen de inversiones de las entidades vigiladas, etc.⁴

Dentro de estos instrumentos gubernamentales de intervención, y con la finalidad específica de lograr la democratización del crédito ordenada por el artículo 335 superior -y que por lo tanto constituye una finalidad constitucionalmente válida- y de limitar el margen de concentración del riesgo, el Presidente está autorizado legalmente para fijar límites máximos de crédito o de concentración de riesgo para cada persona natural o jurídica, en forma directa o indirecta, y para fijar las reglas para su cálculo.⁵ En desarrollo de esa competencia, ha expedido el Decreto 2360 de 1993, que señala, entre otras cosas, los cupos individuales de crédito a que menciona la norma legal parcialmente acusada.

Por la importancia que reviste la actividad financiera dentro de un sistema de mercado, y por la necesidad de que sea prestada en forma permanente, continua, regular, general y en condiciones de igualdad para todos los usuarios, tal actividad ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Corporación, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como un servicio público.

La posibilidad de constituir entidades financieras. Límites legales a la autonomía individual.

6. La posibilidad de manejar, invertir o aprovechar el ahorro público está sujeta a la previa autorización estatal, según lo prescribe categóricamente el artículo 335 superior. Ello por cuanto dichas actividades, como se dijo, comprometen el orden público económico y los intereses particulares de los usuarios, lo que exige garantizar la confianza en el sistema financiero. Además, por la importancia que reviste la actividad financiera dentro de un sistema de mercado, y

3 Cf. Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), artículo 46.

4 Cf. EOSF artículo 48.

5 Cf. EOSF artículo 49.

por la necesidad de que sea prestada en forma permanente, continua, regular, general y en condiciones de igualdad para todos los usuarios, tal actividad ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Corporación⁶, de la Corte Suprema de Justicia⁷ y del Consejo de Estado⁸ como un servicio público.

Por ello, las libertades de empresa y de asociación para constituir entidades financieras están sujetas a límites especiales que no se aplican a otra categoría de actividades industriales y comerciales, y las personas jurídicas que desarrollan la actividad financiera, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan siempre en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual se obligan a cumplir condiciones mínimas señaladas por él.

En desarrollo concreto del citado artículo 335 superior, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993, en adelante EOSF) incluye las disposiciones que regulan la constitución de las entidades financieras y la obtención de la autorización para que entren a operar. El artículo acusado señala la forma social bajo la cual deben constituirse dichas instituciones (sociedades anónimas mercantiles o asociaciones cooperativas) e indica que las mismas deben cumplir con los requisitos fijados por el legislador para cada caso. Además, prescribe que, una vez constituidas, deben obtener el respectivo certificado de autorización expedido por el Superintendente Bancario.

De manera pormenorizada la norma en comentario indica qué debe contener la solicitud para constituir una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria, y dentro de tales requerimientos menciona que debe adjuntarse *"la hoja de vida de las personas que pretendan asociarse y de las que actuarían como administradores, así como la información que permita establecer su carácter, responsabilidad, idoneidad y situación patrimonial"*. Concordantemente con lo anterior, señala que *"el Superintendente concederá la autorización para constituir la entidad cuando la solicitud satisfaga los requisitos legales y se cerciore, por cualesquiera investigaciones que estime pertinentes, del carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación."*

7. La redacción de estos apartes normativos parece indicar que el Superintendente goza de cierto margen de discrecionalidad a la hora de evaluar a las personas que pretenden constituir una entidad financiera a efectos de autorizar su participación. En efecto, aquí la ley señala que, además de cumplir con todos los requisitos legales, es necesario que el Superintendente "se cerciore" del *"carácter, responsabilidad e idoneidad"* de las personas que van a participar en la operación. Como puede verse, la ley deja a la apreciación de este funcionario este aspecto, lo cual es característico de aquellas facultades que se juzgan discrecionales. En efecto, la discrecionalidad hace referencia a atribuciones en las cuales la ley deja a criterio de la administración la evaluación de ciertos asuntos, acudiendo para ello a fórmulas elásticas o a conceptos indeterminados, tales como los que aquí usa el legislador (idoneidad, carácter, responsabilidad).

Sin embargo, la norma agrega que *"en todo caso"* dicho funcionario debe abstenerse de autorizar la participación de cierta categoría de personas incurso en alguna de las causales que se mencionan

6 Cf. entre otras, sentencias SU- 167/99, SU-157/99, T-755/99, T-465/000, T-510/00, T-980/01, T-1230/01.

7 Consultar, entre otras, sentencia de 12 de junio de 1969, M. P. Hernán Toro Agudelo.

8 Ver, entre otras, sentencias de 15 de junio de 1990, Sección Cuarta, C. P. Consuelo Sarria y Sentencia de 7 de julio de 1989, de la misma consejera.

en los cuatro literales del numeral 5° del artículo en comento, entre ellas la del literal c), relativa a haber sido "*sancionadas por violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito*", que es la que motiva el presente proceso de constitucionalidad. De esta manera, se establece una limitación legal que es de naturaleza objetiva, es decir independiente de la valoración personal, de la apreciación o del juicio que el Superintendente pueda hacerse respecto de los sujetos solicitantes. Para el legislador, la sola circunstancia de que éstos hayan sido sancionados por violación de las normas relativas a cupos individuales de crédito los inhabilita para constituir una nueva entidad financiera, pues tal incumplimiento introduce un factor de desconfianza respecto de su responsabilidad e idoneidad para esos efectos.

El Superintendente goza de cierto margen de discrecionalidad a la hora de evaluar a las personas que pretenden constituir una entidad financiera a efectos de autorizar su participación.

Los cupos individuales de crédito. Breve historia legislativa. Responsabilidad de quienes los exceden.

8. Los cupos individuales de crédito son montos máximos de crédito que los establecimientos crediticios⁹ pueden otorgar a una misma persona natural o jurídica.¹⁰ Su finalidad es doble: evitar que se produzca una excesiva exposición individual y que se concentre el crédito en contravía de lo dispuesto por el artículo 335 de la Constitución¹¹. Al respecto el Decreto 2630 de 1993, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades legales que le concede el artículo 49 del EOSF, establece las normas mínimas que deben ser observadas por tales establecimientos a la hora de otorgar crédito.

El artículo 2° del mencionado Decreto contiene la norma general al respecto:

"Artículo 2°. Cuantía máxima del cupo individual. Ningún establecimiento de crédito podrá realizar con persona alguna, directa o indirectamente, operaciones activas de crédito que, conjunta o separadamente, superen el diez por ciento (10%) de su patrimonio técnico¹², si la única garantía de la operación es el patrimonio del deudor.

9 Se consideran establecimientos de crédito las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito.

10 Para estos efectos se computan dentro del cupo individual de crédito, además de las operaciones de mutuo o préstamo de dinero, la aceptación de letras, el otorgamiento de avales y demás garantías, la apertura de crédito, los préstamos de cualquier clase, la apertura de cartas de crédito, la compra de cartera con pacto de retroventa, la compra de títulos con pacto de retroventa, los descuentos y demás operaciones activas de crédito de los establecimientos de crédito. (Decreto 2360 de 1993, artículo 6°).

11 Como se recuerda, esta norma superior establece que el control estatal sobre la actividad financiera debe buscar la democratización del crédito.

12 El patrimonio técnico se calcula mediante la suma del patrimonio básico y el adicional, que son nociones definidas en los artículos 5°, 6° y 7° del Decreto 1720 de 2001. El patrimonio técnico de los establecimientos de crédito no podrá ser inferior al nueve por ciento (9%) del total de sus activos, en moneda nacional y extranjera, ponderados por sus niveles de riesgo crediticio y de mercado, conforme lo señala el artículo 2° del Decreto 1720 de 2001.

Sin embargo, podrán efectuarse con una misma persona, directa o indirectamente, operaciones activas de crédito que conjunta o separadamente no excedan del veinticinco por ciento (25%) del patrimonio técnico, siempre y cuando las operaciones respectivas cuenten con garantías o seguridades admisibles¹³ suficientes para amparar la totalidad del riesgo de acuerdo con la evaluación específica que realice previamente la institución.

Parágrafo. No obstante lo previsto en el inciso 2º de este artículo, las operaciones activas de crédito podrán estar respaldadas con garantías o seguridades diferentes de las consideradas como admisibles en este Decreto por un monto máximo equivalente al cinco por ciento (5%) del patrimonio técnico de la institución acreedora." (Notas de pie de página fuera del original)

La anterior es la norma general. El Decreto en cita contempla normas especiales sobre cupos individuales de crédito, para cuando se trata de operaciones realizadas con instituciones financieras.

9. La existencia de normas que ponen límites a los cupos de crédito se remonta en Colombia a los orígenes del sistema financiero. Su antecedente más remoto se encuentra en Ley 45 de 1923, cuyo artículo 86 decía lo siguiente:

"Artículo 86. Todos los establecimientos bancarios, excepto el Banco de la República, estarán sometidos a las siguientes disposiciones:

1. No podrán prestar, directa o indirectamente, a ningún individuo, sociedad, compañía colectiva, corporación o entidad política, una cantidad que exceda a la décima parte del capital pagado y reservas de dicho establecimiento bancario, con las siguientes excepciones:

(...)"

Posteriormente el tema de los límites individuales de crédito fue regulado mediante los Decretos 329 de 1938, 1269 de 1972, 359 de 1973, 664 de 1979, 2461 y 2377 de 1980 y 2994 de 1981. En 1982, tras la crisis del sistema financiero registrada en aquella época, se expidió el Decreto 2920 de ese año que en el literal g) de su artículo 1º ordenó a los administradores de los establecimientos de crédito abstenerse de violar cualquiera de las normas legales sobre límites a inversiones, concentraciones de riesgos y de créditos, y sobre seguridad en el manejo de los negocios. En dicho Decreto, además, se elevó a la categoría de delito el llevar a cabo operaciones activas de crédito con los accionistas excediendo los cupos de crédito autorizados por la ley, y se consagraron multas para los directores, gerentes, revisores fiscales, funcionarios o empleados de una entidad que incumplieran las normas legales sobre este punto.¹⁴ De esta manera, se estableció por primera vez una responsabilidad personal de dichos funcionarios por el incumplimiento de las normas legales que fijaban límites a las operaciones activas de crédito individual.

Más adelante, el Decreto 1730 de 1991, por el cual el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades extraordinarias concedidas mediante la Ley 45 de 1990 expidió el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹⁵, en su artículo 1.1.2.0.5 estableció:

13 Los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 2360 de 1993, indican cuales garantías son admisible y cuales no.

14 Cf. Decreto 2920 de 1982, artículo 23.

15 Recuérdese que el EOSF contenido en el Decreto 1730 de 1991 fue posteriormente actualizado mediante el Decreto 663 de 1993.

"Artículo 1.1.2.0.5. Autorización para la constitución. Surtido el trámite a que se refiere el artículo anterior, el Superintendente Bancario deberá resolver la solicitud dentro de los treinta (30) días siguientes, siempre que los peticionarios hayan suministrado la información requerida.

El Superintendente concederá la autorización para constituir la entidad cuando la solicitud satisfaga los requisitos legales y se cerciore, por cualesquiera investigaciones que estime pertinentes, del carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación.

En todo caso, se abstendrá de autorizar la participación de personas que hayan cometido delitos contra el patrimonio económico o los previstos en los artículos 1.7.1.1.1., 1.7.1.1.2. y 1.7.1.1.3 del presente estatuto, **o que hayan sido sancionadas por violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito**, así como cuando dichas personas sean o hayan sido responsables del mal manejo de los negocios de la institución cuya administración les haya sido confiada." (Negritas fuera del original).

De esta manera, se estableció por primera vez una responsabilidad personal de dichos funcionarios por el incumplimiento de las normas legales que fijaban límites a las operaciones activas de crédito individual.

Expedida la Constitución Política de 1991, la Ley 35 de 1993 - mediante la cual se expedieron normas marco a las cuales debía sujetarse el Gobierno para regular la actividad financiera, bursátil y aseguradora- en su artículo 5° dispuso que el Gobierno Nacional intervendría para promover la democratización del crédito, y que para este efecto fijaría 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."*

En desarrollo de la ley anterior, el Gobierno expidió el Decreto 663 de 1993, del cual forma parte la norma acusada, cuya redacción actual corresponde a la modificación introducida por la Ley 510 de 1999, conservada por la Ley 795 de 2003. En esta disposición se consagra una inhabilidad para quien pretenda constituir entidades financieras, derivada del hecho de haber sido sancionado anteriormente por incumplimiento de las normas sobre cupos individuales de crédito.

10. Del breve recuento histórico normativo que acaba de hacerse se desprende lo siguiente: (i) que desde la Ley 45 de 1923 la legislación financiera contempla normas relativas a los límites individuales de crédito en operaciones activas; (ii) que en 1982 el incumplimiento de las anteriores normas empezó a generar una responsabilidad personal de tipo administrativo para los directores, gerentes, revisores fiscales, funcionarios o empleados de una entidad que incumplieran las normas legales referentes a estos límites, y en ciertos casos una responsabilidad penal - cuando las operaciones activas de crédito que excedieran los cupos autorizados se llevaran a cabo con accionistas de la entidad-; y (iii) que desde la expedición del Decreto 1730 de 1991, la legislación contempla una causal de inhabilidad para constituir entidades financieras, que resulta aplicable a quienes *"hayan sido sancionadas por violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito"*.

Las inhabilidades-sanción y las inhabilidades-requisito en la jurisprudencia constitucional.

11. La disposición acusada consagra una causal de inhabilidad que resulta aplicable a las personas que solicitan autorización para constituir una entidad que deba someterse a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, inhabilidad que el demandante considera contraria a los principios constitucionales de irretroactividad de la ley sancionatoria, de imprescriptibilidad de las penas y de proporcionalidad de las sanciones. En tal virtud, resulta oportuno traer a colación la jurisprudencia sentada precedentemente por esta Corporación en lo relativo a las inhabilidades originadas en conductas jurídicamente reprochables.

La Corte ha distinguido dos tipos de inhabilidades atendiendo al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación: una primera clase agrupa los casos en que se establecen limitaciones para acceder a cargos públicos con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el inhabilitado; al paso que en la segunda clase la limitación para acceder a un cargo no se vincula con ninguna conducta previa de quienes resultan inhabilitados, sino que aquí simplemente se consagran requisitos que persiguen lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales. Dentro de la primera categoría se encuentran, por ejemplo, las inhabilidades por la comisión anterior de delitos y dentro de la segunda las inhabilidades por vínculos familiares. Esta clasificación fue explicada así en la Sentencia C-780 de 2001¹⁶:

"9. En uno de los grupos están las inhabilidades relacionadas directamente con la potestad sancionadora del Estado, la cual se desenvuelve en los ámbitos penal, disciplinario, contravencional, correccional y de punición por indignidad política. Según lo ha señalado esta Corporación, a través de la potestad sancionadora el Estado cumple diferentes finalidades de interés general. "Así, por medio del derecho penal, que no es más que una de las especies del derecho sancionador, el Estado protege bienes jurídicos fundamentales para la convivencia ciudadana y la garantía de los derechos de la persona. Pero igualmente el Estado ejerce una potestad disciplinaria sobre sus propios servidores con el fin de asegurar la moralidad y eficiencia de la función pública. También puede el Estado imponer sanciones en ejercicio del poder de policía o de la intervención y control de las profesiones, con el fin de prevenir riesgos sociales".¹⁷

"10. El segundo grupo contiene las inhabilidades relacionadas con la protección de principios, derechos y valores constitucionales, sin establecer vínculos con la comisión de faltas ni con la imposición de sanciones. Su finalidad es la protección de preceptos como la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general o el sigilo profesional, entre otros fundamentos. Es este sentido, las prohibiciones e inhabilidades corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas.

Desde este punto de vista la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción; de lo contrario, carecerían de legitimidad límites consagrados en la propia Constitución Política. Por ejemplo, cuando el artículo 126 de la Carta Política señala que los servidores públicos no podrán nombrar empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, no consagra falta ni impone sanción alguna; por lo tanto no vulnera los derechos de defensa, debido proceso, igualdad y trabajo ni el principio de proporcionalidad de la pena que le asiste a los parientes de las

16 M.P Jaime Córdoba Triviño.

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

Resultan diferenciables las sanciones administrativas de las prohibiciones e inhabilidades, en tanto no toda inhabilidad tiene carácter sancionatorio, al existir prohibiciones e inhabilidades que tutelan de diferente manera bienes, principios o valores constitucionales, sin que representen en sí mismas la concreción de una sanción ni de una pena.

autoridades administrativas. Lo que busca la norma en este caso es evitar, entre otros efectos, el uso de la potestad nominadora a favor de los allegados, y la preservación de principios como la igualdad, la transparencia o la moralidad, lo cual está muy distante de entender la señalada prohibición como una sanción impuesta por la Constitución a los familiares del servidor público. En el mismo sentido las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado no constituyen sanción penal ni administrativa para los participantes o interesados en un proceso licitatorio.¹⁸

11. Por consiguiente, resultan diferenciables las sanciones administrativas de las prohibiciones e inhabilidades, en tanto no toda inhabilidad tiene carácter sancionatorio, al existir prohibiciones e inhabilidades que tutelan de diferente manera bienes, principios o valores constitucionales, sin que representen en sí mismas la concreción de una sanción ni de una pena.

En la Constitución Política se aprecia la consagración de las dos modalidades de inhabilidad señaladas. Cuando la Carta Política señala que no podrán acceder a determinadas posiciones quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, ni quienes hayan perdido su investidura, consagra inhabilidades relacionadas con la ocurrencia de conductas que merecían la imposición de algún tipo de sanción. Sin embargo, cuando la Constitución señala que los nacionales por adopción no podrán ser elegidos popularmente para ejercer ciertos cargos o dignidades, o que no podrán ser nombrados en ciertos empleos públicos hasta que transcurra determinado término si se ha ejercido jurisdicción o autoridad, no consagra una inhabilidad sancionatoria, sino medidas que apuntan a la protección de otros intereses o valores como la soberanía nacional, la transparencia o la moralidad.¹⁹

18 Ver sentencia C-489 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

19 En esta sentencia la Corte examinó la constitucionalidad del literal f) del numeral 5° del artículo 53 del EOSF (el mismo artículo y numeral que ahora se demanda en otro de sus literales), norma que indica que el Superintendente Bancario se debe abstener de autorizar la participación de los revisores fiscales en la constitución de entidades financieras, cuando se hubieren desempeñado como tales al momento de la toma de posesión con fines de liquidación de otra entidad financiera, por parte de la Superintendencia Bancaria, inhabilidad que se extiende dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha en que se haya decretado la medida. La Corte en esa oportunidad consideró que la finalidad de la norma no era castigar a los revisores fiscales sino preservar principios, valores y derechos constitucionales por una vía diferente al ejercicio del poder sancionador del Estado, y que los efectos jurídicos negativos o adversos que producía la disposición no eran el resultado de conducta reproachable del revisor fiscal ni de la configuración de falta merecedora de una sanción. Después de estudiar la proporcionalidad y razonabilidad de la inhabilidad, la Corte concluyó que la constitucionalidad de la norma demandada debía quedar condicionada a que la inhabilidad no se aplicara al revisor fiscal que hubiera dado oportuno aviso sobre los hechos que originaron la toma de posesión de la entidad financiera con fines de liquidación por parte de la Superintendencia Bancaria. Si el revisor fiscal hubiera advertido sobre la existencia de tales hechos, no resultaba justificable la aplicación de la inhabilidad en cuestión.

La Corte ha definido que la preexistencia de condenas por delitos, concebida como causa de inelegibilidad para el desempeño de cargos públicos sin límite de tiempo, no desconoce el principio plasmado en el artículo 28 de la Constitución -que prohíbe la imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad-.

12. Las consecuencias jurídicas que se derivan de que las inhabilidades estén vinculadas a una conducta jurídicamente sancionada, han sido estudiadas por esta Corporación en varias oportunidades. En especial ella se ha encargado de definir si, por ser de esta clase, a dichas inhabilidades se les extienden los principios constitucionales que rigen la actividad sancionatoria del Estado, particularmente el de proscripción de las penas intemporales.

Así por ejemplo, en la Sentencia C-111 de 1998²⁰ en donde se estudió la constitucionalidad de la inhabilidad intemporal que estaba contemplada en el numeral 1° del artículo 43 de la Ley 2000 de 1995, inhabilidad conforme a la cual no podrían ejercer cargos públicos quienes hubieran sido condenados por la comisión de delitos castigados con penas privativas de la libertad²¹, para fundamentar la declaración de constitucionalidad de la norma la Corte dijo lo siguiente:

"Ahora bien, ya la Corte ha definido que la preexistencia de condenas por delitos, concebida como causa de inelegibilidad para el desempeño de cargos públicos sin límite de tiempo, no desconoce el principio plasma-

do en el artículo 28 de la Constitución -que prohíbe la imprescriptibilidad de las penas y medidas de seguridad-, puesto que el objeto de normas como la demandada, más allá de castigar la conducta de la persona, radica en asegurar, para hacer que prevalezca el interés colectivo, la excelencia e idoneidad del servicio, mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo. Bajo el mismo criterio, se aviene a la Constitución la exigencia de no haber sido sancionado disciplinariamente, ni suspendido o excluido del ejercicio profesional." (Negrillas fuera del original)

Más adelante, en la Sentencia C-209 de 2000²² en donde se resolvió la acusación formulada en contra del numeral 1° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que también consagraba una inhabilidad intemporal para ser concejal consistente en haber sido condenado por sentencia

20 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

21 La norma decía así: Artículo 43. Otras inhabilidades. Constituyen además, inhabilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

"1. Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos salvo que estos últimos hayan afectado la administración pública.

(...)"

22 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

judicial a pena privativa de la libertad²³, la Corte retirando la jurisprudencia anteriormente sentada declaró la exequibilidad de la disposición con base, entre otras, en las siguientes consideraciones:

"Tampoco podría calificarse de inconstitucional el carácter intemporal que la norma le reconoce a la prohibición allí prevista, pues, tal como lo ha venido afirmando esta Corporación y ahora se reitera, las causales de inelegibilidad "sin límite de tiempo", estructuradas a partir de la existencia previa de antecedentes penales, esto es, de sentencias condenatorias por delitos no políticos ni culposos, no conllevan un desconocimiento del Estatuto Superior-particularmente del principio de imprescriptibilidad de las penas- toda vez que el fundamento de su consagración no reposa en la salvaguarda de derechos individuales, sino en la manifiesta necesidad de garantizar y hacer prevalecer el interés general. Es así como la propia Constitución Política le reconoce efectos intemporales a esta causal de inhabilidad –la referida a la existencia de sentencia judicial condenatoria –, cuando directamente la regula para los congresistas (art. 179-1), el Presidente de la República (art. 197) y el Contralor General (art. 267).

En realidad, las normas que prohíben el ejercicio de cargos públicos a quienes han sido condenados a pena privativa de la libertad sin límite de tiempo -lo ha dicho la Corte -, antes que juzgarse a partir de la sanción impuesta al ciudadano, deben evaluarse desde la perspectiva de la exigencia que se impone al ejercicio del cargo, pues de este modo no sólo se logra conservar incólume la idoneidad del servidor público en lo que toca con el desarrollo y ejecución de sus funciones, sino también permite transmitirle a la comunidad un cierto grado de confianza en lo relativo al manejo de los asuntos de interés general, pues hace suponer que éstos se encuentran a cargo de personas aptas cuyo comportamiento no ha sido objeto de reproche jurídico alguno." (Negrillas fuera del original).

Posteriormente, en la Sentencia C-952 de 2001²⁴, al resolver la demanda incoada en contra del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, modificatorio del 95 de la Ley 136 de 1994 (que consagra como inhabilidad para ser alcalde la de haber sido condenado **en cualquier época** por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haber perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la Ley 617, la de diputado o concejal; o haber sido excluido del ejercicio de una profesión), la Corte reiteró la línea jurisprudencial precedente para declarar la exequibilidad de la norma acusada:

"El punto esencial en este asunto se da desde el plano de los procesos de inconstitucionalidad de las leyes, ya que muy a pesar del efecto limitativo que se produce en los derechos fundamentales del aspirante a un cargo público por el señalamiento de una causal de inhabilidad, el control que corresponde realizar a la Corte para definir su constitucionalidad no procede en forma estricta. Esta situación tiene lugar por respeto a esa amplia discrecionalidad del legislador para definir un régimen de inhabilidades, de la cual ya se ha hecho mención, como en el propósito moralizador del Estado que se pretende alcanzar con el mismo.

(...)

Ahora bien, del examen del texto de la Carta Política se hace evidente que la figura de la intemporalidad de la causal de inhabilidad por sentencias condenatorias previas por delitos no políticos ni culposos, no configura una creación original resultante del ejercicio de la potestad legislativa. A esa conclusión se arriba al analizar los artículos superiores 179, numeral 1º, 197, inciso 2º, 232, numeral 3º, 249, 264

23 La norma decía así: Artículo 43. INHABILIDADES: No podrá ser concejal:

"1. Quien haya sido condenado, a la fecha de la inscripción por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos, salvo que estos últimos hayan afectado el patrimonio del Estado."

24 2 M.P. Álvaro Tafur Galvis. Salvamento de voto de Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.

y 267, entre otros, en los cuales se consagra dicha causal de inhabilidad "en cualquier tiempo" para: los Congresistas, el Presidente de la República, los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado, el Fiscal General de la Nación, los magistrados del Consejo Nacional Electoral y el Contralor General de la República.

Existiendo en el ordenamiento superior un parámetro normativo de esa naturaleza, no es posible censurar al legislador por reproducir la misma causal para una situación análoga, como es el acceso al cargo de alcalde en los términos intemporales de la norma examinada.

En ese orden de ideas, la Corte en otras oportunidades ha aceptado que el legislador 'pueda llevar adelante el ideario del Constituyente y establecer, para los concejales y alcaldes, una inhabilidad que se aplica a los congresistas y diputados, máxime si en su caso persiste el mismo motivo que la origina. Se trata, en últimas, de atender una exigencia de coherencia y armonía en el nivel normativo en modo alguno ajena al legislador'.²⁵ (Negrillas fuera del original).

Como puede verse, la Corte ha acudido a tres argumentos principales para justificar la constitucionalidad de las inhabilidades intemporales: (i) en primer lugar ha estimado que el objeto de las normas que las consagran no es castigar la conducta de la persona que resulta inhabilitada, sino asegurar la prevalencia del interés colectivo y la excelencia e idoneidad del servicio público, "mediante la certidumbre acerca de los antecedentes intachables de quien haya de prestarlo"; (ii) también ha considerado que dado que en la propia Constitución están consagradas expresamente algunas inhabilidades intemporales, el legislador puede proceder en idéntica forma al establecer otras de carácter legal; (iii) finalmente ha señalado que el legislador tiene un amplio margen de discrecionalidad a la hora de definir el régimen de inhabilidades.

La intemporalidad de las inhabilidades frente a la Constitución

13. Así pues, la jurisprudencia en comento ha estudiado la consagración de inhabilidades que han sido llamadas "*intemporales*". Sin embargo, resulta de importancia precisar en qué consiste dicha "*intemporalidad*". Las causales de inhabilidad examinadas por la Corte en las sentencias comentadas se referían o se refieren a casos en que el aspirante a algún cargo público "*ha sido*" condenado con anterioridad por la comisión de ciertos delitos, o en "*cualquier tiempo*" ha sido objeto de condena penal privativa de la libertad, o ha perdido la investidura de congresista, diputado o concejal o ha sido excluido del ejercicio de una profesión, etc. La redacción de tales normas no precisa -o no precisaba- en qué momento anterior o posterior a la vigencia de la ley tales condenas debían de haberse producido, ni atendía -o atiende- a si para el momento de comisión del ilícito o de la falta que motiva la sanción, la inhabilidad ya estaba legalmente consagrada.

De esta manera, la intemporalidad puede ser entendida como la característica de aquellas inhabilidades derivadas de la existencia de sanciones impuestas a los aspirantes a ocupar un cargo, característica según la cual no importa cuándo dichas sanciones se hayan impuesto. Así, la expresión "en cualquier tiempo" hace referencia a que la sanción puede haber sido impuesta antes o después de la vigencia de la ley que consagra la inhabilidad.

Sin embargo, la intemporalidad también puede ser entendida en el sentido según el cual ella opera indefinidamente hacia futuro, adquiriendo así una característica de irredimibilidad. A este alcance de la intemporalidad de ciertas inhabilidades se ha referido expresamente la Corte en las sentencias arriba comentadas, para concluir que no obstante tal permanencia indefinida en el tiempo, ello no desconoce el principio constitucional de imprescriptibilidad de las sanciones.

25 Sentencia C-373 de 1995.

De esta manera, la intemporalidad puede ser entendida como la característica de aquellas inhabilidades derivadas de la existencia de sanciones impuestas a los aspirantes a ocupar un cargo, característica según la cual no importa cuándo dichas sanciones se hayan impuesto.

La intemporalidad entendida como la posibilidad de establecer inhabilidades por el hecho de haber sido sancionado "en cualquier tiempo", no ha sido objeto de examen particular por su posible desconocimiento del principio constitucional de legalidad de las sanciones o de irretroactividad de la ley sancionatoria. Es decir, la jurisprudencia no se ha referido concretamente al problema de la intemporalidad en relación con los principios de legalidad y de irretroactividad. Dicho problema podría plantarse así: dado que las inhabilidades de tipo sancionatorio se vinculan a una conducta jurídicamente reproachable del inhabilitado, ¿es menester que para el momento en que dicha conducta se lleve a cabo la inhabilidad esté consagrada como tal en las normas legales o constitucionales, es decir consagrada no sólo como conducta sancionable sino también como conducta inhabilitante?

Aunque la Corte no ha estudiado particularmente el punto, ha considerado que no desconocen la Constitución aquellas normas que consagran inhabilidades por el hecho de haber sido sancionado "en cualquier tiempo". Obviamente, dicha sanción impuesta "en cualquier tiempo", obedece a conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo igualmente "en cualquier tiempo", es decir antes o después de la vigencia de la ley que establece la inhabilidad. Lo cual haría pensar que carece de importancia el hecho de que en el momento en que se lleve a cabo la conducta que origina la sanción la inhabilidad esté legalmente consagrada o no lo esté.

De otro lado, las mismas razones que militan para justificar la constitucionalidad de la imprescriptibilidad de las inhabilidades hacia futuro, estarían presentes para estimar exequible la intemporalidad hacia el pasado de tales inhabilidades, entendida como la no necesidad de su consagración legal previa al momento de comisión de la conducta sancionada. En efecto, si de lo que se trata es de preservar la confianza en la idoneidad profesional y moral en el ejercicio de la función pública o en la prestación del servicio público, no pueden resultar indiferentes los antecedentes de las personas llamadas a ese cometido, sea cual fuere el momento en que el comportamiento que constituye tal antecedente ha tenido lugar. De otro lado, la misma Constitución consagra tal clase de inhabilidades intemporales hacia pasado, como lo hace en el numeral 1° del artículo 179, según el cual no pueden ser congresistas *"quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos"*. Nótese que el Constituyente no exigió que la inhabilidad que consagraba estuviera legalmente regulada en el momento en que el ilícito

(...) la intemporalidad de las inhabilidades legales no desconoce el principio de imprescriptibilidad ni el de legalidad de las sanciones (...)

que da origen a la sanción fuera perpetrado. De hecho, la Constitución anterior no consagraba una inhabilidad idéntica.²⁶

De lo anterior se concluye que la intemporalidad de las inhabilidades legales no desconoce el principio de imprescriptibilidad ni el de legalidad de las sanciones, y que ello se debe primordialmente a que la causa final de dichas normas no es castigar la conducta personal de quien ha llevado a cabo conductas jurídicamente reprochables, sino preservar la confianza pública en la idoneidad y transparencia en el ejercicio de la función pública o en la prestación de un servicio público.

Es decir, la consagración de un régimen de inhabilidades no constituye ejercicio del poder punitivo o sancionador del Estado, ni aun cuando las limitaciones que resulten aplicables para acceder a ciertos cargos o desarrollar ciertas actividades se deriven de conductas legalmente sancionadas.

Por las mismas razones, la proporcionalidad de las inhabilidades en principio no puede ser mirada desde la óptica exclusiva del equilibrio entre la trasgresión legal y la limitación que de ella se deriva, sino entre la importancia social de la función o del servicio público y el grado de confianza que deben acreditar los llamados a prestarlo. No se trata de evaluar si una sanción es en exceso o en defecto estricta, sino de ponderar si el interés público resulta adecuadamente garantizado con la limitación consagrada.

Con fundamento en las anteriores consideraciones extraídas de la jurisprudencia precedente relativa al problema jurídico que se plantea en la demanda, entra la Corte a hacer el examen concreto de constitucionalidad que se le pide.

Examen concreto de la constitucionalidad de la norma demandada

14. La norma parcialmente acusada no consagra una sanción de tipo administrativo o penal para las personas que hayan incurrido en violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito. En efecto, tales sanciones se encuentran contempladas en otras disposiciones. Las de tipo administrativo, en el artículo 209 del EOSF²⁷, y las de tipo penal -que solo resultan aplicables cuando se desconocen las normas relativas a cupos individuales de

26 La Constitución Nacional de 1886 contemplaba como inhabilidad para ser senador o representante la de haber sido condenado por sentencia judicial ejecutoriada a la pena de presidio o prisión (salvo por delitos políticos). La Constitución Política vigente se refiere a «pena privativa de la libertad».

27 Artículo 209. *Sanciones administrativas personales.* La Superintendencia Bancaria podrá imponer las sanciones previstas en el presente Estatuto a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de una institución sujeta a su vigilancia cuando incurran en cualquiera de los siguientes eventos:

a) Incumplan los deberes o las obligaciones legales que les correspondan en desarrollo de sus funciones;

b) Ejecuten actos que resulten violatorios de la ley, de las normas que expida el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales o de cualquier norma legal a la que estos en ejercicio de sus funciones o la institución vigilada deban sujetarse:

crédito en operaciones activas llevadas a cabo con accionistas o asociados-, en el artículo 315 del Código Penal.²⁸

Lo que la norma acusada consagra es una inhabilidad legal para constituir una entidad sujeta a vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, por el hecho de haber sido sancionado el solicitante, ya sea penal o administrativamente, por el incumplimiento de las normas relativas a cupos individuales de crédito. La limitación, como se dijo antes, es de naturaleza objetiva pues no depende de la valoración que haga la Administración - en este caso el Superintendente Bancario- sobre el grado en que puede verse afectada la confianza pública por el hecho de que quien pretenda constituir una entidad financiera haya sido objeto de las mencionadas sanciones.

La inhabilidad en este caso, a diferencia de lo que sucede en los otros eventos que han sido examinados por la Corte y que arriba han sido comentados, no es una de aquellas que limitan el ejercicio del derecho político a ser elegido o a ejercer la función pública en determinado cargo. No está de por medio, como sí está en los otros casos estudiados precedentemente, el ejercicio de derechos políticos o fundamentales, ni tampoco la facultad de participación en el control del poder soberano. De lo que aquí se trata es de una prohibición para acceder a un verdadero privilegio, cual es la posibilidad de captar recursos del público, administrarlos, aprovecharlos e invertirlos con ánimo de lucro. Dicha actividad financiera no sólo constituye un servicio público de interés general, como arriba se dijo, sino que en verdad se erige como una función que en principio corresponde solamente al mismo Estado, pero que éste autoriza a los particulares.

En efecto, diversos tratadistas describen cómo la actividad financiera ha dejado de ser puramente privada y fruto de la libre iniciativa individual, como lo fue en sus antecedentes históricos, para convertirse en una función propia del Estado, que éste puede autorizar a los particulares pero bajo intensa vigilancia y control. En muchos países el sistema bancario ha sido nacionalizado y en otros, como en el nuestro, se hace a los particulares una concesión que les permite desarrollar por cierto tiempo dicha actividad. Este carácter público de la actividad financiera proviene, como arriba se dijo, del hecho de que las operaciones activas

c) Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones, cuando dicho incumplimiento constituya infracción a la ley;

d) Autoricen o no eviten debiendo hacerlo, actos que resulten violatorios de la ley, de los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones,

Lo anterior sin perjuicio de las demás acciones o sanciones a que haya lugar.

Artículo 210. *Responsabilidad civil.* Todo director, administrador, representante legal, funcionario de una institución vigilada por la Superintendencia Bancaria que viole a sabiendas o permita que se violen las disposiciones legales será personalmente responsable de las pérdidas que cualquier persona natural o jurídica sufra por razón de tales infracciones, sin perjuicio de las demás sanciones civiles o penales que señala la ley y de las medidas que conforme a sus atribuciones pueda imponer la Superintendencia Bancaria.

28 Código Penal Artículo 315. *Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados.* El director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las Superintendencias Bancaria o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará a los accionistas o asociados beneficiarios de la operación respectiva.

del sistema financiero implican el manejo del crédito, que hoy en día se considera un bien social necesario para el adecuado desarrollo económico, y de la repercusión que ella tiene en la soberanía monetaria del Estado, al cumplir un papel de emisión secundaria mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión estatal. Esta realidad llevó al profesor Kemmerer, en los inicios de la organización del sistema bancario entre nosotros, a afirmar que *"los bancos son instituciones cuasi públicas"*²⁹.

Así pues, no se trata simplemente de la libertad de industria y comercio ejercida para la constitución de una empresa cualquiera, utilizando para ello recursos propios. Se trata de una actividad económica que compromete la soberanía monetaria del Estado y el desarrollo económico de la Nación, cuyo objeto principal consiste en la captación de recursos de manos del público, para aprovecharlos, manejarlos e invertirlos con ánimo individual de lucro. De esta manera, el "derecho" que pueda existir a obtener autorización estatal para adelantar tal actividad difiere en mucho del derecho individual de todos los ciudadanos a participar en el ejercicio del poder político, el cual, dentro de un régimen democrático, se reviste de la naturaleza ius fundamental. Vistas bien las cosas, tal autorización no es propiamente un derecho, sino una concesión que, en condiciones de igualdad, el poder público hace a los particulares para que se ocupen de una actividad de interés general que en principio sólo compete a él.

15. La Corte considera que la finalidad perseguida por el legislador al consagrar la inhabilidad a que se refiere la norma acusada no es sancionar al inhabilitado, sino asegurar la confianza pública en el ejercicio de la actividad financiera. Este es el primer efecto que produce la norma, y es el directamente buscado por el legislador. Ciertamente la disposición puede tener un segundo efecto, cual es el de privar indefinidamente a una persona de la posibilidad de constituir entidades financieras. Este segundo efecto, se reitera, aunque es consecuencia de una sanción previamente impuesta, no responde al diseño legal de una sanción.

Se trata pues de una norma de doble efecto: uno querido por la ley, que logra cautelar la confianza pública, y otro no buscado directamente, que impide a una persona ejercer la referida actividad financiera. La obtención del primer efecto es de vital importancia para asegurar la adecuada prestación de un servicio público, de manera que el segundo efecto se encuentra justificado en aras de la prevalencia del interés general. De esta manera, la norma da cumplimiento a la primacía del interés público sobre el privado o particular, y lo hace sin menoscabar ningún derecho que pudiera ser catalogado como fundamental. La posibilidad de desarrollar actividades financieras no es un derecho de este rango, sino, como se dijo, una concesión que el Estado hace a los particulares, que les permite llevar a cabo una función que hoy en día es catalogada como servicio público.

Como lo ha destacado la Corte en otras ocasiones, el mismo constituyente ha procedido de similar forma, diseñando inhabilidades intemporales para el acceso a ciertos cargos públicos³⁰, inhabilidades derivadas de una anterior condena penal. Se trata de reglas constitucionales que señalan que las personas que en cualquier tiempo han sido condenadas por la comisión de algunos delitos resultan inhabilitadas intemporalmente para el ejercicio de cier-

29 Citado por Leal Pérez Hildebrando en CONTRATOS BANCARIOS. Ediciones librería del Profesional, Bogotá 1990, pág. 36.

30 De este tipo son, entre otras, las inhabilidades consagradas en los artículos 179 numeral 1º, 197 inciso 2º, 232 numeral 3º, 249, 264 y 267 de la Constitución.

tos cargos públicos, algunos de elección popular. Aunque por su carácter de normas regla y por establecer limitaciones al ejercicio de derechos políticos no son disposiciones de interpretación extensiva o analógica, sí es importante destacar que esas reglas superiores responden a un conjunto de valores y principios que son los mismos que soportan la creación legal de inhabilidades intemporales. Estos valores y principios superiores son justamente aquellos que, dejando a salvo el núcleo esencial de los derechos fundamentales, disponen la primacía de lo general sobre lo particular y la exigencia de que el interés privado ceda ante público, especialmente en el ejercicio de aquellas actividades mayormente comprometidas en el logro de los propósitos colectivos, que implican un depósito muy importante de confianza en manos de los llamados a ejercerlas.

Así, a pesar de su vinculación con una conducta anterior jurídicamente reprochable, por cuanto las inhabilidades legales no pretenden imponer sanciones no pueden ser examinadas exclusivamente frente a los principios que dominan la actividad sancionatoria del Estado, entre ellos el de legalidad e irretroactividad de la ley sancionatoria y el de imprescriptibilidad de las sanciones. Su objeto principal, que es asegurar la confianza pública en el desempeño de actividades de claro interés social, implica que sean estudiadas desde la perspectiva primordial del interés colectivo.

Por lo anterior la Corte no considera que sean procedentes los cargos de inexequibilidad que se formulan desde la premisa según la cual el objeto de la norma es consagrar una sanción. Siendo inexacta esta premisa, los cargos que de ella parten resulta ser esencialmente inadecuados. En tal virtud no atenderá a los argumentos relativos al desconocimientos del principio de legalidad o de imprescriptibilidad de las sanciones, o a su objetivo resocializador, todos ellos fincados en la protección de derechos fundamentales de carácter individual. Por el contrario, rescatando los mismos valores que subyacen bajo las normas constitucionales que regulan inhabilidades intemporales, estima que el examen de constitucionalidad debe hacerse preferentemente desde la óptica de la protección el interés general y de la necesidad de que el interés individual ceda ante aquel.

16. Lo anterior, sin embargo, no excluye un escrutinio sobre la proporcionalidad y razonabilidad de la inhabilidad consagrada en la norma acusada, pues de cualquier manera corresponde al juez constitucional ponderar la restricción de derechos que el legislador dispone, frente a los objetivos de interés constitucional que pretende conseguir de esa manera. Ese sacrificio no puede ser excesivo, en especial no puede comprometer el núcleo esencial de los derechos fundamentales, pues como reiteradamente ha dejado sentado esta Corporación el principio de prevalencia del interés general no implica que deban preferirse los intereses de la mayoría y el bienestar colectivo siempre que entran en conflicto con un derecho constitucional de una persona.

Inhabilidades legales. Su objeto principal, que es asegurar la confianza pública en el desempeño de actividades de claro interés social, implica que sean estudiadas desde la perspectiva primordial del interés colectivo.

Para la Corte, la norma que ahora examina no conlleva una afectación de los derechos del inhabilitado que resulte desproporcionada frente al beneficio social obtenido, cual es el aseguramiento de la confianza pública en la actividad financiera. A esa conclusión llega a partir de las siguientes consideraciones:

La autorización del Estado que es necesaria para iniciar el ejercicio de actividades de captación, manejo o inversión de recursos recibidos del público, por razones obvias debe otorgarse a partir de la constatación del adecuado comportamiento pasado de los interesados, acorde en todo con las prescripciones legales. La ausencia de este comportamiento intachable arroja un margen de desconfianza que ha sido evaluado por el legislador como contrario a los muy caros intereses sociales en juego. No se trata de una apreciación caprichosa, sino de la valoración objetiva de una realidad comportamental preexistente.

En efecto, el desconocimiento de los cupos individuales de crédito fijados legalmente no es infracción irrelevante ni de poca envergadura. Este comportamiento contrario a la ley hace superar los límites de exposición individual al riesgo de insolvencia que han sido legalmente estimados como aceptables, poniendo en entredicho la solidez y solvencia del establecimiento de crédito que así procede, y comprometiendo los intereses particulares de los ahorradores o depositantes que han puesto su confianza en el manejo serio del negocio financiero. Además, involucra también los intereses fiscales del mismo Estado, quien debe garantizar la estabilidad económica del sistema financiero. Por otro lado, el sobrepasar los cupos individuales de crédito implica desconocer directamente las normas constitucionales que abogan por la desconcentración del mismo y significa permitir un abuso del derecho individual de acceder a los recursos captados del público.

Ahora, si bien es cierto que la conducta descrita como inhabilidad en la norma acusada puede revestir diversos grados de gravedad, es decir los cupos individuales de crédito pueden excederse en mayores o menores proporciones, y que además tal conducta en unos casos puede implicar simplemente una responsabilidad administrativa, al paso que en otros puede acarrear también responsabilidad penal por la comisión del delito de "*operaciones no autorizadas con accionistas o asociados*"³¹, lo cierto es que en cualquier evento la violación aun mínima de las normas que regulan los cupos individuales de crédito compromete gravemente la confianza pública en el manejo de los negocios financieros y produce una concentración del crédito contraria a los postulados superiores. Por eso cualquier desconocimiento de esas normas genera la desconfianza que amerita la inhabilidad.

Evidentemente el legislador había podido acudir a criterios más flexibles, disponiendo, por ejemplo, que dependiendo del mayor o menor exceso en que se extralimitaran los cupos individuales de crédito la inhabilidad se extendería por mayor o menor tiempo. Sin embargo, la Corte estima que, dado el amplio margen de libertad de configuración de que dispone para diseñar regímenes de inhabilidades, bien podía considerar que cualquier infracción a dichas normas relativas al otorgamiento individual de crédito implicaba el retiro definitivo de la actividad financiera del responsable. Más aun si se tiene en cuenta

31 Código Penal Artículo 315. *Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados*. El director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las Superintendencias Bancaria o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas o asociados de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

que la posibilidad de captar, manejar e invertir recursos financieros obtenidos del público no constituye propiamente un derecho, menos aun de rango fundamental, sino una concesión hecha a los particulares que demuestran poder ser depositarios de la plena confianza pública.

17. Para el ciudadano demandante la norma que acusa da un trato a los particulares similar al que se otorga a los servidores públicos, desconociendo que en la materia que regula está comprometido el ejercicio de la libertad de empresa, asunto que no está presente en el diseño de las inhabilidades para ejercer cargos públicos; esta circunstancia, a su juicio, hace que la norma sea desproporcionada y que conduzca a una violación del derecho al trabajo y de la libertad de escoger profesión u oficio.

Al parecer de la Corte las consideraciones arriba expuestas, relativas a la naturaleza de la actividad financiera y al compromiso que tiene con el logro de los propósitos colectivos y con la soberanía monetaria del Estado, restan toda fuerza al argumento del actor, pues, como se hizo ver, la constitución de entidades cuyo objeto es el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público no se erige simplemente el ejercicio de la libertad de empresa, sino principalmente en la posibilidad de acceder a un verdadero privilegio concedido por el Estado, consistente en la prestación de un servicio público de interés general. En tal virtud, el rigor del régimen de las inhabilidades para desempeñar tal actividad bien puede ser similar y aun más intenso que el previsto para los servidores públicos, y por la misma razón no implica un desconocimiento del derecho al trabajo o de la libertad de escoger profesión u oficio, derechos estos últimos que admiten restricciones en aras del interés general.

Finalmente el actor aduce que la desproporción de la inhabilidad también se manifiesta en que se impone la misma limitación a quien ha infringido cupos de endeudamiento, que a quien ha cometido delitos más graves contra el sistema financiero. Al respecto, estima la Corporación que las consideraciones precedentes relativas a la gravedad de las consecuencias que pueden derivarse del desconocimiento de las normas sobre cupos individuales de crédito son suficientes para encontrar justificada la limitación intemporal consagrada en la disposición acusada, y que la libertad de configuración legislativa impide a la Corte examinar con minuciosidad excesiva el grado en que cada una de las posibles conductas que originan inhabilidades compromete la estabilidad del sistema financiero, para señalar qué extensión en el tiempo puede alcanzar cada inhabilidad legal, de modo que sea estrictamente proporcional a la afectación del interés general. Es este un señalamiento particular que rebasa la órbita de sus facultades de control judicial.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar **EXEQUIBLE** el literal c) del numeral 5° del artículo 53 del Decreto 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, modificado por el artículo 8° de la Ley 795 de 2003».

DEFENSOR DEL CLIENTE

Corte Constitucional. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Sentencia C-1150 del 2 de diciembre de 2003. Expediente D-4574.

Síntesis: *Delegación y desconcentración de funciones de vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria y del Presidente de la República. Disposiciones que regulan la figura del Defensor del Cliente; alcance. Inexequibilidad del requisito de procedibilidad.*

«(...)

II. NORMA DEMANDADA

A continuación, se transcribe el texto de la disposición demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 45.064 del 15 de enero de 2003, y se subraya lo demandado:

"Ley 795 de 2003

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

El Congreso de Colombia,

Decreta

(...)

ARTÍCULO 24. Modifícase el numeral 4 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual quedará así:

‘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 estos 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.

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

4.2 Defensor del cliente. Las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberán contar con un defensor del cliente, cuya función será la de ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, **así como conocer y resolver las quejas de estos relativas a la prestación de los servicios.**

El defensor del cliente de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria deberá ser independiente de los organismos de administración de las mismas entidades y no podrá desempeñar en ellas función distinta a la aquí prevista.

Dentro de los parámetros establecidos en este numeral el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general señalará las reglas a las cuales deberá sujetarse la actividad del defensor del cliente de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Corresponderá a la asamblea general de socios o de asociados de las instituciones vigi-

ladas la designación del defensor del cliente. En la misma sesión en que sea designado deberá incluirse la información relativa a las apropiaciones previstas para el suministro de recursos humanos y técnicos destinados al desempeño de las funciones a él asignadas.

4.3 Procedimiento para el conocimiento de las quejas. **Previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de las quejas individuales relacionadas con la prestación de servicios por parte de las instituciones vigiladas que en virtud de sus competencias pueda conocer, el cliente o usuario deberá presentar su reclamación al defensor, quien deberá pronunciarse sobre ella en un término que en ningún caso podrá ser superior a quince (15) días hábiles, contados desde el momento en que cuente con todos los documentos necesarios para resolver la queja.**

Lo establecido en el inciso anterior se entiende sin perjuicio de las acciones judiciales que pueden presentar tanto clientes y usuarios como las mismas instituciones vigiladas a efectos de resolver sus controversias contractuales y de aquellas quejas que en interés general colectivo se presenten ante la Superintendencia Bancaria.

4.4 Sanciones. El incumplimiento de las obligaciones a cargo del defensor del cliente será sancionado por la Superintendencia Bancaria en la forma prevista en la Parte Séptima del presente Estatuto. En los términos de dichas disposiciones las instituciones vigiladas podrán ser sancionadas por no designar al defensor del cliente, por no efectuar las apropiaciones necesarias para el suministro de los recursos humanos y técnicos que requiera su adecuado desempeño **o por no proveer la información que necesite en ejercicio de sus funciones.** El defensor del cliente podrá ser sancionado por el incumplimiento de las obligaciones que le son propias.

Parágrafo. El defensor del cliente podrá desempeñar su función simultáneamente en va-

rias instituciones vigiladas. Se excluye de la obligación de contar con un defensor del cliente a los bancos de redescuento."

(...)

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

(...)

El primer asunto bajo revisión.

2. La disposición parcialmente acusada establece que toda entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria (de ahora en adelante EVSB) debe tener un defensor del cliente, quien debe resolver las quejas de los usuarios relativas a la prestación del servicio. El actor considera que los apartes acusados son entonces inconstitucionales pues transfieren al defensor del cliente, que es un particular, atribuciones que son propias del Presidente de la República y de la Superintendencia Bancaria, como son la inspección y vigilancia de las EVSB. Además, agrega el actor, esas normas también desconocen el derecho de petición, pues establecen que las personas deben acudir inicialmente al defensor del cliente de la respectiva EVSB, antes de poder presentar un reclamo, que es en el fondo un derecho de petición, ante la Superintendencia Bancaria. Según su parecer, esa regulación no sólo debía ser adoptada por ley estatutaria sino que además establece obstáculos injustificados a la presentación de peticiones ante las autoridades.

Por el contrario, para los intervinientes y la Vista Fiscal, los apartes acusados se ajustan a la Carta. Según su parecer, la atribución al defensor del cliente de las EVSB de la facultad de resolver las quejas de los usuarios no implica ninguna delegación de las competencias presidenciales de inspección y vigilancia de dichas entidades, pues se trata de asuntos distintos, pues el defensor no ejerce funciones públicas sino que simplemente

La atribución al defensor del cliente de las EVSB de la facultad de resolver las quejas de los usuarios no implica ninguna delegación de las competencias presidenciales de inspección y vigilancia de dichas entidades.

resuelve controversias. Pero además, agrega una de las intervinientes, incluso si se admitiera que la función del defensor del cliente es pública y administrativa, no por ello sería inconstitucional, pues se trataría de una descentralización por colaboración que está autorizada por la Carta. Finalmente consideran estos intervinientes que la obligación que imponen esas normas al usuario de acudir primero al defensor del cliente, antes de poder presentar su queja ante la Superintendencia Bancaria, no restringe inconstitucionalmente el derecho de petición, ya que busca una respuesta más ágil a los reclamos de las personas, en la medida en que pretende que éstas sean resueltas directamente a nivel de las propias entidades financieras.

3. Conforme a lo anterior, el problema constitucional que esta Corte debe estudiar es si los apartes acusados desconocen las competencias propias del Presidente de inspección y vigilancia de las entidades bancarias, al conferir al defensor del cliente de las entidades bancarias la facultad de resolver las quejas de los usuarios sobre la prestación del servicio. Igualmente deberá esta Corporación examinar si esas normas vulneran el derecho de petición al establecer para los usuarios la obligación de acudir primero ante

el defensor del cliente antes de poder acudir ante la Superintendencia Bancaria. Para resolver estos interrogantes, la Corte comenzará por recordar brevemente las características de la delegación y desconcentración de las funciones presidenciales de inspección y vigilancia de establecimientos bancarios y de crédito, para luego analizar la naturaleza de la figura del defensor del cliente, y así determinar si ésta desconoce las competencias propias de los organismos de vigilancia y control, y en especial las atribuciones del Presidente de la República en las labores de inspección, vigilancia y control del sector financiero.

Delegación y desconcentración de funciones de vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria y del Presidente de la República.

4. La Constitución no sólo autoriza la delegación y desconcentración de las funciones administrativas en general (CP art. 209) sino que específicamente autoriza la delegación de ciertas funciones presidenciales (CP art. 211), como una técnica de manejo administrativo, en virtud «de la cual, se produce el traslado de competencias de un órgano que es titular de las respectivas funciones a otro, para que sean ejercidas por éste, bajo su responsabilidad, dentro de los términos y condiciones que fije la ley»¹.

5. De otro lado, como esta Corte lo ha señalado en numerosas oportunidades, las funciones de inspección, vigilancia y control que la Carta atribuye al Presidente (CP art. 189 ords 21, 22 y 24) pueden ser delegadas en otros entes estatales, definidos por la ley, como las superintendencias, pues es imposible que todas esas atribuciones sean directamente ejercidas por el Presidente. Ha dicho al respecto esta Corte:

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-382 de 2000. Sobre la delegación, ver también, entre otras, las sentencias C-272 de 1998, C-496 de 1998, C-566 de 2000, C-921 de 2001 y C-372 de 2002.

"Que las funciones de inspección y vigilancia asignadas al Presidente de la República se ejecuten por medio de organismos de carácter administrativo como las superintendencias, no infringe el ordenamiento superior pues, como ya lo ha expresado la Corte, es imposible que dicho funcionario pueda realizar directa y personalmente todas y cada una de las funciones que el constituyente le ha encomendado, de manera que bien puede la ley delegar algunas de sus atribuciones en otras entidades administrativas, siempre y cuando no se trate de funciones que, según la Constitución, no puedan ser objeto de delegación"².

6. Finalmente, la Carta también prevé formas de descentralización por colaboración pues los particulares pueden, dentro de ciertas condiciones, cumplir funciones administrativas (CP art. 210). Sin embargo, como esta Corte lo ha indicado, no sólo no toda función administrativa puede ser delegada a particulares sino que además la ley debe precisar con claridad el régimen de esos particulares que están investidos de esas funciones³. Ha dicho al respecto esta Corporación:

"Resulta claro que la atribución de funciones administrativas a particulares debe hacerse delimitando expresamente la función atribuida, acudiendo para ello a criterios materiales, espaciales, temporales, circunstanciales, procedimentales o cualesquiera otros que resulten útiles para precisar el campo de acción de los particulares, en forma tal que la atribución no llegue a devenir en una invasión o usurpación de funciones no concedidas, a un vaciamiento del contenido de la competencia de la autoridad atribuyente o a la privatización indirecta del patrimonio público. Por ello resulta particularmente importante que las funciones que se encomendarán a los particulares sean específicamente determinadas"⁴.

7. Conforme a lo anterior, la ley puede atribuir a una entidad, como la Superintendencia Bancaria, el desarrollo, en delegación del Presidente, de funciones de inspección, vigilancia y control de ciertas entidades. Igualmente, es posible que, dentro de ciertos límites, la ley atribuya a los particulares el ejercicio de funciones administrativas. La pregunta que surge, a partir de los cargos formulados por el actor, es si la ley puede delegar en un particular el ejercicio de las funciones presidenciales de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público (CP art. 189 ord 24). Y la respuesta es negativa pues esta Corte ha señalado que uno de los límites para la atribución de funciones administrativas a los particulares es la "imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga"⁵. Ahora bien, si la Constitución atribuye al Presidente el ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de ciertas actividades es por cuanto considera que las actividades, a pesar de que pueden ser desarrolladas por particulares, deben estar sometidas, por su trascendencia, a una vigilancia estatal, desarrollada por el propio Gobierno. En esas circunstancias, si se permitiera que esa función presidencial de inspección, vigilancia y control fuera atribuida a un particular, entonces la competencia presidencial quedaría vaciada de contenido, puesto que las actividades de los particulares estarían sometidas al control, inspección y vigilancia de otro particular, cuando la Carta atribuyó esas funciones a la máxima autoridad administrativa. Esto significa entonces que esas funciones de inspección, vigilancia y control son estatales, y no pueden ser delegadas en un particular.

8. El análisis precedente muestra que el actor parte de una premisa cierta, y es que las funciones de inspección, vigilancia y control propias del Presidente no pueden ser atri-

2 Sentencia C-921 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería. Fundamento 3. En el mismo sentido, ver sentencia C-233 de 1997, C-496 de 1998, C-561 de 1999 y C-199 de 2001.

3 Ver sentencia C-866 de 1999, Fundamentos 7.1. y ss.

4 Sentencia C-866 de 1999, Fundamentos 7.5.

5 Sentencia C-866 de 1999.

buidas a los particulares, aunque pueden ser delegadas y desconcentradas en entes estatales. Por consiguiente, el problema que debe estudiar la Corte es si efectivamente la regulación de la figura del defensor del cliente implica una indebida delegación o desconcentración en un particular de esas funciones presidenciales, que la ley ha radicado en la Superintendencia Bancaria.

Las disposiciones que regulan la figura del defensor del cliente

9. Los intervinientes y la Vista Fiscal argumentan que no existe ninguna delegación ni desconcentración indebida de las funciones de vigilancia y control sobre las entidades financieras en un particular, por la sencilla razón de que las labores del defensor del cliente y de la superintendencia son distintas; así, mientras el defensor, al tramitar una queja, únicamente media en el conflicto, la Superintendencia Bancaria tiene otro propósito, como es establecer eventualmente responsabilidades. Un examen atento de los ordinales 4.2, 4.3 y 4.4 del artículo 98 del EOSF, que contienen la regulación de la figura del defensor del cliente, muestra que le asiste razón a estas intervenciones.

10. Las disposiciones que configuran la institución del defensor del cliente de las EVSB dejan en claro que el defensor es en todos sus cometidos y funciones un particular, y aunque la ley lo define como un ente independiente de los organismos de administración de las entidades vigiladas, es nombrado y financiado por ellas. Así lo dice claramente el inciso final del numeral 4.2, que establece que corresponde "a la asamblea general de socios o de asociados de las instituciones vigiladas la designación del defensor del cliente. En la misma sesión en que sea designado deberá incluirse la información relativa a las apropiaciones previstas para el suministro de recursos humanos y técnicos destinados al desempeño de las funciones a él asignadas". Igualmente, la facultad esencial del defensor del cliente (resolver quejas individuales) es,

para todos los efectos, distinta a la de inspección y vigilancia, pues no tiene la competencia expresa para imponer sanciones ni para declarar responsabilidad administrativa. Por el contrario, su función se restringe a la de ser el vocero de los usuarios ante las entidades vigiladas y a la de conocer y resolver las quejas relacionadas con la prestación de los servicios.

Esto indica que el defensor del cliente es una instancia mediadora al interior de las entidades financieras, que busca promover la solución ágil de las quejas presentadas por los usuarios ante la entidad, servir de instancia de autocomposición de conflictos y procurar que ciertos asuntos sean tratados por la entidad y el cliente, aunque ello no elimine la competencia de la Superintendencia Bancaria. En este orden de ideas, el diseño legislativo de la figura del defensor del cliente no suscita particulares problemas constitucionales. Con todo, para la Corte es necesario desarrollar consideraciones especiales sobre la naturaleza del defensor del cliente, teniendo en cuenta los asuntos planteados en la demanda: en primer lugar, el alcance de la competencia del defensor; en segundo lugar, la no atribución de funciones públicas o administrativas y, en tercer lugar, la no vinculatoriedad de las decisiones del defensor para la entidad vigilada.

Alcance de la figura del defensor del cliente

11. Teniendo en cuenta las normas que regulan lo concerniente al defensor del cliente, la Corte reitera lo siguiente: i) no es posible trasladar las funciones administrativas de control y vigilancia de las entidades financieras propias del Presidente de la República, en un particular; ii) tampoco es viable jurídicamente reconocer que el defensor del cliente, como un ente particular, tiene facultades imperativas sobre las entidades vigiladas por la Superbancaria; finalmente, iii) tampoco es admisible, desde el punto de vista constitucional, aceptar que la compe-

tencia para resolver quejas sea una competencia paralela o una prolongación de las funciones de la Superbancaria. Ello es consecuencia necesaria del carácter que la ley le ha dado a la figura del defensor del cliente de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Una lectura de las normas referidas a esta materia demuestra lo afirmado.

12. En primer lugar, *el defensor del cliente no desempeña ni puede desempeñar funciones administrativas*. En este sentido, tanto la atribución de competencias como el ejercicio de las mismas, debe entenderse en el marco de la naturaleza propia del defensor del cliente; esto es, como labores características de un ente de carácter particular el cual no cumple ninguna función pública y que por tanto, no adelanta funciones de control o de vigilancia de las entidades privadas o públicas en las que desarrolla su gestión. Esta interpretación se sigue de las disposiciones de la ley, en tanto ella define el origen, financiación y funciones del defensor del cliente. Así, el artículo 24 de la ley demandada establece

que el defensor del cliente es un vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, que actúa con independencia frente a los organismos de administración de las entidades vigiladas por la Superintendencia y que es designado por la asamblea general de socios o de asociados de cada institución vigilada. Anota este mismo artículo que sus funciones son claras y taxativas, pues establece que *"no podrá desempeñar (...) función distinta a la aquí prevista"*. Incluso, la ley establece

sanciones para el defensor del cliente, pues determina que éste podrá ser sancionado por el incumplimiento de las obligaciones que le son propias, lo cual obviamente incluye tanto insuficiencias, como excesos en su actuación.

De ahí se concluye que el propósito del legislador es que dicho defensor sea un particular elegido, nombrado y financiado por las mismas entidades vigiladas. Luego, no es posible admitir que a partir de una dudosa interpretación extensiva de sus competencias, se pueda calificar como un particular con funciones públicas, como un particular que desarrolla funciones típicamente administrativas o

como un particular que desarrolla una competencia paralela a la de la Superintendencia Bancaria, como entidad encargada de llevar a cabo las labores de control, inspección y vigilancia.

13. En segundo lugar, la competencia del defensor del cliente, como la propia ley lo determina, se restringe a dos facultades: "ser vocero de los

La competencia del defensor del cliente, como la propia ley lo determina, se restringe a dos facultades: "ser vocero de los clientes o usuarios ante la respectiva institución, así como conocer y resolver las quejas de éstos relativas a la prestación de los servicios"

clientes o usuarios ante la respectiva institución, así como conocer y resolver las quejas de éstos relativas a la prestación de los servicios"⁶. Lo que implica esta norma es que el ejercicio de sus funciones debe mantenerse dentro de la finalidad que inspira la figura, es decir, la de servir de puente institucional

6 Ver artículo 24 numeral 4.2. Ley 795 de 2003.

entre los usuarios de los servicios de las entidades vigiladas y los representantes de las mismas. En este sentido, su competencia de vocería y de trámite de quejas *se restringe a las situaciones exclusivamente relacionadas con la prestación de los servicios de cada entidad*, lo que a su vez implica que el defensor del cliente no pueda abrogarse o no le puedan ser conferidas funciones relacionadas con el control de la gestión interna de la entidad o de control disciplinario personal o institucional de la entidad vigilada.

Además de lo anterior, es claro que el defensor del cliente tiene una carga de diligencia en cuanto al examen de la queja. Así, antes de dar trámite a cualquier queja que sea presentada por un usuario, en relación con la prestación del servicio (ámbito propio del defensor), deberá examinar la seriedad de la misma antes de emprender cualquier diligencia, pues ello genera no sólo eficacia en su labor, sino que lo habilita en cuanto a la competencia que le corresponde. Esta carga de diligencia surge, porque el defensor del cliente no debe ocuparse de asuntos que no constituyan una queja real dentro de un marco mínimo de razonabilidad o que no se encuadran dentro de su estricto marco de funciones.

14. En tercer lugar, *es insostenible la interpretación que pretende que el defensor está facultado para dictar órdenes a las entidades vigiladas*. Para la Corte, de las disposiciones ahora demandadas no puede seguirse que el defensor tenga facultades imperativas o coercitivas, ni muchos menos que pueda decretar responsabilidad ante el eventual incumplimiento de las obligaciones de la entidad frente al defensor.

La resolución de las quejas de que se ocupa el defensor del cliente se encuentra en el marco de las funciones de mediación, tal como quedó plasmado en la norma. De esta manera, según la interpretación de las disposiciones legales objeto de control, *el pronunciamiento del defensor del cliente no resulta*

obligatorio o vinculante para la entidad vigilada y mucho menos para la Superintendencia. En efecto, la función de defensa de los intereses de los usuarios se concreta en la de servir de mediador entre usuarios y entidades. En este sentido, la creación de la figura del defensor del cliente constituye desarrollo de los mecanismos de participación ciudadana, en tanto abre nuevas oportunidades institucionales para la búsqueda, proposición y obtención de solución a los conflictos que se presenten con ocasión de la prestación de los servicios por parte de las entidades vigiladas.

Como se dijo, la actuación del defensor no es vinculante para las entidades vigiladas y mucho menos perentoria para las entidades administrativas del Estado que desarrollan, estas sí, funciones de control, inspección y vigilancia. Por tanto, las decisiones del defensor del cliente únicamente son elementos de juicio para las entidades y para la Superintendencia, razón por la cual esta última no podrá suprimir las etapas propias de cada una de las actuaciones administrativas que deben desplegarse frente a una queja.

15. Nótese que los alcances de la figura del Defensor del Cliente son evidentes desde la discusión legislativa. Así, según obra en las Gacetas 171 y 464 de 2002, la intención del legislador al introducir la figura fue formalizarla a través del reconocimiento legal, para que fuese una instancia de mediación efectiva e independiente de solución de las quejas presentadas por clientes y usuarios de las mismas. Todo ello en concordancia con la debida prestación del servicio y la protección al consumidor. En la Gaceta 464 se establece entonces que el pronunciamiento del defensor del cliente es condición de procedibilidad para el conocimiento de quejas de entidades vigiladas por parte de la Superintendencia Bancaria. Posteriormente, como consta en la Gaceta 569 de 2002, se agrega que cuando el pronunciamiento que emita el defensor sea íntegramente favorable a las pretensiones del cliente o usuario de la institución vigilada, tendrá carácter

La actuación del defensor del cliente no implica que la Superintendencia pueda pretermitir etapas administrativas o abreviar las actuaciones ordenadas por la ley dentro de los procedimientos adelantados frente a una queja, pues ello sería violatorio del debido proceso.

vinculante y hará tránsito a cosa juzgada. Sin embargo, posteriormente, esta última previsión desaparece, lo cual muestra que el Congreso no tuvo la intención de atribuir fuerza coercitiva a las soluciones propuestas por el defensor del cliente a los conflictos suscitados por la prestación del servicio. En efecto, si hubiera sido la intención del legislador determinar que el defensor del cliente decidiera definitivamente, así habría quedado en el texto final de la ley, pero diversas razones lo llevaron a suprimir tal norma y dejar el texto que ahora conocemos, que obviamente desechó tal posibilidad.

La actuación del defensor del cliente no implica que la Superintendencia pueda pretermitir etapas administrativas o abreviar las actuaciones ordenadas por la ley dentro de los procedimientos adelantados frente a una queja, pues ello sería violatorio del debido proceso. En efecto, los pronunciamientos del defensor del cliente no constituyen órdenes ni criterios decisorios para la Superintendencia; además, cualquier alteración del procedimiento estaría en contra del principio de legalidad que determina la actuación de la Superintendencia.

16. Vale la pena reiterar que las funciones de la Superintendencia no dependen de la actuación del cliente o de la comparecencia o no del usuario ante el defensor de cada entidad. No importa entonces que el usuario acuda al defensor o a la Superintendencia, de igual manera la Superintendencia está obligada a tramitar la queja del usuario con

el mismo rigor y las mismas etapas procesales, y está dentro de sus potestades considerar las sugerencias del defensor del cliente como a bien tenga. Obviamente, ello implica que la Superintendencia no puede eludir su competencia, enviando las quejas que recibe al defensor de cada entidad vigilada, pues evidentemente se trata del cumplimiento de funciones y finalidades distintas.

Si la Superintendencia subordina su competencia a una actuación previa del defensor del cliente, estaría violando la Constitución y la ley. No obstante, la Superintendencia puede enviar una queja al defensor del cliente para que éste se pronuncie, cuando considere que el asunto planteado no está dentro de su ámbito de competencia por no tener trascendencia administrativa alguna. Es decir, cuando opine que se trata de un asunto que perfectamente puede ser resuelto por la entidad vigilada con la mediación del defensor del cliente. Caso en el cual, el tema no debe volver a la Superintendencia por tratarse de asuntos eminentemente internos.

17. De otro lado, como se dijo, es obvio que *el Defensor del Cliente sólo puede actuar sobre aspectos que guarden relación directa con la prestación del servicio en la entidad*. Por ello le está vedado invadir el campo de acción de la Superintendencia, y de los diferentes órganos de control o de la justicia.

Sobre el deber de las entidades de otorgar la información necesaria para que el defensor se pronuncie sobre las quejas, debe acla-

rar la Corte que estos datos deben estar íntimamente ligados con el ejercicio de sus competencias. Es decir, asuntos estrictamente relacionados con quejas relativas a la prestación del servicio.

18. Como conclusión obligada de lo establecido previamente, *el Defensor del Cliente no puede ser visto como coadministrador ni como coejecutor del gasto en las entidades vigiladas*. Si el defensor debe limitar su actuación a las facultades que le ha otorgado la ley, mal podría interferir en el curso normal de una entidad vigilada a través de determinaciones de carácter administrativo o presupuestal que no son de su competencia. El defensor no puede entonces establecer directrices en ese aspecto pues estaría invadiendo un campo que le está vedado.

Además, el defensor del cliente debe actuar con la razonabilidad pertinente para cada caso. Tratándose de entidades oficiales intervenidas, es obvio que todo lo que ocurra en ellas se mueve dentro de un marco sujeto a la legalidad, delimitado por procedimientos y términos específicos y por tanto las solicitudes y actuaciones del defensor deberán acoplarse a esta situación. Así, el defensor no puede desconocer los términos y procedimientos establecidos por la ley para la administración, pues tales mandatos son perentorios y la buena marcha de la entidad o sus políticas no pueden verse modificadas por el defensor, ya que no se trata de un coadministrador.

19. Como resumen, podemos afirmar lo siguiente: i) el defensor del cliente no cumple ningún tipo de función pública, ni administrativa, porque la ley no le confirió tal potestad. En efecto, la competencia que le fue atribuida no se enmarca en ninguna de las figuras de delegación, desconcentración o descentralización por colaboración. El tenor literal de las normas aplicables muestra que su naturaleza es eminentemente privada, lo que se sigue de su origen y financia-

ción y sobre todo de la definición legal de sus competencias.

ii) Por lo anterior, sus funciones están restringidas a la vocería de los intereses de los usuarios de los servicios y a la resolución de quejas en interés particular a través de la mediación entre los usuarios y los representantes de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Las funciones del defensor del cliente no pueden entonces ser asimiladas o tenidas como funciones propias de control, inspección y vigilancia, o de control de gestión interna, disciplinario personal o institucional, o de cualquier otro tipo de control semejante pues la ley no le ha otorgado tales competencias.

iii) De otro lado, la expresión "resolver las quejas" se refiere a la capacidad del defensor de hacer recomendaciones, sugerencias o expresar su punto de vista sobre la prestación del servicio. Por lo tanto, tales pronunciamientos carecen en absoluto de fuerza vinculante tanto para la entidad vigilada, como para el ente de control. Ello explica que la Superintendencia Bancaria y la entidad vigilada no estén sometidas a las recomendaciones del Defensor y, en consecuencia, están en total libertad para decidir si aceptan o no sus sugerencias.

iv) Como consecuencia lógica de esto, por tratarse de funciones, ámbitos de acción y competencias diferentes, la actuación del defensor del cliente no autoriza a la Superintendencia a pretermittir las etapas propias del procedimiento administrativo ante la presentación de una queja. Así, el principio de legalidad que rige las actuaciones de la administración no sufre mengua o transformación alguna por la creación del defensor del cliente.

v) Obviamente su ámbito de actuación se limita a los aspectos relacionados con la prestación del servicio en las entidades vigiladas, sin que pueda invadir órbitas que corresponden a la Superintendencia, a los entes de con-

trol o a la justicia. Por tal razón las informaciones que solicite el defensor del cliente sólo pueden estar relacionadas con el ejercicio estricto de su ámbito de actuación, es decir, referidas a quejas por la prestación del servicio y no a otros asuntos.

vi) Finalmente, para la Corte es claro que el defensor del cliente no es coadministrador de la entidad ni coejecutor del gasto. Tampoco cuenta con facultades de nominación, nombramiento o contratación. En consecuencia, el defensor del cliente no puede reemplazar a la entidad vigilada, en la toma de decisiones que son del exclusivo ámbito de competencia de ésta.

20. Conforme a todo lo anterior, la Corte declarará la constitucionalidad de los apartes acusados del numeral 4.2 y 4.4 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tal y como fueron modificados por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003.

Inexequibilidad del requisito de procedibilidad consagrado en el numeral 4.3 del artículo 24 de la ley acusada.

21. El aparte demandado establece que antes de someter una queja individual relacionada con la prestación del servicio por parte de EVSB, el usuario deberá presentar su reclamación al defensor del cliente. Para el demandante, tal exigencia vulnera el derecho de petición al establecer un requisito de procedibilidad. Para los intervinientes, el mecanismo del defensor del cliente y su obligatoriedad como trámite previo a la interposición de quejas ante la Superintendencia cumple con la exigencia de celeridad para ambas partes de la relación contractual, por tanto la figura se ajusta a la Carta. Idéntico criterio sostiene el despacho del Procurador, pues considera que no se restringe el derecho de petición, toda vez que las funciones del defensor del cliente protegen los derechos de los usuarios de las EVSB, contribuyen a descongestionar la administración de justicia y constituyen un gran apoyo para lo-

gar los objetivos de eficiencia y prontitud. En cuanto al requisito de procedibilidad, encuentra la Vista Fiscal, que este mecanismo no restringe el ejercicio del derecho de petición sino que lo hace más expedito, dada la celeridad del defensor del cliente para resolver las quejas de los usuarios.

De conformidad con lo planteado previamente, corresponde a esta Corte determinar si el establecimiento de este requisito de procedibilidad, consistente en presentar las quejas al defensor del cliente antes de acudir a la Superintendencia Bancaria, vulnera algún derecho constitucional por tratarse de una medida desproporcionada. Para estudiar el asunto la Corte precisará inicialmente el enlace entre este requisito de procedibilidad con toda la argumentación desplegada hasta el momento acerca de la naturaleza y funciones del defensor del cliente, para luego analizar la proporcionalidad de la medida.

22. De acuerdo con lo expuesto en los puntos anteriores, es claro que el defensor del cliente no cumple funciones administrativas ni es una prolongación de la Superintendencia Bancaria. Admitido esto, no encuentra la Corte razón alguna para aceptar que la actuación del defensor del cliente subordine la competencia que le corresponde a la Superintendencia y en la práctica paralice su desempeño frente a las quejas ciudadanas. Ello no sólo sería inaceptable desde

Es claro que el defensor del cliente no cumple funciones administrativas ni es una prolongación de la Superintendencia Bancaria.

el punto de vista del funcionamiento de la administración, sino que además restringiría los derechos ciudadanos, tal como afirma el demandante. Así, un usuario no podría acudir a la Superintendencia Bancaria sin haber agotado la instancia del defensor del cliente de la entidad. Esto constituye un obstáculo que la legislación impone a los ciudadanos para que puedan presentar este tipo de peticiones y además para que puedan acceder a las funciones administrativas o de impartir justicia que le corresponde ejercer a la Superintendencia frente a las entidades vigiladas. Por tanto, la Superintendencia no podría asumir el conocimiento de una queja hasta que el ciudadano no acuda al defensor del cliente y, a su vez, el ciudadano no podría acudir a la Superintendencia para manifestar su reclamo sin haber comparecido ante el defensor.

Ello no sólo es un obstáculo para la Superintendencia sino que también es un límite para que los ciudadanos accedan a la administración. Así, este requisito no sólo afecta los derechos de cada ciudadano en particular, sino que es lesivo del interés general (arts. 1 y 2 C.P.), pues este tipo de funciones evidentemente repercuten en la eficiencia de las entidades vigiladas y la calidad de los servicios prestados por las mismas. Esto claramente afecta el derecho de petición. Teniendo en cuenta que la Constitución garantiza el derecho de todo ciudadano a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés particular o general (art. 23) mal podría la ley establecer limitaciones excesivas a este derecho. Con todo, no se trata de un derecho absoluto⁷, pues su ejercicio debe contribuir a la prevalencia de interés general y además exige una carga ética de todo ciudadano al imponer el respeto a los derechos ajenos y la prohibición en el abuso de los propios (art. 95 num. 1 y 5 Constitucional). En este punto, cuando el ejercicio de este derecho involucra una solicitud irrazonable que involucra recursos públicos, la Corte⁸ ha definido que el derecho a acciones estatales

de ese tipo se debe configurar dentro de unas condiciones materiales definidas previamente por el legislador, ya que la actividad estatal se sustenta en los principios de eficiencia, moralidad, economía, celeridad y equidad. (Art. 209 C.P.).

Así, el derecho de petición no es absoluto, pues está sujeto a la razonabilidad de las peticiones, a los límites propios de los deberes ciudadanos, a la prohibición de abuso del derecho, y a la reserva de ciertos datos. Los anteriores rasgos delimitan el ejercicio del derecho de petición, pues se trata del cuidado, preservación y buena administración de los recursos públicos, así como del resultado obvio de los deberes ciudadanos y la protección de otros valores constitucionales tales como la seguridad nacional. Pero como lo ha anotado esta Corte⁹, el derecho de petición no tiene dentro de su naturaleza la característica de ser subsidiario. Este implica que el ciudadano debe poder confiar en la posibilidad cierta y concreta de que cuando acude a los organismos y servidores públicos en el campo de sus correspondientes competencias, en demanda de su actividad para que lo protejan de los abusos o excesos de las organizaciones particulares sujetas a la intervención, inspección, vigilancia y control estatales, se produzca efectivamente la actuación oficial que de la autoridad se espera¹⁰.

23. En este caso, encuentra la Corte que el requisito de procedibilidad contenido en la expresión *"Previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de las quejas individuales relacionadas con la prestación de servicios por parte de las instituciones vigiladas que en virtud de sus competencias pueda conocer"* desconoce la

⁷ Ver la sentencia C-099 de 2001.

⁸ Ver las sentencias C-621 de 1997, T- 522 de 1994, T-424 de 1998, C-555 de 1993 y C-023 de 1998

⁹ Ver la sentencia T-463 de 2001.

¹⁰ Ver la sentencia T-074 de 2001, este caso se refería expresamente a la Superintendencia Bancaria.

naturaleza del derecho de petición mediante el cual se interponen las quejas ante la Superintendencia Bancaria¹¹ y lo coarta de manera desproporcionada. No se trata entonces de un límite que pretenda preservar los recursos estatales; sólo intenta alejar a la ciudadanía de la posibilidad de que la entidad competente para conocer de estos hechos, en virtud de la potestad de inspección y vigilancia que por ley le corresponde, pueda ocuparse de estos asuntos. Convierte entonces el derecho de petición en una figura sometida a una condición gravosa para el ciudadano. Así, no tiene nada que ver con la protección de intereses valiosos para el Estado y, por el contrario, puede desestimular el importante aporte de la ciudadanía en lo que se refiere a la entrega de información pertinente para que la Superintendencia Bancaria, en ejercicio de su función de inspección y vigilancia, pueda conocer hechos relevantes y adoptar las medidas que considere pertinentes dentro del marco jurídico correspondiente. Esta afectación desproporcionada de un derecho fundamental, se presenta, entre otras razones, porque el defensor del cliente y la Superintendencia tienen ámbitos de competencia totalmente diversos y separados, tal como quedó explicado.

24. En resumen, la Constitución establece el derecho de todas las personas no sólo a presentar peticiones a las autoridades y obtener una pronta respuesta sino que además faculta a los particulares a acceder a la administración de justicia y a los organismos de vigilancia y control para que estos resuelvan, dentro de límites razonables, sus reclamos y solicitudes (CP arts 23, 209 y 229). Ahora bien, no sólo la Superintendencia Bancaria ejerce, a nombre del Presidente, funciones de inspección y vigilancia sobre las personas que realizan la actividad financiera y aseguradora (CP art. 189 ord 24 y art. 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de ahora en adelante EOSF) sino que incluso la ley le ha atribuido a esa entidad ciertas funciones judiciales (Ley 446 de 1998)¹². Y,

como bien lo señala el actor, dentro del ejercicio de esas funciones de control y vigilancia, el artículo 326 del EOSF le atribuye a esa superintendencia, en desarrollo de las funciones de control y vigilancia, la facultad de *"dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten contra las instituciones vigiladas, por parte de quienes acrediten un interés jurídico, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes. Cuando se trate de asuntos contenciosos, dará traslado de las mismas a las autoridades competentes, si a ello hubiere lugar."* Para cumplir esa atribución, la Superintendencia Bancaria cuenta con una dependencia específica, la "Subdirección de Resolución de Conflictos, Quejas y de Atención al Usuario*", la cual debe *"dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten contra las instituciones vigiladas por parte de quienes acrediten un interés jurídico, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso u ordenar las medidas que resulten pertinentes"* (Art 320-c del EOSF).

Existe entonces toda una normatividad e infraestructura dirigidas al cumplimiento de la función de la Superintendencia. Razón que muestra la importancia del asunto y la imposibilidad de limitar los derechos ciudadanos pues se trata de una medida desproporcionada. No resultan pues aplicables los argumentos dados en la sentencia C-1195 de 2001, en la cual la Corte declaró la exequibilidad de la conciliación como requisito de procedibilidad para acceder a algunas jurisdicciones. En aquella ocasión la Corte consideró que no debía aplicar un juicio estricto de razonabilidad debido a que

¹¹ Según datos otorgados por la Superintendencia Bancaria, en el año 2002 esta entidad recibió 26.260 quejas o reclamaciones, lo que permite ver que se trata de un derecho muy utilizado por la ciudadanía, ver fls. 64 y ss del expediente.

¹² Sobre la posibilidad de desconcentrar esas funciones en las superintendencias, ver, entre otras, las sentencias C-397 de 1995, C-233 de 1997 y C-496 de 1998.

* Nota del editor: Hoy Subdirección de Protección y Servicio al Cliente; ver Decreto 206 del 27 de enero de 2004, pág. 100 del presente boletín.

la Constitución otorga la posibilidad de atribuir excepcionalmente funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas y determinar la forma en que los particulares administrarán justicia en la condición de árbitros y conciliadores (artículo 116). A diferencia de ese caso, en esta ocasión la Constitución prohíbe expresamente que las facultades de inspección y vigilancia en cabeza del Presidente sean atribuidas a particulares. Como ya quedó claro que el defensor del cliente no es una prolongación de la Superintendencia Bancaria, ni cumple funciones administrativas, no hay motivo alguno para que los ciudadanos deban comparecer, pues no existe nexo entre la función que el defensor desempeña como mediador en algunos conflictos, y la función de inspección y vigilancia que le corresponde a la Superintendencia.

25. Así, no existe razón lógica para que este requisito se mantenga, pues las finalidades que perseguiría al descongestionar la Superintendencia y promover la resolución pacífica de los conflictos derivados de quejas por el servicio de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, no son suficientes para limitar el ejercicio del derecho de petición de los particulares ante dicha Superintendencia. De otro lado, la Superintendencia no podrá ver reducido su trabajo por la acción del defensor del cliente, ya que la resolución de las quejas que éste conoce no implica que la entidad de vigilancia no deba actuar como la autoridad llamada a hacerlo por ministerio de la Constitución y la ley. Este requisito no sólo afecta el derecho ciudadano de

petición, al interponer un obstáculo entre la autoridad -que es la única a quien la Constitución permite ocuparse de estos asuntos- y la ciudadanía, sino que los fines que persigue, que en principio parecen legítimos -promover la amigable composición de los conflictos y descongestionar a la Superintendencia de algunas quejas- no se verían cumplidos a través de este mecanismo debido a la naturaleza de la figura del defensor del cliente, que fue explicada previamente. Por tanto el medio no es adecuado para lograr estos fines, debido a que a través de una instancia privada, a la cual la Constitución le prohíbe ocuparse de asuntos propios de la inspección y vigilancia, no es posible generar descongestión debido a que no existe relación ni injerencia alguna entre la figura del defensor del cliente y la Superintendencia Bancaria. Por tanto el medio no es el adecuado y por supuesto no conduce a los resultados esperados. Por las razones anteriores, la Corte declara

Así se mantiene la norma según la cual el cliente o usuario puede presentar su reclamación al defensor, pero no subsiste el requisito de procedibilidad que esta Corte ha encontrado inexecutable.

rá inexecutable el aparte que establece que "*Previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de las quejas individuales relacionadas con la prestación de servicios por parte de las instituciones vigiladas que en virtud de sus competencias pueda conocer*". Así se mantiene la norma según la cual el cliente o usuario puede presentar su reclamación al defensor, pero no subsiste el requisito de procedibilidad que esta Corte ha encontrado inexecutable. Así, el ciudadano puede acudir paralelamente a las dos instancias u optar por comparecer inicialmente ante el defensor del cliente. Esto asegura que las quejas individuales lleguen a la Superintendencia sin obstáculo alguno. Tal previsión es similar a lo establecido por la

norma para las quejas en interés general colectivo, pues la presentación de la queja ante el defensor del cliente *"se entiende sin perjuicio de las acciones judiciales que pueden presentar tanto clientes y usuarios como las mismas instituciones vigiladas a efectos de resolver sus controversias contractuales y de aquellas quejas que en interés general colectivo se presenten ante la Superintendencia Bancaria."*

De esta forma se asegura la posibilidad ciudadana de acudir a la autoridad competente y se promueve la labor del defensor del cliente como *ente que sugiere* soluciones frente a las quejas de los usuarios de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

VII. DECISION

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

Resuelve:

Primero: Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones acusadas *"así como conocer y resolver las quejas de estos relativas a la prestación de los servicios"* y *"o por no proveer la información que necesite en ejercicio de sus funciones"* contenidas, respectivamente, en los ordinales 4.2 y 4.4 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tal y como fue modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** el inciso primero del ordinal 4.3 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tal y como fue modificado por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003, salvo la expresión *"Previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de las quejas individuales relacionadas con la prestación de servicios por parte de las instituciones vigiladas que en virtud de sus competencias pueda conocer,"* que se declara **INEXEQUIBLE.**»

Conceptos

Acceso al servicio financiero

*Adquisición de acciones de entidades
vigiladas y no vigiladas*

Bancos de datos

Leasing habitacional

Posesión de funcionarios

Prelación de créditos

Sociedades fiduciarias (operaciones)

Sociedades fiduciarias (objeto)

ACCESO AL SERVICIO FINANCIERO

Concepto 2003059504-1 del 9 de enero de 2004

Síntesis: *Trato igual de los usuarios - Libertad de selección por las entidades vigiladas.*

«(...) MANIFIESTA QUE NO HA PODIDO ABRIR UNA CUENTA DE DEPÓSITOS EN UNA ENTIDAD FINANCIERA DEBIDO A QUE, SEGÚN SE LE EXPLICA, NO ES "ASALARIADA O PENSIONADA", Y CONSULTA "QUÉ PASOS DEBO SEGUIR O A DONDE ME DEBO DIRIGIR" PARA TENER ÉXITO EN ESA DILIGENCIA.

En primer lugar, debe anotarse que las instituciones financieras gozan de libertad para escoger sus clientes y si celebran o no determinado negocio. En ese sentido, sin perjuicio del cumplimiento de las normas que regulan sus operaciones, cada establecimiento de crédito se encuentra facultado para establecer en sus reglamentos internos el procedimiento, criterios y requisitos que deben observarse para vincular a los destinatarios de sus servicios en una relación contractual¹.

De otra parte, la Corte Constitucional, con ocasión de una tutela promovida por la terminación unilateral de un contrato de cuenta de ahorros, expresó que "si bien los bancos gozan de autonomía negocial, la cual tiene sustento constitucional, aquella es más

restringida que la del resto de particulares, pues el carácter de interés público, la intervención del Estado en la actividad financiera, la exigencia de la democratización del crédito y la imposibilidad de que se restrinjan desproporcionadamente derechos fundamentales de los clientes, limitan en gran medida la autonomía del sector financiero"². De los argumentos esgrimidos por la Corte en el fallo en comentario interesa destacar lo siguiente:

- La función bancaria no es igual a la actividad que realiza cualquier particular cuando se apoya en el postulado de la autonomía privada. Esto se deduce del análisis de los preceptos constitucionales que restringen el radio de acción de la libertad contractual para las entidades financieras (el artículo 335 de la Carta establece que la actividad financiera es de interés público, lo que entraña la protección del bienestar general).
- El concepto de interés público de la actividad bancaria se concreta en la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio pues, si bien el ejercicio de la misma fuerza a resguardar la solvencia de quien

¹ En punto a la independencia de tales entidades en la aceptación depósitos de ahorros, ésta se encuentra expresamente consagrada en el numeral 1 del artículo 127 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), bajo el siguiente tenor: "**Libertad para el recibo de depósitos.** Todo establecimiento bancario podrá limitar la cantidad que un individuo o asociación pueda depositar en su sección de ahorros, a la suma que estime conveniente, y podrá también, a su arbitrio, negarse a recibir un depósito o devolverlo en cualquier tiempo total o parcialmente".

² Corte Constitucional. Sentencia SU-167 del 17 de marzo de 1999. M. P. Alejandro Martínez Caballero. Hay pronunciamientos de la Corte en igual sentido en las sentencias T-291 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y T-468 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera.

- Habida cuenta de que la autonomía privada del sector bancario es de grado diferente a la de los particulares la Corte reitera que es posible que la relación contractual bancaria origine transgresión de derechos fundamentales y no exclusivamente derechos de rango legal. En ese escenario, podrían resultar comprometidos los derechos a la personalidad jurídica e igualdad de condiciones para acceder al servicio público bancario del cliente, y si está íntimamente relacionado con los derechos en comento, también los derechos fundamentales por conexidad de las libertades económicas del particular.

- Aunque las libertades económicas no son por sí mismas derechos fundamentales y pueden ser limitadas ampliamente por el legislador no es dable que se impida o restrinja el ejercicio de las mismas frente a todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C.P. arts. 13 y 333).

Para conciliar los conflictos que surjan de las situaciones descritas, "la Constitución impone una solución intermedia, puesto que no es factible predicar la absoluta discrecionalidad de las entidades financieras para decidir quien puede ingresar al sector, pues lo contrario implicaría el desconocimiento de los derechos fundamentales del cliente. De igual manera, tampoco es posible negarle al sector financiero la libertad contractual para escoger objetivamente las personas con quienes desee tener relaciones comerciales, como quiera que se desconocerían derechos tales como el de asociación, libertad de empresa y se coloca en riesgo el interés público de la actividad bancaria. Por consiguiente, debe encontrarse cual es el núcleo esencial de los derechos y libertades en conflicto, de tal manera que se imponga un

El concepto de interés público de la actividad bancaria se concreta en la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio.

respeto limitado y concreto para su correcto ejercicio".

"Núcleo esencial de los derechos del cliente.

Para encontrar una decisión ponderada y la máxima efectividad de los derechos en conflicto, la sentencia SU-157 de 1999 de la Corte Constitucional, parte de la libertad contractual de la banca, como una regla general. Sin embargo, esa autonomía se limita por el núcleo esencial de los derechos del cliente, los cuales se consideran transgredidos cuando se presenta un bloqueo financiero, y esto sucede cuando se cumplen estas condiciones:

Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero (...).

También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca (...).

Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público (...).

Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión (...)»³.

Ahora bien, en punto al caso concreto que plantea en su comunicación y dado su interés por conocer la actuación a seguir, de manera atenta le informamos que puede acudir ante el defensor del cliente de la enti-

dad⁴ o, si lo estima conveniente, presentar la reclamación ante la Subdirección de Quejas de esta Superintendencia a fin de que se inicie la actuación administrativa que resulte pertinente».

* Nota del editor: Ver Decreto 206 del 27 de enero de 2004, pág. 100 de este boletín.

3 Ibidem.

4 Figura instituida por la Ley 795 de 2003 y reglamentada en el Decreto 690 de ese mismo año.

ADQUISICIÓN DE ACCIONES DE ENTIDADES VIGILADAS Y NO VIGILADAS

Concepto 2003060526-2 del 9 de enero de 2004

Síntesis: *Prohibición a los establecimientos bancarios de financiar a un tercero con dinero captado del público para adquirir el control de una entidad perteneciente o no al mismo sector. Tipificación penal (utilización indebida de fondos captados del público). Carta Circular 143 de 2003. Antecedentes normativos y marco legal vigente.*

«(...) ME REFIERO A SU COMUNICACIÓN RADICADA EN LA SUPERINTENDENCIA CON EL NÚMERO ARRIBA CITADO, MEDIANTE LA CUAL MANIFIESTA, CON OCASIÓN DE LA EXPEDICIÓN DE LA CARTA CIRCULAR 143 DE 2003, QUE LA INSTITUCIÓN QUE USTED PRESIDE, "(.) ha estimado procedente celebrar con entidades no vigiladas por la Superintendencia Bancaria operaciones de crédito con destino a la adquisición del control de otras entidades que igualmente no están sometidas a vigilancia del ente de control a su buen cargo, al no encontrar prohibición legal alguna en ese sentido", conclusión a la que se llegó luego de analizar lo preceptuado en los artículos 7, 10 y 72 literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En virtud de lo anterior y para tener certeza sobre el alcance de las normas mencionadas en la citada Carta Circular consulta "si efectivamente es dable entender que los establecimientos de crédito pueden facilitar recursos captados del público para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de otras sociedades o asociaciones distintas de las contempla-

das en el artículo 10 literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con fundamento en la autorización legal contenida en el artículo 7º, numeral 1º, literal a) (sic) de dicho Estatuto".

Sobre el particular, resultan procedentes los siguientes comentarios:

1. Antecedentes normativos

Sea lo primero recordar que desde la Constitución Política de 1886 ha sido clara la intervención estatal frente a las actividades empresariales incluida la de carácter financiero, pues si bien se respetaba la iniciativa de los particulares en lo atinente a la creación de las organizaciones dentro de los límites del bien común, la dirección de la economía estaba a cargo del Estado quien establece las condiciones para el ejercicio de la misma (artículo 32).

A las anteriores consideraciones no escapa la Constitución Política de 1991 en donde se consagró (artículo 335) que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público "son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito".

Pues bien, precisamente en desarrollo de la facultad constitucional de intervención prevista en el artículo 120, numeral 14, de la entonces Carta Política, el Presidente de la República expidió el Decreto 2388 de 1976 en el cual se estableció que "los fondos provenientes del ahorro privado que se encuentren en poder de entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, no podrán utilizarse para que aquellas entidades o las que les estén subordinadas o vinculadas, adquieran el control de otra empresa de cualquier especie, o realicen actos conducentes a adquirirlo" (artículo 1º).

Se consagró igualmente en dicha disposición los casos exceptuados de la aplicación de la prohibición mencionada; se otorgó de manera expresa al Superintendente Bancario la atribución de investigar las operaciones a que se refiere la norma y de sancionar pecuniariamente a la entidad infractora, sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar por objeto ilícito.

En cuanto al bien jurídico tutelado con la expedición de este Decreto resulta pertinente retomar lo expresado en anterior oportunidad por esta Superintendencia, destacando que el mismo "tiene una doble connotación: una propiamente jurídica representada fundamentalmente por el interés que tiene el conglomerado social en que los recursos captados por los intermediarios financieros en el mercado de capitales, sean manejados con eficacia, seriedad, profesionalidad y sentido de las exigencias del bienestar económico y social de la comunidad, evitando desviaciones originadas en el aprovechamiento de tales recursos, generalmente inspirado por afanes desmedidos de lucro y poder económico; y otra de índole material, constituida por aquello sobre lo cual se concreta la vulneración del interés que la prohibición quiso amparar, en síntesis, el ahorro privado para nuestro caso"¹.

1 Resolución 1076 del 15 de marzo de 1984 en la que se confirmó la sanción impuesta a un establecimiento bancario por violación de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2388 de 1976.

Se observa entonces que en ejercicio de la denominada intervención presidencial en el ahorro privado se elevó a contravención administrativa la conducta de los intermediarios financieros consistente en destinar los dineros producto de la captación a la adquisición del control de otras entidades, pertenecientes o no al mismo sector, en la medida en que su realización pone en riesgo los recursos de los ahorradores y, por ende, compromete la confianza pública en el sistema financiero atentándose en últimas contra el orden público económico.

Lo anterior aunado a la consideración de que con dichas operaciones se presenta una clara desviación de la finalidad perseguida por el legislador en la labor de intermediación de los agentes financieros y de la función económica y social que justifica la existencia del sistema.

Posteriormente y en ejercicio de la misma atribución constitucional, se expidió el Decreto 3604 de 1981 por el cual se consagraron restricciones y prohibiciones adicionales para el otorgamiento de crédito, estableciéndose en el parágrafo 2º del artículo 5º que "Cuando se compruebe la utilización de los fondos provenientes del ahorro privado por parte de los bancos comerciales, corporaciones de ahorro y vivienda, corporaciones financieras y cajas o secciones de ahorro, para la adquisición de acciones de las entidades a que se refiere el presente decreto, la entidad infractora no podrá acceder a las líneas de crédito del Banco ni a las operaciones con cargo a los fondos financieros que administra o maneja el citado Banco de la República".

En 1982 y ante la evidencia de actividades especulativas tendientes a adquirir el control de entidades financieras, concentración de la propiedad de las acciones y del crédito, conductas dolosas para burlar los límites legales, prácticas destinadas a facilitar la evasión de los deberes fiscales y en general diversas formas de abuso del derecho de propiedad, situaciones que generaron una crisis en la confianza pública perturbando en forma grave el orden económico y social, el Presidente de la República en uso de las facultades que le confería el

Se observa entonces que en ejercicio de la denominada intervención presidencial en el ahorro privado se elevó a contravención administrativa la conducta de los intermediarios financieros consistente en destinar los dineros producto de la captación a la adquisición del control de otras entidades, pertenecientes o no al mismo sector, en la medida en que su realización pone en riesgo los recursos de los ahorradores y, por ende, compromete la confianza pública en el sistema financiero atentándose en últimas contra el orden público económico.

artículo 122 de la Constitución Nacional declaró el estado de emergencia económica mediante el Decreto 2919 del 8 de octubre, a fin de que se adoptaran de inmediato las medidas destinadas a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Con fundamento en dicha atribución constitucional y en desarrollo de lo dispuesto por el decreto citado, en la misma fecha el Presidente expidió el Decreto Legislativo 2920 mediante el cual se dictaron medidas para preservar la confianza del público en el sector financiero colombiano, estableciendo en el artículo 1° lo siguiente:

"Artículo 1°. Los administradores de las instituciones financieras deben obrar no solo dentro del marco de la ley, sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales, absteniéndose de las siguientes conductas:

(...)

c) Utilizar o facilitar recursos del ahorro privado para operaciones dirigidas a adquirir el control de otras empresas, con fines especulativos o en condiciones que se aparten sustancialmente de las normas en el comercio".

Complementariamente, el Capítulo III ibídem relativo a la Protección Penal de la confianza en el sistema financiero dispuso:

"Artículo 18.- Los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las instituciones financieras que, utilizando fondos captados del público, los destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o de otras sociedades, incurrirán en prisión de 2 a 6 años".

Así las cosas, la prohibición administrativa consagrada legalmente en 1976 y cuyos destinatarios eran las instituciones financieras, se dirige en 1982 a los administradores de dichas entidades y se eleva a la categoría de delito la realización de la conducta mencionada, siempre y cuando no haya autorización legal, resaltándose de esta manera el celo y cuidado del legislador en la protección del bien jurídico objeto de dichas disposiciones normativas: el ahorro y en últimas la confianza pública en el sistema, de tal suerte que una conducta que atente contra ese interés debe recibir un severo castigo tanto por la autoridad de policía administrativa como también por las autoridades jurisdiccionales dada la gravedad de la misma.

En 1990 se expide la Ley 45, que otorgó facultades extraordinarias al Presidente de la República para compendiar las leyes en sentido formal y material sobre el sector y los reglamentos constitucionales proferidos en ejercicio del ordinal 14 del artículo 120 de la Constitución Política, dando lugar a la expedición del Decreto 1730 de 1991², que promulgó el primer Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En 1993 se profirió la Ley 35 que confirió facultades extraordinarias para actualizar el EOSF, con fundamento en las cuales se emitió el Decreto 663³, y en 1999 se expidió la Ley

2 En el artículo 1.2.0.1.1. se consagraron las Reglas de Conducta de los Administradores y en el artículo 1.7.1.1.1 se reguló lo referente al delito de Utilización Indebida de Fondos, en similares términos a los del Decreto 2920.

3 En el artículo 72 establece los deberes de los administradores y en el artículo 208 se consagraba el delito de "Utilización indebida de fondos".

510, disposiciones éstas que no introdujeron modificación alguna a las normas expedidas en los años ochenta para impedir el uso indebido del ahorro del público.

En el año 2000 se expidió la Ley 599 (Código Penal) cuyo artículo 474 derogó el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de tal suerte que los hechos punibles allí contemplados son los ahora consagrados en los artículos 314 a 317 de dicho Código, Capítulo "De los delitos contra el sistema financiero". Cabe anotar que la descripción del tipo penal "Utilización indebida de fondos captados del público" que se hace en esta nueva regulación conserva los mismos lineamientos establecidos en el Decreto 2920 de 1982, extendiendo la prohibición a los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de entidades vigiladas por las Superintendencias de Valores y de la Economía Solidaria.

Estos antecedentes normativos dejan en claro que el legislador (ordinario y extraordinario) siempre ha procurado impedir que los intermediarios financieros utilicen o faciliten los recursos del público para llevar a cabo la toma de control de otra entidad, **perteneciente o no al mismo sector**, bajo el entendido de que dicha conducta pone en riesgo dichos recursos y por tanto atenta contra la confianza del público en el sistema.

2. Marco legal vigente

En el año 2003 se expide la Ley 795, que mediante el artículo 12 modificó el literal c) del artículo 72 del EOSF, efectuando algunas modificaciones al anterior texto normativo a fin de que fuera concordante con la descripción del tipo penal contemplado en el artículo 314 del Código Penal. En efecto, establece el precepto hoy vigente:

"Artículo 72. Reglas de conducta y obligaciones legales de las entidades vigiladas, de sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios. Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios,

deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas:

(...)

c) Utilizar o facilitar recursos captados del público, para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de otras sociedades o asociaciones sin autorización legal".

Coincidente con el propósito perseguido por el legislador en la regulación sobre esta materia, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su artículo 10 consagra prohibiciones y limitaciones a que están sujetos los establecimientos de crédito, estable-

El legislador (ordinario y extraordinario) siempre ha procurado impedir que los intermediarios financieros utilicen o faciliten los recursos del público para llevar a cabo la toma de control de otra entidad, perteneciente o no al mismo sector.

ciendo en el literal c) que dichas instituciones "No podrán conceder financiación, directa o indirectamente, con el objeto de poner en capacidad a cualquier persona de adquirir acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de la propia entidad o de cualquier institución financiera o entidad aseguradora, salvo que dicha adquisición esté referida a acciones colocadas en forma primaria o se realice en proceso de privatización (...)"⁴.

Cabe resaltar en esta oportunidad que la disposición precedente consagra la prohibición para una institución vigilada por la Superintendencia Bancaria de financiar la adquisición de acciones o boceas que hayan sido emitidos por la misma entidad o por cualquier institución financiera o aseguradora, a diferencia del ya citado literal c) del artículo 72 que se refiere a títulos emitidos por cualquier sociedad. Así mismo, se destaca que esta prohibición abarca cualquier porcentaje de acciones o boceas, esto es, no se exige que haya control para configurar la violación.

Se reitera entonces que estos preceptos normativos de carácter restrictivo sobre las operaciones de las instituciones financieras y aseguradoras evidencian el propósito permanente del legislador de proteger los recursos del público y, por ende, la confianza en el sector. Y es que, como acertadamente lo afirma la doctrina, "(...) el análisis de la capacidad de las instituciones nos obliga a considerar siempre, en el amplio campo de las actividades que integran su objeto autorizado, las prohibiciones o limitaciones a las mismas, que son verdaderas barreras de orden público, inspiradas las más de las veces en previsiones de carácter prudencial, para evitar que el dinero del público pueda ser empleado en operaciones que los dictados de la razón o la experiencia califican como inconvenientes o de muy alto riesgo"⁵.

Y fue precisamente la vigencia de estos deberes de abstención que la Superintendencia Bancaria se limitó a recordar a los miembros de junta directiva, representantes legales, revisores fiscales y demás funcionarios de las entidades vigiladas mediante la expedición de la Carta Circular 143 de 2003.

En adición al anterior contexto normativo, cabe recordar que el artículo 314 del Código Penal dispone:

"Artículo 314. Utilización indebida de fondos captados del público. El director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria, que utilizando fondos captados del público, los destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias, **o de otras sociedades**, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes" (se resalta).

4 Cabe anotar que esta prohibición resulta aplicable a las corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, cooperativas financieras y sociedades de servicios financieros por virtud de la remisión general que en tal virtud efectúa el artículo 213 ibídem.

5 MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de Derecho Bancario Colombiano, Legis Editores S. A., Primera Edición 2000, Pág. 287.

El literal c) del artículo 72 ibídem, de manera expresa y clara prohíbe a los establecimientos bancarios que con dineros captados del público financien a un tercero para adquirir el control de entidad, perteneciente o no al mismo sector, salvo que se presente alguna de las excepciones previstas en la ley para el efecto.

3. Conclusión

Así las cosas, se concluye que si bien es cierto que los establecimientos bancarios tienen como operación autorizada dentro de su objeto social el otorgar crédito (artículo 7º, numeral 1º, literal e EOSF), también lo es que el marco legal general al que se hizo referencia, concretamente el literal c) del artículo 72 ibídem, de manera expresa y clara prohíbe a los establecimientos bancarios que con dineros captados del público financien a un tercero para adquirir el control de entidad, **perteneciente o no al mismo sector**, salvo que se presente alguna de las excepciones previstas en la ley para el efecto. Lo anterior aunado a la tipificación como delito de la conducta contraventora (Utilización indebida de fondos captados del público).

En otras palabras, coexistiendo una facultad y una prohibición que le fija el alcance a la primera deben entenderse y aplicarse armónicamente, pues las disposiciones que las consagran forman parte de un cuerpo

normativo que constituye el marco legal que regula la actividad de las instituciones mencionadas.

Con fundamento en lo expuesto, este Superintendencia no comparte su afirmación según la cual no existe impedimento legal para que ese establecimiento bancario celebre con entidades no vigiladas por este organismo operaciones de crédito con destino a la adquisición del control de otras entidades que igualmente no están sometidas a vigilancia de este ente de control pues, se reitera, la prohibición legal al respecto es expresa y clara.»

BANCOS DE DATOS

Concepto 2003053976-1 del 16 de diciembre de 2003

Síntesis: *Definición. Marco legal. Caducidad del dato negativo. Rectificación de la información.*

«(...) FORMULA ALGUNAS INQUIETUDES RELACIONADAS CON LAS CENTRALES DE INFORMACIÓN FINANCIERA.

En relación con estas centrales de información, las cuales es del caso precisar que no se encuentran sometidas a la inspección y vigilancia de este organismo, esta Superintendencia en concepto 1999040763-0 de junio 30 de 1999 expuso que:

"(...) Son sociedades especializadas en el manejo de información sistematizada, que de manera centralizada y de acuerdo a criterios únicos y preestablecidos proporcionan a las entidades vigiladas los datos sobre el comportamiento crediticio de los clientes del sector financiero.

La fuente de la información de estas sociedades la constituye de una parte, sus entidades afiliadas, y de otra, el reporte de endeudamiento que las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria le remiten a ésta, la cual es presentada en el producto 'Endeudamiento Global (...) '.

De otro lado, se considera necesario precisar que las centrales de información, como sociedades de derecho privado, se encargan de proveer a diario información actualizada sobre la historia crediticia y comercial de las personas y empresas radicadas en Colombia.

Con relación a las Centrales de Información Financiera, a continuación se presentan sus aspectos más relevantes:

Definición

Son sociedades especializadas en el manejo de información sistematizada, que de manera centralizada y de acuerdo a criterios únicos y preestablecidos proporcionan a las entidades vigiladas los datos sobre el comportamiento crediticio de los clientes del sector financiero.

(...)

Marco legal

La Constitución de 1991 consagró la viabilidad de las bases de datos y el correlativo

Las centrales de información, como sociedades de derecho privado, se encargan de proveer a diario información actualizada sobre la historia crediticia y comercial de las personas y empresas radicadas en Colombia.

deber de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Así, el artículo 15 de la Constitución señala que "Todas las personas tienen derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y las demás garantías consagradas en la constitución".

Este artículo, junto con el 20 de la Constitución -que reconoce el derecho a recibir información veraz e imparcial- y el 335 -que consagra la actividad financiera y bursátil como de interés público-, hacen posible la existencia de las bases de datos, y determinan sus límites en la recolección y manejo de la información.

Acceso a la información incluida en la base de datos

Toda persona tiene derecho a conocer la totalidad de los datos que sobre ella versen y que se encuentren recopilados en las dife-

rentes Centrales de Información que existen en Colombia. (CIFIN de la Asociación Bancaria, DATACREDITO y COVIDATA).

Tales consultas pueden efectuarse personalmente o a través de carta, pero en todo caso se deberá acreditar la identidad del solicitante.

Consentimiento para consulta y reporte

La Corte Constitucional ha considerado que los datos crediticios de una persona en tanto conciernen a ella, solo pueden circular si ésta así lo ha autorizado. Esto significa que los datos sobre la forma como una persona atiende sus obligaciones crediticias no pueden ponerse en conocimiento del público si ésta no lo ha autorizado, pues que de hacerse así se vulneraría el derecho que constitucionalmente se le ha reconocido a su buen nombre.

El derecho que tienen los particulares a que la información sobre su conducta crediticia solo circule en tanto lo haya autorizado, debe ceder en los casos en que una autoridad de vigilancia y control en ejercicio de su función pública requiera de la misma para el adecuado cumplimiento de sus deberes constitucionales o legales.

El derecho que tienen los particulares a que la información sobre su conducta crediticia solo circule en tanto lo hayan autorizado, debe ceder en los casos en que una autoridad de vigilancia y control en ejercicio de su función pública requiera de la misma para el adecuado cumplimiento de sus deberes constitucionales o legales.

Caducidades

Los términos a continuación reseñados fueron establecidos por la Corte Constitucional de Colombia:

CIRCUNSTANCIA	CADUCIDAD
PAGO VOLUNTARIO. Mora de 1 a 11 meses, sin incurrir en mora en otras obligaciones durante el tiempo de caducidad	El doble de la mora
PAGO VOLUNTARIO. Mora de 12 meses o más, sin incurrir en mora en otras obligaciones durante el tiempo de caducidad	2 años
PAGO POR PROCESO EJECUTIVO, sin incurrir en mora en otras obligaciones durante el tiempo de la caducidad	5 años
PAGO CON LA SOLA NOTIFICACION DEL MANDAMIENTO DE PAGO	2 años
PRESCRIPCION NO HABIENDO PAGO	No tiene caducidad
CANCELACION POR MAL MANEJO. Cancelación de Cuenta Corriente	5 años

Lo anterior siempre y cuando en su transcurso no se incurra en mora de otra obligación, caso en el cual el término se empieza a contar a partir de que todas las obligaciones se encuentren satisfechas.

Productos y mercado

Si bien los productos de las tres Centrales de Información existentes en Colombia difieren tanto en su diversidad como en su presentación, en términos generales los siguientes son los productos puestos a disposición de sus usuarios:

PRODUCTO:	Cuenta corriente Tarjeta de crédito Cartera Total Endeudamiento global. Detallado
MERCADO:	Sector financiero y/o vigilado por la Superintendencia Bancaria Sector cooperativo Comercial Industrial Servicios

Validación

Las Centrales de Información Financiera para dar ingreso a la información crediticia realizan una validación del número y del nombre del deudor. Si los datos reportados no coinciden con los registrados en sus bases de datos por lo menos en un 70%, éstas no efectúan la actualización en el reporte correspondiente.

Rectificación de la información

Las centrales de información han establecido un procedimiento para la corrección de información, el cual establece que le corresponde a la entidad vigilada reportante presentar directamente ante ellas, las rectificaciones a que haya lugar (cambios en clasificaciones, calificaciones, etc.) a través de formatos establecidos por las Centrales de Información y con el cumplimiento de firmas autorizadas para el efecto».

LEASING HABITACIONAL

Concepto 2003038222-2 del 28 de enero de 2004

Síntesis: *Reglamentación. Goza de las mismas características del leasing financiero; elementos esenciales. Características. Prepago.*

«(...) MEDIANTE LA CUAL INFORMA QUE, CONFORME HA SIDO IMPLEMENTADA POR EL (...), LA FIGURA DEL LEASING HABITACIONAL CONTEMPLADO EN LA LEY 795 DE 2003 (REGLAMENTADO POR LOS DECRETOS 777 Y 779 DE 2003), SE ESTÁ EXIGIENDO AL FUTURO ARRENDATARIO UNA CUOTA INICIAL EQUIVALENTE AL TREINTA POR CIENTO 30% Y QUE EL CONTRATO DEBE SER SUPERIOR A 70 MILLONES.

Por lo anterior, consulta si tal producto es igual a un crédito de vivienda o si la entidad aplica la opción de compra del 30% obligatoriamente al iniciar el contrato. Además, pregunta, si el leasing habitacional fue hecho con la filosofía del leasing y si este 30% está autorizado o es una política de crédito autori-

zada y si en adelante todas las entidades sacarán ese producto así.

Antes de absolver sus inquietudes, le informo que la demora de esta Superintendencia en dar respuesta a su consulta obedeció al hecho de que la Corte Constitucional en el mes de octubre de 2003 anunció la sentencia sobre la constitucionalidad de la figura del leasing habitacional consagrada en el artículo 1° de la Ley 795 de 2003. Es así como, previendo los posibles efectos jurídicos que tal pronunciamiento podía tener respecto de la figura contractual en mención -los cuales se detallan más adelante-, la Superintendencia Bancaria de Colombia consideró prudente esperar hasta conocer el texto oficial de dicha providencia, la cual solamente fue pu-

blicada hasta el mes de enero del presente año; no obstante, la Sentencia C-936 de 2003 aparece con fecha del 15 de octubre de 2003.

Aclarado lo anterior y respecto del tema que se consulta, conviene recordar que el artículo 1° de la Ley 795 de 2003 -por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones- señala:

"Artículo 1. Adiciónase el numeral 1 del artículo 7 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con el siguiente literal:

n) Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se considerarán leasing operativo para efectos contables y tributarios.

Para el desarrollo de esta operación los Establecimientos Bancarios deberán dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble. Lo anterior siempre y cuando tales personas naturales, cumplan los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio.

En el reglamento que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del presente artículo, adoptará medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios".

De acuerdo con lo anterior, es claro que la ley permitió mediante norma especial la

realización de leasing habitacional a los establecimientos bancarios, señalando como requisito legal que el mismo tenga como objeto bienes inmuebles destinados a vivienda y, además, que en el desarrollo de dichas operaciones, las citadas instituciones den prioridad a los deudores de los créditos de vivienda que hayan entregado en pago de sus créditos el respectivo inmueble¹.

No obstante y tal como lo indica el inciso 3° de la norma, corresponde al Gobierno Nacional expedir la reglamentación respectiva.

En tal virtud, se han expedido los decretos 777 y 779 ambos del 28 de marzo de 2003; en el primero de ellos se reglamenta la operación del leasing habitacional y en el segundo se establece el tratamiento tributario de dicha figura. Es así como el artículo 2° del Decreto 777 citado define la operación de leasing habitacional en los siguientes términos:

"Se entiende por operación de leasing habitacional, el contra-

to de leasing financiero mediante el cual una parte denominada entidad autorizada entrega a un locatario la tenencia de un inmueble destinado a vivienda para su uso y goce, 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 éste último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor.

La ley permitió mediante norma especial la realización de leasing habitacional a los establecimientos bancarios, señalando como requisito legal que el mismo tenga como objeto bienes inmuebles destinados a vivienda.

1 Obviamente bajo el entendido de que tales deudores cumplan con los requisitos legales exigidos para el respectivo análisis de riesgo crediticio, como lo señala la ley.

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 su uso y goce, a cambio de un canon periódico durante un 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.

Las reglas establecidas en el presente decreto se aplicarán exclusivamente a los contratos de leasing habitacional".

A su turno, el artículo 3° de la misma normativa respecto 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 (...)".

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa que el decreto reglamentario citado reiteró la definición que de arrendamiento financiero consagra el decreto 913 de 1993²; en tal sentido, la figura del leasing habitacional que trae la ley 795 goza de las mismas características del leasing o arrendamiento financiero en sentido amplio, con algunas particularidades que comentaremos más adelante, las cuales no modifican en nada la esencia del contrato en comento.

Así pues, son elementos esenciales del contrato de leasing financiero: a) la entrega de un bien para su uso y goce, b) el establecimiento de un canon periódico que lleva implícito el precio del derecho a ejercer una opción de adquisición, c) la existencia, en favor del locatario, de una opción de adquisición.

En conclusión, 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 su uso y goce, a cambio de un canon periódico durante un 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.

2 "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".

En virtud de lo anterior y frente a la situación planteada en su consulta, le manifiesto que no resulta jurídicamente viable que en la celebración del contrato de leasing habitacional se pacte el cobro de una **cuota inicial** del treinta por ciento como lo afirma en su comunicación, pues tal proceder además de contrariar de manera abierta las disposiciones generales que reglamentan tanto el contrato de arrendamiento financiero como las particulares del leasing habitacional que hemos comentado, desnaturalizan tal figura dado que lo que se estaría llevando a cabo es el pago anticipado de una parte del valor de bien o activo cuya propiedad debe estar en cabeza exclusivamente de la entidad arrendadora (establecimiento bancario en el caso del leasing habitacional contemplado en la Ley 795 de 2003) hasta tanto se ejerza y se pague la opción de readquisición, momento a partir del cual el bien pasa a ser propiedad del arrendatario. Lo contrario, es decir el pago de una cuota inicial por parte del locatario, traería como efecto inmediato la copropiedad del bien entre este último y la entidad arrendadora con todas las consecuencias legales que se derivan de ello, a saber: derechos, facultades, obligaciones etc.

En igual sentido, dadas las características del contrato que se desprenden de las normas en cita, tampoco resulta legalmente posible asimilarlo a un crédito de vivienda ni a ningún otro contrato, pues en el caso del leasing habitacional estamos frente a un arrendamiento financiero cuyo objeto es un bien in-

mueble destinado a vivienda y dentro del cual se pacta a favor del locatario la facultad de ejercer una opción de compra al finalizar el contrato.

Además, si bien la modalidad consagrada en la Ley 795 de 2003 goza de algunas particularidades frente al contrato de arrendamiento financiero en general como: la posibilidad de celebrarlo por parte de los establecimientos bancarios, la prioridad legal consagrada a favor de los deudores que entregaron en dación en pago su vivienda, la determinación de las condiciones generales de los sistemas de amortización por parte de la Superintendencia Bancaria³ etc., también lo es que los elementos esenciales del contrato de leasing financiero se mantienen como antes lo anotamos, recordando que en desarrollo de esta operación dentro de las obligaciones del locatario se encuentra el pago de un canon por concepto del uso y goce del bien, concepto bien diferente al de las cuotas que se deben pagar en el caso del contrato de mutuo para la financiación de vivienda, contrato que además, trae como consecuencia la propiedad del bien en cabeza del deudor desde su inicio siendo la hipoteca del inmueble una garantía de la acreencia.

Situación diferente a la que se deduce de su consulta y legalmente consagrada para los contratos de leasing habitacional es el pacto de cánones extraordinarios⁴ a que se refiere el artículo 6° del Decreto 777 de 2003, en los siguientes términos:

3 El artículo 5° del decreto 777 de 2003 establece tal previsión. En desarrollo de ello, la Superintendencia Bancaria de Colombia expidió la Circular Externa 22 del presente año y en su numeral 5° fijó las condiciones generales de los sistemas de amortización, advirtiendo que las condiciones financieras del contrato serán pactadas por las partes.

4 Dicha posibilidad aunque no se encuentra legalmente consagrada en el caso de las demás modalidades de leasing financiero ha sido reconocida por esta Entidad en la Circular Externa 007 de 1996 –Circular Básica Jurídica– Título Tercero, Capítulo Tercero, subnumeral 1.6. así: **"1.5. Tratamiento de los prepagos.** Este Despacho tiene conocimiento que algunas compañías exigen a los arrendatarios una suma de dinero bajo la figura de un «prepago», sin que para el efecto se determine a la celebración del contrato su destinación específica.

En tal sentido, esta Entidad no cuestiona que, por las razones que se consideren del caso, se exijan esta sumas de dinero, empero, debe, al celebrarse el contrato, determinarse claramente su destinación, sin apartarse de los elementos del contrato, como sería el de darles el tratamiento de una cuota extraordinaria o un menor valor de los cánones por recaudar o una garantía, sin que sea viable dejar al arbitrio de la entidad arrendadora su destinación o acordar que la suma así recibida sea considerada como un pago anticipado de la opción de compra (...)".

"Los pagos distintos de los cánones ordinarios pactados en el contrato de leasing habitacional se reflejarán 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 de la ejecución del contrato de leasing habitacional, se podrán realizar pagos extraordinarios que se destinarán de acuerdo con lo establecido en el presente artículo".

Resulta jurídicamente viable que en el leasing habitacional, se efectúen abonos extraordinarios al inicio o en cualquier momento durante el desarrollo del contrato.

Acorde con tal disposición, se observa que la ley permitió que **al inicio del contrato** o en cualquier momento de ejecución del mismo se pacten pagos o cánones extraordinarios, los cuales deben, a elección del locatario, reflejarse en una de las tres posibilidades contempladas en la norma, haciendo parte, cual-

quiera de las opciones, del correspondiente contrato. En todo caso, advierte la Circular Externa 22 de 2003 proferida por esta Entidad, que dentro de la información previa que se debe suministrar a los interesados en la celebración del contrato se encuentra la "Indicación de la forma de liquidación del canon y los valores incluidos en éste, efectos de la mora, de los pagos parciales y de los pagos extraordinarios"⁵.

En consecuencia, sí resulta jurídicamente viable que en el leasing habitacional se efectúen abonos extraordinarios al inicio o en cualquier momento durante el desarrollo del contrato, advirtiendo que en sana lógica en caso de que se pacte el pago de un canon extraordinario al inicio del contrato, dicho pago tendrá como efecto la disminución del valor de la opción de adquisición, pues habiéndose estructurado el producto con base en unas determinadas condiciones financieras (flujo de ingresos) no resultaría racional afectarlas o variarlas al inicio del contrato. Dicho de otra forma, la consecuencia lógica de pagos extraordinarios al inicio del leasing es la afectación del valor de la opción de adquisición y no la variación de las condiciones del contrato cuando ni siquiera se ha empezado a ejecutar; solo así resulta viable el desarrollo del contrato conforme fue acordado por las partes.

A diferencia de lo anterior, en caso de que se paguen cánones extraordinarios durante la vigencia del contrato, tales pagos se reflejarán en un menor valor en los cánones ordinarios, en la disminución del plazo o en una disminución del valor de la opción, a elección del locatario, pues tratándose de un contrato de tracto sucesivo que ya se encuentra en ejecución, tales pagos sí afectarían las condiciones del contrato inicialmente acordado en cualquiera de las alternativas planteadas.

5 Subnumeral 2.3.6. del Capítulo Octavo, Título Tercero de la Circular Básica Jurídica.

De otra parte y tal como le fue anunciado al principio de la presente comunicación, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-936 de 2003 declaró la exequibilidad del artículo 1º 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.

A más de lo antes indicado, en la providencia en comento la Corte Constitucional se refirió a los siguientes aspectos:

1. La regulación que dicte el Gobierno Nacional deberá someterse a los artículos 1 y 2 de la ley de vivienda -como ya se anotó-, así como a la Sentencia C-955 de 2000. Así, dicha regulación "deberá establecer elementos que, por ejemplo, garanticen alguna relación entre el precio pactado, su incremento y las variaciones de la economía (...). Por ejemplo, en materia de créditos de vivienda a largo plazo, el legislador ha utilizado el índice de precios al consumidor como criterio, el cual resulta razonable habida consideración de su carácter objetivo"⁶.

2. Al sentir de la Corte, esta figura contractual no puede convertirse en un medio para concentrar el crédito o para limitar el derechos de las personas a optar -bajo condiciones de suficiente información- "entre ésta u otra modalidad de financiación de la tenencia de la vivienda (...) sin perjuicio de la obligación contenida en el numeral 6 del artículo 2 de la Ley 546 de 1999"⁷.

3. En relación con el citado artículo 2 de la ley de vivienda, señala la Corte: "deberá, tanto la regulación gubernamental como los acuer-

dos privados, 'proteger el patrimonio de las familias'. Por ejemplo, no es viable que el incumplimiento del pago del canon, apareje la pérdida absoluta del precio pagado (que integra el patrimonio familiar) (...). Frente a tal protección, la tarea de las autoridades competentes se relaciona directamente con la obligación de velar para que no se presenten abusos de posición dominante (...). En este orden de ideas, no pueden fijarse condiciones excesivamente onerosas o lesivas y que no tengan en cuenta imponderables u otras situaciones imprevisibles"⁸.

4. La providencia en estudio señala, igualmente que "(...) la regulación deberá contener disposiciones sobre la protección a los locatarios. Tales medidas deberán incluir directrices que aseguren la tenencia jurídica del bien objeto del contrato, así como restricciones a la oferta de bienes que no aseguren (...) condiciones dignas de la vivienda, en particular lo relativo a la oferta de bienes y servicios"⁹.

5. Por último, advierte el Alto Tribunal que "las distintas modalidades de oferta del leasing habitacional debe asegurar que los contratos se pacten en condiciones que, de la mayor manera posible, 'consulten la capacidad de pago' del locatario y de su familia, de suerte que el cumplimiento de las cuota o el ejercicio de la opción de compra no lleve, dentro de situaciones normales al sacrificio de la satisfacción de sus necesidades básicas. (...) el gobierno -mediante regulación- y los establecimientos bancarios -a través de los contratos-, tienen el deber de diseñar ofertas que procuren la 'eficiente financiación' de esta modalidad de tenencia"¹⁰.

6 Sentencia C-936 de 2003 proferida por la Corte Constitucional, pág. 39.

7 Ibidem.

8 Ibidem.

9 Pág. 39, Sent. citada

10 Ibidem.

POSESIÓN DE FUNCIONARIOS

Concepto 2003047201-1 del 6 de enero de 2004

Síntesis: *Finalidad de la diligencia de posesión - caso de los oficiales de cumplimiento. Atención de la función propia del oficial de cumplimiento cuando aún no ha finalizado el trámite de la autorización de posesión del nuevo oficial de cumplimiento designado.*

«(...) CONSULTA SI UNA VEZ DESIGNADO EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO POR LA JUNTA DIRECTIVA PUEDE EMPEZAR A EJERCER SUS FUNCIONES AUNQUE SE ENCUENTRE EN TRÁMITE LA POSESIÓN ANTE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA O SI EN TALEVENTO DEBE CONTINUAR EJERCIENDO EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO YA POSESIONADO MIENTRAS ESTA ENTIDAD AUTORIZA LA POSESIÓN DEL NUEVO.

Sobre el particular, valga la pena recordar que el artículo 75 de la Ley 795 de 2003¹ dispuso que corresponde a la Superintendencia Bancaria de Colombia:

"Posesionar y tomar juramento a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales, **a los funcionarios a que hace referencia el inciso primero del numeral 3 del artículo 102 del presente Estatuto**, y en general, a quienes tengan la representación legal de las instituciones vigiladas, excepto los gerentes de sucursales.

(...)

Parágrafo transitorio. Los funcionarios a que hace referencia el inciso primero del numeral 3 del artículo 102 del presente Estatuto que a la fecha de entrada en vigencia

de esta ley no se encuentren posesionados ante la Superintendencia Bancaria, deberán hacerlo a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la siguiente fecha" (se resalta).

En desarrollo de la anterior disposición, esta Superintendencia mediante la Circular Externa No. 007 del 25 de febrero del 2003 impartió instrucciones sobre el trámite de posesiones que debe surtir ante este Organismo por parte de algunos funcionarios de las entidades vigiladas, señalando, entre otros aspectos, el deber legal de posesión de la persona que desempeñe el cargo de oficial de cumplimiento al que se refiere el artículo 102 numeral 3° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En tal sentido, el Capítulo Décimo del Título Primero de la Circular Básica Jurídica, modificado por la citada circular, dispone:

"1.1 Personas que deben tomar posesión

De conformidad con lo establecido en las normas citadas anteriormente, deben tomar posesión del cargo:

Los representantes legales, principales y suplentes de las entidades sometidas al control y vigilancia de la **SBC**, con excepción de los gerentes de sucursales;

1 Por medio del cual se modificó el literal g) del numeral 2 del artículo 326, del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Los representantes para Colombia de instituciones financieras y compañías de reaseguros del exterior;

Miembros de junta directiva y/o consejo directivo o de administración, principales y suplentes,

Los revisores fiscales, principales y suplentes,

Los oficiales de cumplimiento (...)" (la negrilla es del texto).

A su turno y para dar cumplimiento al plazo impuesto en el párrafo transitorio, la Circular Externa 007 de 2003, a que nos venimos refiriendo, otorgó a los oficiales de cumplimiento que se venían desempeñando en dichos cargos a la fecha de expedición de la ley como plazo máximo para ajustarse a la norma el 15 de julio de 2003².

En consecuencia, a partir de la expedición de la normativa en estudio, en concordancia con los instructivos en comento, corresponde a esta Superintendencia dar posesión a los oficiales de cumplimiento, funcionarios responsables de verificar el cumplimiento y adopción de procedimientos que eviten que las entidades vigiladas se empleen para el desarrollo de actividades ilícitas, conforme al artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Sin embargo, la ley de reforma financiera a que nos venimos refiriendo no reguló expresamente la situación objeto de consulta, esto es, si el oficial de cumplimiento posesionado ante esta Entidad debe continuar

Corresponde a esta Superintendencia dar posesión a los oficiales de cumplimiento, funcionarios responsables de verificar el cumplimiento y adopción de procedimientos que eviten que las entidades vigiladas se empleen para el desarrollo de actividades ilícitas.

ejerciendo sus funciones hasta que el designado para su reemplazo sea debidamente posesionado. Obligación ésta que, en el caso de los miembros de las juntas directivas de las entidades vigiladas³, sí fue consagrada por el legislador de manera expresa en el numeral 2 del artículo 73 del citado estatuto.

Ahora bien, para llegar a una conclusión sobre el tema, consideramos conveniente recordar que el objetivo del trámite de la posesión que se adelanta ante este Organismo de Control por parte de aquellos fun-

2 Al efecto dispone la circular: "(...) se imparten instrucciones relacionadas con el trámite de posesiones ante la SBC, señalando, entre otros, el procedimiento que se surtirá a través del Comité de Posesiones de esta entidad y el deber legal de posesión de los funcionarios de las entidades vigiladas que desempeñen el cargo de oficial de cumplimiento a que se refiere el artículo 102 numeral 3° EOSF. Respecto de estos últimos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 326 numeral 2 literal g) EOSF, el plazo para su posesión vence el próximo 15 de julio de 2003. Es importante subrayar que no requerirán nuevamente de posesión y juramento aquellos oficiales de cumplimiento que desempeñándose actualmente en la respectiva entidad hayan sido posesionados previamente por la SBC para el ejercicio de algún otro cargo dentro de la misma".

3 Señala el citado numeral que "Los miembros de las juntas directivas (...) deberán permanecer en su cargo, siempre que no sean removidos o inhabilitados, hasta la próxima reunión de anual de accionistas o asociados y mientras sus sucesores sean elegidos y declarados hábiles por la Superintendencia Bancaria".

cionarios a quienes la ley exige el cumplimiento de tal requisito para el ejercicio de sus funciones, es que exista **un juicio previo del carácter, la idoneidad y la responsabilidad de los candidatos**, a través de una evaluación completa de sus calidades, antecedentes, experiencia, hoja de vida, etc. por parte de la Superintendencia Bancaria, de tal manera que se garantice que los mismos cumplen con el perfil requerido para el desempeño de las funciones que el nombramiento en esos cargos requiere y con ello evitar la pérdida de la confianza pública en el sector financiero, asegurador, etc.

A este respecto, no puede perderse de vista lo expuesto por esta Entidad en oficio radicado con el número 2003009966-2 del 21 de abril de 2003 en el cual, al referirse sobre la finalidad del acto de posesión ante el Superintendente Bancario, se señaló:

"En este punto debe precisarse que la facultad de posesionar a los directores, revisores fiscales y demás funcionarios obligados a tal hecho, **tiene por finalidad primordial mantener la confianza del público en el sector financiero. Dicha facultad de alta policía administrativa es de carácter eminentemente preventivo, pues busca evitar situaciones que puedan afectar la confianza pública en el sistema financiero y, por ende, que pueda alterar el adecuado funcionamiento del mismo.**

Ahora bien, la facultad del Superintendente Bancario para decidir acerca de la posesión de un administrador de una institución financiera tiene a su vez dos aspectos: uno objetivo cuya competencia es reglada, y es el relacionado con la verificación y evaluación de la información precisada en las normas jurídicas, al igual que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades claramente detallado también en las normas legales; y otro, subjetivo, derivado de su facultad discrecional, relativo a la potestad de calificar las condiciones personales de los designados, tales como su carácter, responsa-

bilidad e idoneidad. Ello implica atribuciones para evaluar y calificar subjetivamente la conducta de los administradores, su trayectoria profesional, seriedad y moralidad.

A este respecto, se ha pronunciado el Consejo de Estado en el siguiente sentido:

"(...) entre dichas atribuciones se establece expresamente la de juzgar el carácter, la responsabilidad y la idoneidad de la persona o personas (...) que van a dirigir dichas entidades crediticias, todo lo cual implica la competencia para analizar subjetivamente la conducta personal. La trayectoria, la seriedad, la moralidad, la honorabilidad, la responsabilidad, etc., de las personas en quienes la sociedad va a confiar el manejo de sus intereses.

La anterior es adicional al régimen específico de incompatibilidades y prohibiciones que para ejercer los cargos directivos establece la ley que regula la materia.

La Superintendencia debe 'calificar' como lo dispuso la Ley 45 de 1923 en su artículo 95 a esas personas y esa calificación se realiza al momento en que les corresponde darles posesión del cargo para el cual fueron designados.

Se trata entonces de una competencia discrecional sí, porque el funcionario competente debe apreciar subjetivamente las condiciones del posible director, sin que existan parámetros establecidos en la ley para tal efecto"⁴ (destacado extratextual - pie de página textual).

Atendiendo lo expuesto, esta Entidad, en las instrucciones impartidas a las entidades vigiladas en materia de posesiones en el numeral 1.1 del Capítulo Décimo de la Circular Básica Jurídica, señala expresamente:

"El ejercicio de cualquier cargo sin haber tomado posesión del mismo, cuando la ley así lo exija, dará lugar a las sanciones correspondientes, sin perjuicio de que por este sólo hecho la SBC se abstenga de autorizar la posesión" (subnumeral 1.1, del Capítulo Décimo de la Circular Básica Jurídica - Circular Externa 007 de 1996).

4 Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente Dr. Delio Gómez Leyva, Sentencia del 21 de agosto de 1998, Expediente No. 8703, Publicado en Jurisprudencia Financiera 1994- 1998, pág.385.

Los oficiales de cumplimiento posesionados, igualmente, deberán permanecer en sus cargos hasta tanto sus sucesores sean elegidos y declarados hábiles por la Superintendencia Bancaria de Colombia.

Sobre este mismo tema, no puede perderse de vista que la ley (artículo 14 de la Ley 795 de 2003⁵ y numeral 3 del artículo 73 del E.O.S.F.) impone a los representantes legales y miembros de las juntas directivas de las instituciones vigiladas, una vez nombrados y antes de desempeñar sus funciones, el deber primario de posesionarse y prestar juramento por el cual se obliguen, mientras estén en el ejercicio de sus funciones, a cumplir la ley y demás instructivos. Es así como la primera obligación ineludible que nace del nombramiento del cargo es la de cumplir con el trámite de la posesión ante esta Entidad y cuyo inobservancia puede llevar, a más de las sanciones administrativas a que haya lugar, a que la Superintendencia Bancaria se abstenga de autorizar la posesión.

En punto a esta obligación, recordemos lo que ha dicho la jurisprudencia de reciente data: "(...) el solo hecho de ejercer el cargo de director sin haber tomado previamente posesión del mismo, es motivo suficiente para que el Superintendente Bancario se abstenga de autorizar la posesión (...) pues ha violado la primera obligación que la ley le impone una vez ha sido designado (...).

Tal proceder, (se refiere al ejercicio de un cargo en la junta directiva sin haberse pose-

sionado ante esta Entidad) (...) es motivo más que suficiente para que la Superintendencia Bancaria se abstuviera de posesionar al actor, pues es motivo suficiente para dudar del carácter y de la responsabilidad de la persona designada, se reitera, la violación de la primera obligación impuesta por la ley en virtud de su elección" (nota entre paréntesis fuera del texto - Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C. P. Delio Gómez Leyva, Sentencia del 21 de agosto de 1998, Expediente No. 8703).

Con base en todo lo expuesto, considera esta Entidad que haciendo una interpretación sistemática de las normas que venimos comentando y en desarrollo del principio de aplicación analógica de la ley⁶ respecto de la norma citada que consagró expresamente a los miembros de las juntas directivas el deber de permanecer en sus cargos hasta que el nuevo candidato sea posesionado por esta Superintendencia, los oficiales de cumplimiento posesionados, igualmente, deberán permanecer en sus cargos hasta tanto sus sucesores sean elegidos y declarados hábiles por la Superintendencia Bancaria de Colombia.

La anterior conclusión resulta armónica con la finalidad buscada por el legislador al in-

5 Mediante el cual se adicionó el artículo 74 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

6 El artículo 8 de la Ley 153 de 1887 consagra el principio de aplicación analógica de las normas, señalando que en aquellos eventos en los cuales no haya ley expresamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen materias semejantes.

cluir a los oficiales de cumplimiento dentro de los funcionarios cuya posesión se requiere para el ejercicio de sus funciones, pues no puede interpretarse de otra manera la sanción consagrada en el instructivo proferido por esta Entidad, mediante el cual se advierte de las sanciones cuya imposición puede conllevar el ejercicio del cargo sin que se haya surtido el trámite de posesión, llevando incluso a que por ese sólo hecho este Organismo de Control le niegue la posesión al nuevo candidato.

En consecuencia, se insiste, no resulta jurídicamente viable que el oficial de cumplimiento se desempeñe como tal hasta tanto se le autorice su posesión por parte de esta Agencia Estatal; por esta razón, le corresponde a la persona posesionada en dicho cargo continuar en el desempeño de sus funciones hasta que la Superintendencia Bancaria de Colombia emita el pronunciamiento positivo frente al nuevo designado.»

PRELACIÓN DE CRÉDITOS

Pronunciamiento 2004000018-2 del 22 de enero de 2004

Síntesis: *Las multas impuestas por la Superintendencia Bancaria son créditos de primera clase. Privilegios de los créditos de primera, segunda y cuarta clase. Imposibilidad legal de aceptar formas de pago diferentes.*

«(...)

1. Las multas impuestas por la Superintendencia Bancaria son créditos de primera clase

De conformidad con el artículo 2493 del Código Civil, una de las causas de la preferencia es el privilegio, entendiéndose por tal *"el medio establecido y regulado exclusivamente por la ley para aumentar las expectativas de satisfacción de un crédito que confiere a un acreedor, en razón de la causa del mismo, la prerrogativa excepcional que opera en caso de confrontación para cobrarse con preferencia a otro en los bienes del deudor común"*.

Por su parte, el artículo 2494 ibídem señala que

"Gozan de privilegio los créditos de primera, segunda y cuarta clase".

Dentro de los créditos de primera clase, según lo previsto en el numeral 6 del artículo 2495 del mismo ordenamiento, se encuentran:

1 ADROGUE, Manuel I. La Prelación de Créditos en Materia Concursal, Edit. Abeledo Perrot, Pág 10.

"Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados".

Como se observa, este numeral hace referencia a dos tipos de créditos, los primeros, los fiscales, y los segundos, los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados. Dentro de los primeros, a falta de enumeración taxativa y toda vez que en virtud del artículo 28 del mismo ordenamiento las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, es claro que están comprendidos los derechos que sobre los bienes del deudor tiene el erario público.

En efecto, el citado numeral hace referencia a los créditos fiscales, y según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Cabanellas², crédito es *"el derecho a percibir alguna cosa; por lo general, dinero"*, y fiscal es *"como adjetivo económico, perteneciente al Fisco o Erario Público"*.

Así las cosas, y estando claro que dentro de la primera clase de créditos privilegiados se encuentran las obligaciones que a cargo del deudor tienen como destino el erario público, se pasan a exponer las razones por las cuales las multas impuestas por la Superintendencia Bancaria corresponden a este tipo de créditos.

De conformidad con el artículo 11 del Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico del Presupuesto):

"El Presupuesto General de la Nación se compone de las siguientes partes:

a) El Presupuesto de Rentas contendrá la estimación de los Ingresos Corrientes de la Nación, (...)"

Según la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público³, los Ingresos Corrientes:

"Son los recursos que percibe la Nación en desarrollo de lo establecido en disposiciones legales, por concepto de la aplicación de impuestos, tasas, **multas** y contribuciones, siempre que no sean ocasionales. **De acuerdo con su origen se identifican como tributarios y no tributarios. Los primeros se clasifican en impuestos directos e indirectos. Los segundos, incluyen las tasas, multas, contribuciones y otros ingresos no tributarios.**" (Negrillas extratextuales).

Es este sentido, el artículo 27 del mismo Decreto señala que:

"Los ingresos corrientes se clasificarán en tributarios y no tributarios. Los ingresos tributarios se subclasificarán en impuestos directos e indirectos, y **los ingresos no tributarios comprenderán las tasas y multas**". (Negrillas extratextuales).

Según la publicación en cita⁴, los Ingresos No Tributarios:

"(...) incluye los ingresos originados por las tasas que son obligatorias pero que por su pago se recibe una contraprestación específica y cuyas tarifas se encuentran reguladas por el Gobierno Nacional, **los provenientes de pagos efectuados por sanciones pecuniarias impuestas por el Estado a perso-**

2 Editorial Heliasta S.R.L. Tomo II, Pág. 406, y Tomo IV, Pág. 79.

3 Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano, Edit. Impreandes Presencia. Pág. 30.

4 Aspectos Generales del Proceso Presupuestal Colombiano, Edit. Impreandes Presencia. Pág. 31.

nas naturales o jurídicas que incumplen algún mandato legal y aquellos otros que constituyendo un ingreso corriente, no puedan clasificarse en los ítems anteriores". (Negrillas extratextuales)

De lo anterior es claro que las multas son sanciones pecuniarias impuestas a los administrados en uso de la facultad sancionatoria del Estado, las cuales hacen parte de los Ingresos No Tributarios del Presupuesto General de la Nación.

Así las cosas, y para el caso que nos ocupa, es oportuno precisar que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 208, 209, 211 y 212 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, cuando el Superintendente Bancario se cerciore de que las personas naturales o jurídicas sujetas a su vigilancia han violado una norma a la que deba estar sometidos, impondrá multas a favor del Tesoro Nacional, entidad que también es destinataria de los intereses que se generan sobre el valor insoluto de la sanción.

De esta forma, es claro que la multa impuesta por la Superintendencia Bancaria a (...), hoy en liquidación, objeto de la reclamación (...), es una obligación a favor del Estado que tienen su origen en la facultad sancionatoria de la administración y cuyo importe corresponde a los Ingresos No Tributarios, que hacen parte de los Ingresos Corrientes incluidos dentro del Presupuesto General de Rentas del Presupuesto General de la Nación, en otras palabras, son créditos fiscales.

Sobre el carácter de créditos a favor del erario público que tienen las multas, se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 31 de julio de 1984, en el que señaló:

"Así las cosas, las multas que imponen las Superintendencias a (sic) los jueces de la República constituyen un crédito a favor del erario público y una obligación resultante de una sanción, y por lo tanto, cobijadas por lo normado en el artículo 9º de la Ley 68 de 1923.

Al respecto el Consejo de Estado en Auto de octubre 3 de 1963, ponente el doctor Gabriel Rojas Arbeláez, expresó: **la noción de multa implica un concepto simple: es la erogación pecuniaria que como pena impuesta a una persona recibe el Tesoro Público. Es una sanción por infringir una norma y cuyo importe tiene un destinatario conocido: el erario**". (Negrillas extratextuales).

En el mismo orden y sobre la graduación de las multas impuestas por la Superintendencia Bancaria como créditos de primer grado dado su carácter de fiscales, se pronunció el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁵ al señalar que:

"La Sala luego de examinar las normas que la actora invoca como transgredidas, arriba a la conclusión de que las reclamaciones en comento, debieron ser catalogadas dentro de la masa liquidatoria, como **créditos de primera clase, en atención a lo consagrado en el artículo 2495 del Código Civil, en armonía con las normas sobre presupuesto estatuidas en el Decreto 111 de 1996, como quiera que las multas, al tenor del artículo 27 son ingresos corrientes que se clasifican dentro de los ingresos no tributarios.**

5 Sentencia del 15 de agosto de 2002 proferida por la Sección Primera, Subsección A, M. P. Marta Álvarez de Castillo, Exp. 2001-0257

En relación con el presente asunto, la H. Corte Constitucional se pronunció así:

'Se denominan ingresos corrientes a las rentas o recursos de que dispone o puede disponer regularmente el Estado para atender los gastos que demandan la ejecución de sus cometidos, y, a su vez, tales rentas se subclasifican como ingresos tributarios y no tributarios'

Bajo esta perspectiva, **las multas impuestas por la Superintendencia Bancaria deben aceptarse dentro de los créditos de primera clase, frente a los cuales existe privilegio, ya que son considerados como créditos del fisco por cuanto hacen parte de los ingresos corrientes de la Nación - no tributarios que engrosan el Presupuesto**, al tenor de lo previsto en los preceptos aquí analizados" (Resalto).

Así las cosas, y teniendo en cuenta el carácter de crédito fiscal y, por lo tanto, de primer orden que tiene la acreencia reclamada por la Superintendencia Bancaria, y en atención a que de acuerdo con la misma ley, la igualdad de los acreedores ante el proceso liquidatorio tiene como excepción la preferencia establecida en la ley, se **considera que el mismo debe ser pagado con prelación a los demás créditos que conforman la masa liquidatoria de esa entidad.**

2. Imposibilidad legal en acatamiento de normas de rango constitucional para aceptar la propuesta de pago de (...).

Ahora bien, establecido que las multas impuestas por la Superintendencia Bancaria son de primer orden y, por lo tanto, su pago debe hacerse con prelación a los demás créditos a cargo de la masa de la liquidación, y con el objeto de analizar la procedencia de la propuesta de (...), para cancelar con el pago del 58% el valor de la acreencia reconocida, es preciso determinar la viabilidad legal de la aceptación de la misma, para lo cual son necesarias las siguientes precisiones:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución Política:

"No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento"

Y según el artículo 355 ibídem:

"Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".

Bajo este marco constitucional, y revisadas, además, las normas que regulan las funciones atribuidas por la ley a esta Superintendencia, en su carácter de entidad recaudadora de las multas que impone a favor del Tesoro Nacional, y a la Dirección del Tesoro Nacional, como receptora y administradora de estos

Teniendo en cuenta el carácter de crédito fiscal y, por lo tanto, de primer orden que tiene la acreencia reclamada por la Superintendencia Bancaria **se considera que el mismo debe ser pagado con prelación a los demás créditos que conforman la masa liquidatoria de esa entidad.**

recursos, no se encontró alguna que faculte para realizar acuerdos de pago o para aceptar que con el pago del 58% de la acreencia reconocida ésta se tenga por cancelada.

En el mismo orden, tampoco existe facultad legal dada a esta Entidad ni a la Dirección del Tesoro Nacional, para aceptar como pago de las multas que la primera impone a favor de la segunda, derechos fiduciarios, bienes muebles, inmuebles o derechos litigiosos, tal y como está comprendido en su propuesta.

Sobre este punto hacemos referencia al pronunciamiento realizado por la Directora del Tesoro Nacional en comunicación OJ-0192-JGR del 6 de marzo de 2002, del cual se anexa fotocopia, y según el cual se debe indicar que de acuerdo con el contenido del literal e) del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Presupuesto, la Dirección del Tesoro Nacional sólo puede *"aceptar el endoso a su favor de títulos valores de deuda pública de la Nación para el pago de obligaciones de los órganos públicos con el Tesoro de la Nación, con excepción de las de origen tributario"*, con lo que no está legalmente autorizada para recibir bienes en dación en pago como aquellos a que hace referencia su propuesta, según se expresa en el citado escrito.

(...).»

SOCIEDADES FIDUCIARIAS

Concepto 2003036820-1 del 30 de enero de 2004

Síntesis: *Operaciones autorizadas. Inversiones de capital y de portafolio. Operaciones de reporto. Inversiones de los fondos comunes de inversión - características de los títulos de inversiones. Régimen de filiales de servicios financieros; matriz. Divisas; compraventa.*

«(...) FORMULA VARIOS INTERROGANTES RELACIONADOS CON LAS INVERSIONES QUE PUEDEN REALIZAR LAS SOCIEDADES FIDUCIARIAS CON RECURSOS PROPIOS Y CON AQUELLOS PROVENIENTES DE LOS FONDOS COMUNES DE INVERSIÓN QUE ADMINISTRA, en especial en materia de operaciones de reporto, adquisición de títulos y compra venta de divisas (interrogantes 1, 2, 4 y 5).

Así mismo, pregunta (interrogante 3) si cuando se prohíbe a una sociedad fiduciaria *"(...) adquirir títulos emitidos, avalados o garantizados o cuya emisión sea administrada por la matriz, sus filiales y subsidiarias, el concepto de matriz se debe entender en el esquema de matriz-filial que existe al interior de la normatividad financiera en relación con los establecimientos de crédito y sociedades de servicios financieros o en relación con lo establecido en el artículo 260 del Código de Comercio?"*.

Sobre el particular, es procedente efectuar los siguientes comentarios generales para después absolver los interrogantes consultados, en los siguientes términos:

1. Estatutos especiales y operaciones autorizadas: En primer lugar, conviene señalar que la capacidad jurídica de las sociedades fiduciarias se sujeta no sólo a su estatuto legal especial aplicable previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero –en adelante EOSF-¹, sino también a las normas del Código de Comercio, dada la naturaleza societaria que ostentan, o, en su lugar, a las disposiciones aplicables a los entes de carácter cooperativo, cuando dicha institución vigilada ostente tal naturaleza².

En efecto, el artículo 29 del EOSF, en materia de las actividades que expresamente pueden desarrollar las sociedades fiduciarias, taxativamente señala:

"Artículo 29. Operaciones autorizadas

1. Operaciones autorizadas. Las sociedades fiduciarias especialmente autorizadas por la Superintendencia Bancaria podrán, en desarrollo de su objeto social:

- a) Tener la calidad de fiduciarios, según lo dispuesto en el artículo 1226 del Código de Comercio;
- b) 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 para asegurar el cumplimiento de obligaciones, la administración o vigilancia de los bienes sobre los que recaigan las garantías y

La capacidad jurídica de las sociedades fiduciarias se sujeta no sólo a su estatuto legal especial aplicable previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino también a las normas del Código de Comercio, dada la naturaleza societaria que ostentan.

la realización de las mismas, con sujeción a las restricciones que la ley establece;

- c) Obrar como agente de transferencia y registro de valores;
- d) Obrar como representante de tenedores de bonos;
- e) Obrar, en los casos en que sea procedente con arreglo a la ley, como síndico, curador de bienes o como depositario de sumas consignadas en cualquier juzgado, por orden de autoridad judicial competente o por determinación de las personas que tengan facultad legal para designarlas con tal fin;

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

2 Al respecto el Artículo 119, numeral 1º, literal a) del EOSF dispone que las sociedades fiduciarias, dada su condición de sociedades de servicios financieros, deberán organizarse con arreglo a las normas de los establecimientos bancarios, tener objeto exclusivo y revestir la forma de sociedad anónima, o de cooperativa cuando sea filial de entidades de esa misma naturaleza.

- f) Prestar servicios de asesoría financiera;
- g) Emitir bonos actuando por cuenta de una fiducia mercantil constituida por un número plural de sociedades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1026 de 1990 y demás normas que lo adicionen o modifiquen, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 1° y 2° ibídem. Igualmente, dichas entidades podrán emitir bonos por cuenta de dos o más empresas, siempre y cuando un establecimiento de crédito se constituya en avalista o deudor solidario del empréstito y se confiera a la entidad fiduciaria la administración de la emisión, y

h) Administrar fondos de pensiones de jubilación e invalidez, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar.

Para el efecto las sociedades fiduciarias deberán observar lo dispuesto en los artículos 168 y siguientes del presente Estatuto.

i) Adicionado por el art. 4° de la Ley 795 de 2003. Celebrar contratos de administración fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidar.

2. Fiducia de inversión. Las sociedades fiduciarias podrán desarrollar operaciones de fideicomiso de inversión mediante contratos de fiducia mercantil, celebrados con arreglo a las formalidades legales, o a través de encargos fiduciarios.

Entiéndese por "*fideicomiso de inversión*" todo negocio fiduciario que celebren las entidades aquí mencionadas 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 y con lo previsto en el presente Estatuto.

Las sociedades fiduciarias podrán conformar fondos comunes ordinarios de inversión integrados con dineros recibidos de varios constituyentes o adherentes para el efecto.

Para los efectos de este Estatuto entiéndese por "*Fondo Común*" el conjunto de los recursos obtenidos con ocasión de la celebración y ejecución de los negocios fiduciarios a que se refiere el inciso 1° del presente numeral, sobre los cuales el fiduciario ejerza una administración colectiva; así mismo podrán integrar fondos comunes especiales.

3. Prohibición general. Los encargos y contratos fiduciarios que celebren las sociedades fiduciarias no podrán tener por objeto la asunción por éstas de obligaciones de resultado, salvo en aquellos casos en que así lo prevea la ley.

4. Contratos de red de oficinas. Las sociedades fiduciarias podrán celebrar con los establecimientos de crédito contratos para la utilización de su red de oficinas, con el objeto de realizar por conducto de éstas las operaciones de recaudo, recepción, pago, enajenación y entrega de toda clase de bienes muebles e inmuebles necesarias para el desarrollo de los negocios propios de su actividad, en los casos y bajo las condiciones que fije el reglamento y siempre que a través de estas operaciones no puedan realizarse, directa o indirectamente, las actividades fiduciarias no autorizadas a los establecimientos de crédito y que los medios empleados para el efecto permitan revelar con claridad la persona del fiduciario y la responsabilidad de las instituciones financieras que intervienen en su celebración".

A su turno el artículo 99 del Código de Comercio en materia del objeto social de las sociedades comerciales prescribe:

"Art. 99.- La capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto. Se entenderán incluidos en el objeto social los actos directamente relacionados con el mismo y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir las obligaciones, legal o convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad".

Respecto de las operaciones que pueden adelantar las sociedades fiduciarias en desarrollo de su objeto social exclusivo, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en senten-

cia del 14 de junio de 1996³ (C. P. Delio Gómez Leyva -Expediente No. 7450-) manifestó:

"Las sociedades fiduciarias, como sociedades de servicios financieros que son, ejercen su actividad de acuerdo con lo previsto expresamente en las disposiciones normativas que las rigen, motivo por el cual solo pueden realizar las actividades que taxativamente aquellas les señalan.

(...)

Ahora bien, la capacidad jurídica de las sociedades fiduciarias, como sociedades mercantiles que son (artículo 100 del C. de Co.), en armonía con lo previsto en el artículo 99 del C. de Co. **se halla restringida a las operaciones que constituyen su objeto social, las cuales, se reitera, se encuentran expresamente autorizadas por la ley; así mismo dicho atributo se extiende a aquellos actos que tengan por finalidad ejercer los derechos y cumplir las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la compañía y a los actos directamente relacionados con la actividad principal,** cuya armonía con ésta, tal como lo expresa la Superintendencia Bancaria (...) 'deberá siempre expresarse a través de una relación instrumental - de medio a fin- cuyos extremos serán, en su orden, el acto considerado y la empresa o actividad prevista en los estatutos de la compañía'.

Por consiguiente, si la sociedad fiduciaria tiene en términos generales por actividad

principal la celebración de negocios fiduciarios traslaticios y no traslaticios, es decir de contratos de fiducia mercantil y de encargo fiduciario, a través de los cuales gestiona negocios ajenos, su capacidad jurídica se circunscribe a la realización de tales negocios, y **se extiende a aquellos actos directamente relacionados con dicho objeto social principal como a los que tengan por finalidad cumplir las obligaciones y ejercer los derechos derivados de la existencia y funcionamiento de la compañía,** v. gr. los derechos y obligaciones derivados de sus relaciones laborales (...)" (se resalta).

Conforme a lo expuesto se observa que el objeto social de las sociedades fiduciarias es reglado en la medida en que sólo pueden adelantar aquellas actividades que la ley expresamente autoriza, entre las cuales se encuentra, entre otras, la de celebrar contratos de fiducia mercantil en los términos del Código de Comercio y los encargos fiduciarios.

El objeto social de las sociedades fiduciarias es reglado en la medida en que sólo pueden adelantar aquellas actividades que la ley expresamente autoriza.

2. Inversiones de capital y de portafolio: Aclarado lo anterior tenemos que adicionalmente las sociedades fiduciarias pueden con sus propios recursos realizar inversiones tanto de capital como de portafolio; las primeras autorizadas expresamente en la ley y las segundas sin limitación o restricción alguna, salvo lo previsto en el numeral 2° del artículo 119 del EOSF, toda vez que se consideren efectuadas como operaciones conexas o complementarias a su objeto social de acuerdo con lo previsto en el artículo 99 del Código de Comercio ya visto.

3 Esta providencia fue publicada en el libro Jurisprudencia Financiera 1994-1998. Superintendencia Bancaria – Legis S.A. Página 471 y siguientes (&0090). Bogotá, 1999. La posición jurisprudencial aquí expuesta fue posteriormente reiterada en sentencia del 17 de septiembre de 1999 de la misma Corporación. Exp. 9404. C.P. Germán Ayala Mantilla

Sobre el tema, esta Superintendencia en concepto 97042087-2 de noviembre 14 de 1997, expresó:

"(...) procede para los propósitos del análisis que nos ocupa establecer si las inversiones de portafolio pueden considerarse como operaciones conexas o complementarias al objeto social de las sociedades fiduciarias. Para tal fin, resulta conducente citar algunos apartes del memorando 96003995-13 del 8 de noviembre de 1996, a través del cual la Dirección Jurídica de esta Superintendencia expuso su criterio en torno al tema en cuestión, **criterio igualmente aplicable a las sociedades fiduciarias**. En efecto '(...) Como se sabe, no toda actividad autorizada a un establecimiento de crédito se restringe a las operaciones de captación y colocación de recursos constitutivas de su objeto social, sino que también, al igual que los demás particulares, pueden realizar una serie de operaciones para financiarse y funcionar como empresa, no comprendidas entre las propias de la intermediación financiera, pero sí dentro del giro ordinario de sus negocios y a las que se extiende su objeto social como actos requeridos para su adecuado funcionamiento.

'Se alude de tal forma al concepto de actividades conexas o colaterales, tema del que también se ha ocupado la doctrina especializada para señalar que 'Además del ejercicio de las actividades estrictamente bancarias, las instituciones financieras tienen capacidad jurídica para desarrollar actos civiles o comerciales necesarios para el cumplimiento de su objeto'.

'No podría ser que la capacidad de una institución financiera naciera y se agotara en las operaciones y servicios bancarios propiamente dichos. Se requiere al mismo tiempo que jurídicamente le sea factible estar en condiciones de atender aquéllos, a partir de la ejecución de actos intermedios que le permitan, a guisa de ejemplo, adquirir sedes, contratar funcionarios o emprender campañas publicitarias'.

'Por naturaleza todos los actos medios, conexos o necesarios para el cumplimiento de su empresa, se deben tener incorporados al objeto.

Como también para ejercer los derechos o cumplir con las obligaciones que emanan de su condición de personas jurídicas, v. gr.: para la suscripción de bonos oficiales que dispongan las normas fiscales o para demandar los privilegios que emanen de su nacionalidad'.

'No consideramos que las leyes deban aludir inexorablemente a los actos conexos para habilitar su ejercicio por parte de las instituciones financieras. A esta capacidad suelen hacer mención los regímenes ordinarios que regulan las sociedades comerciales, y en cualquier caso se imponen por su grado de conexidad necesaria para viabilizar la actividad bancaria' (Néstor Humberto Martínez Neira, *Sistemas Financieros*, Biblioteca Felabán, Bogotá, 1994, págs. 252 y 253).

'(...) De otra, que el desarrollo de las denominadas operaciones de tesorería es una actividad de las llamadas conexas, colaterales, vinculadas o anexas al objeto social reglado de tales instituciones, como se considera también en otras latitudes (...)'" (se resalta).

Es claro entonces que salvo lo previsto por el numeral 2° del artículo 119 *ibídem* (al que nos referiremos más adelante), las sociedades fiduciarias pueden realizar, como operación conexas o complementaria a su objeto social exclusivo y excluyente, inversión en títulos y demás activos financieros para manejar su propia tesorería o portafolio de inversiones de renta fija, variable, negociables o no, cuyo riesgo, calificación y valoración deberá efectuarse en los términos establecidos por el Capítulo I de la Circular Básica Contable y Financiera (Circular Externa 100 de 1995)⁴.

Así mismo, en la medida en que las operaciones de inversión conlleven o establezcan el cumplimiento futuro de compromisos (dada la forma de su instrumentación) constituirá una típica operación de derivado⁵,

4 Este instructivo puede consultarse en nuestra página web: www.superbancaria.gov.co ícono Normatividad.

5 Precisamente, en los términos de la Circular Básica Contable y Financiera (subnumeral 2.1, numeral 2° del Capítulo XIII) se ha definido las operaciones con derivados como "(...) aquellas operaciones financieras que pueden ejercerse para comprar o vender activos en un futuro, como divisas o títulos valores, o futuros financieros sobre tasas de cambio, tasas de interés o índices bursátiles. Los ejemplos más comunes de derivados son los contratos a término o 'forwards', las opciones, los futuros y los swaps o permutas financieras. Todos ellos son operaciones con cumplimiento en un futuro".

caso en el cual también deberá observarse lo dispuesto en el Capítulo XIII del Circular Básica Contable y Financiera de esta Entidad en materia de la adopción de mecanismos internos para controlar los riesgos inherentes a las mismas (administración y seguimiento) así como también en punto a su instrumentación, valoración y contabilización. En tal sentido adicionalmente dicha operación deberá sujetarse a los parámetros mínimos de administración de riesgos consignados en el Capítulo XX del aludido acto administrativo en tanto ella sea celebrada por la sociedad fiduciaria como otra operación de tesorería.

3. Operaciones de reporto realizadas por la propia sociedad fiduciaria: Ahora bien, en cuanto a los interrogantes 1 y 2 de la petición referente a la viabilidad de que las sociedades fiduciarias celebren operaciones de reporto así como los requisitos que deben observarse en su realización, es pertinente señalar que este tipo de operación puede ser adelantada por dichas entidades siempre que las mismas tengan como propósito servir exclusivamente como mecanismo para la transferencia de liquidez y se observe lo prescrito por el Capítulo XIII de la Circular Básica Contable y Financiera en materia de documentación, contabilización y demás aspectos allí contemplados así como lo previsto en el numeral anterior.

Precisamente, el subnumeral 3.1 del Capítulo XIII del citado instructivo prescribe perentoriamente que las operaciones de reporto sólo puedan celebrarse por las instituciones vigiladas "(...)" cuando con ello se busque subsanar exclusivamente situaciones de tesorería. Su celebración debe obedecer a los mismos, o a similares criterios de los créditos interbancarios, de suerte que puedan cumplir adecuadamente su propósito

de servir exclusivamente como mecanismos para la transferencia de liquidez".

4. Operaciones de reporto realizadas por la sociedad fiduciaria con cargo a los recursos de los fondos comunes de inversión FCI: Igualmente, es de destacar que los requerimientos contenidos en el Capítulo XIII ibídem (cuyo texto puede consultar en nuestra página Internet) son también de obligatoria observancia cuando la sociedad fiduciaria utiliza recursos provenientes de los fondos comunes de inversión -FCI- que ella administra (sean Fondos Comunes Ordinarios -FCO- y/o Fondos Comunes de inversión -FCE-) para realizar con ellos operaciones de reporto.

Igualmente dichas operaciones de reporto deben sujetarse a las prescripciones previstas en el EOSF y en especial, a las contenidas en los artículos 29-2, 151 a 157 del mismo Estatuto, sobre FCI y FCO.

Así, por ejemplo, en atención a lo previsto por el literal d) del artículo 156 del EOSF resulta viable la realización de operaciones de reporto con los activos del FCI siempre y cuando las mismas no representen mas del 30% del portafolio de inversión y tengan por objeto dotar al fondo de liquidez.

Ahora bien, no debemos olvidar lo recientemente establecido en el artículo 39 de la Ley 795 de 2003, modificatorio del numeral 3° del artículo 152 del EOSF⁶ para las inversiones de los FCO, así:

"Artículo 39. Modifícase el numeral 3 del artículo 152 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual quedará así:

3. Inversiones de los fondos comunes ordinarios. Será responsabilidad de las sociedades fiduciarias adoptar las metodologías y proce-

6 En punto al transito legislativo de esta disposición puede consultarse el concepto 2003017640-3 del 16 de junio de 2003, en el cual se concluyó que en cada caso, al examinar el reglamento del FCO, la Superintendencia Bancaria propugnará por el manejo seguro y eficiente del riesgo de las inversiones que se realicen con los recursos del FCO.

dimientos necesarios para el análisis y manejo seguro y eficiente del riesgo de las inversiones que realicen con los recursos de los fondos comunes ordinarios.

La Superintendencia Bancaria señalará los principios y criterios generales que las sociedades fiduciarias deben adoptar para evaluar adecuadamente los riesgos implícitos en tales operaciones.

Las sociedades fiduciarias que no observen los citados principios y criterios deberán someterse al régimen de inversiones que mediante normas de carácter general señale la Superintendencia Bancaria.

En todo caso, las entidades no podrán invertir en títulos de los cuales sean emisoras, aceptantes o garantes las sociedades matrices o subordinadas de la respectiva institución fiduciaria".

Adicionalmente las operaciones de reporto celebradas con los recursos provenientes de fondos comunes de inversión (FCO y/o FCE) y administrados por una sociedad fiduciaria deberán sujetarse a lo dispuesto en el respectivo reglamento de administración del Fondo, debidamente aprobado por esta Agencia Gubernamental.

De otra parte, según la doctrina de este Organismo, el literal c) del numeral 2° del artículo 119 del EOSF deberá aplicarse a las operaciones realizadas por las sociedades fiduciarias en desarrollo de los fideicomisos que administre, v. gr., los FCI, sin que les sea permitido a aquellas "(...) adquirir con los recursos de los fideicomisos, ni con los propios títulos emitidos, avalados aceptados o cuya emisión sean administrados por la matriz o subsidiarias, aún cuando mediar autorización previa y expresa del fideicomitente a la sociedad fiduciaria para hacer inversiones de dicho tipo".⁷

5. Alcance del término matriz: En cuanto al interrogante 3° contenido en su petición valga señalar que la restricción indagada se encuentra consignada tanto en el literal c) del artículo 119 del EOSF como en el numeral 3° del artículo 152 ibídem, en su actual redacción.

En efecto, en cuanto a la primera de las disposiciones se observa que ella hace referencia al "régimen de filiales de servicios financieros y comisionistas de bolsa", en los siguientes términos:

"Artículo 119. *Régimen de filiales de servicios financieros y comisionistas de bolsa*

1. Modificado por el artículo 7° de la Ley 510 de 1999. *Inversiones en sociedades de servicios financieros y sociedades comisionistas de bolsa. Los bancos, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda y las compañías de financiamiento comercial podrán participar en el capital de sociedades fiduciarias, sociedades comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, siempre que se observen los siguientes requisitos: (...)".*

2. *Prohibiciones generales. Las sociedades filiales de que trata el numeral anterior se someterán a las siguientes reglas:*

a) **No podrán adquirir o poseer a ningún título acciones, cuotas, partes de interés o aportes sociales de carácter cooperativo en cualquier clase de sociedades o asociaciones,** salvo que se trate de la inversión a que alude el artículo 110, numeral 2 del presente Estatuto o de bienes recibidos en pago, caso este en el cual se aplicarán las normas que rigen para los establecimientos bancarios. No obstante, las sociedades comisionistas de bolsa, las sociedades fiduciarias y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías podrán adquirir acciones de conformidad con las disposiciones que rigen su actividad;

7 Concepto 1998045919-2 de octubre 2 de 1998, el cual puede consultarse en la página 389 y siguientes del libro: Doctrinas y Conceptos Financieros 1994-1998- Superintendencia Bancaria de Colombia - Legis Editores Bogotá D. C., 1999.

b) No podrán adquirir acciones de la matriz ni de las subordinadas de ésta, y

c) Cuando se trate de sociedades fiduciarias, de comisionistas de bolsa y de sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, no podrán adquirir ni negociar títulos emitidos, avalados, aceptados o cuya emisión sea administrada por la matriz, por sus filiales o subsidiarias, salvo que se trate de operaciones de las sociedades comisionistas originadas en la celebración de contratos de comisión para la compra y venta de valores, las cuales se sujetarán a las reglas que para el efecto dicte la Superintendencia de Valores.

Parágrafo. Lo dispuesto en el presente numeral es aplicable también a todas aquellas sociedades de servicios financieros en cuya constitución u organización participen entidades no sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria" (resaltamos).

Si bien, bajo el contexto del artículo 119 antes transcrito (especialmente en su numeral 1º) podría concluirse inicialmente que el término matriz a que hace alusión el literal c) del mismo sólo se circunscribe a los establecimientos de crédito inversores allí señalados es claro que conforme a lo dispuesto en el parágrafo del mismo literal tal condición se extiende también a todas aquellas entidades no sometidas a inspección y vigilancia de este Organismo que participen en la constitución u organización de las sociedades de

**Las operaciones de
reporto celebradas
con los recursos
provenientes de
fondos comunes de
inversión (FCO y/o
FCE) y
administrados por
una sociedad
fiduciaria deberán
sujetarse a lo
dispuesto en el
respectivo
reglamento de
administración del
Fondo, debidamente
aprobado por esta
Agencia
Gubernamental.**

servicios financieros (entre ellas las sociedades fiduciarias), esto es, que conforme a lo dispuesto por los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio, ostenten la condición de matriz de la sociedad fiduciaria.

A su turno, en cuanto a la segunda disposición contentiva de la restricción objeto de los presentes comentarios anteriormente transcrita, vale la pena recordar lo dispuesto en su tercer inciso:

"3. Inversiones de los fondos comunes ordinarios. Modificado por el artículo 39 de la Ley 795 de 2003. Será responsabilidad de las sociedades fiduciarias adoptar las metodologías y procedimientos necesarios para el análisis y manejo seguro y eficiente del riesgo de las inversiones que realicen con los recursos de los fondos comunes ordinarios.

(...)

En todo caso, las entidades no podrán invertir en títulos de los cuales sean emisoras, aceptantes o garantes las sociedades matrices o subordinadas de la respectiva institución fiduciaria" (se resalta).

De la norma transcrita se colige que la misma no establece diferenciación alguna entre aquellas sociedades matrices provenientes del sector financiero (léase establecimientos de crédito) y aquellas del sector real o no vigiladas por esta Superintendencia, razón por la cual el citado término debe entenderse en su sentido amplio, esto es, no sólo bajo el contexto establecido por el EOSF para las primeras sino también conforme a lo dis-

Excepcionalmente la sociedad fiduciaria podrá comprar o vender divisas cuando dicha actividad se enmarque como operación conexas o complementaria a su objeto social exclusivo y excluyente, en tanto signifique una forma de manejar o invertir sus excedentes de liquidez pero sin que pueda dedicarse de manera permanente a la misma, según se ha expresado atrás.

puesto por el Código de Comercio en materia de subordinación y control de las sociedades (art. 260 y siguientes).

6. Compraventa de divisas: En punto al 4º interrogante referente a la posibilidad de que una fiduciaria pueda comprar o vender dólares (o cualquier otra clase de divisas) es menester recordar que a más de no estar prevista dentro de su objeto principal reseñado al principio de este oficio, tal actividad no la puede realizar de manera profesional en tanto no ostenta la condición de intermediario cambiario según lo prescribe el artículo 58 del Estatuto Cambiario (Resolución Externa 8 del 5 de mayo de 2000) ni tampoco se encuadra dentro de los presupuestos prescritos por el inciso 2º del artículo 75 ibídem (modificado por el artículo 6º de la Resolución 1 de 2003 de la Junta Directiva del Banco de la República), que establece los requisitos para realizar la compra y venta de divisas de manera profesional.

Consideramos que sólo excepcionalmente la sociedad fiduciaria podrá comprar o vender divisas cuando dicha actividad se enmarque como operación conexas o com-

plementaria a su objeto social exclusivo y excluyente en tanto signifique una forma de manejar o invertir sus excedentes de liquidez pero sin que pueda dedicarse de manera permanente a la misma, según se ha expresado atrás.

En todo caso le aclaramos que las normas sobre posición propia expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República no le son aplicables a las sociedades fiduciarias en la medida que no son intermediarios del mercado cambiario⁸.

7. Adquisición de títulos por parte de las sociedades fiduciarias: En punto a qué tipo de títulos puede adquirir una sociedad fiduciaria (interrogante 5º) es menester señalar que no existe norma alguna al respecto que tipifique, regule o limite la clase de documentos que son susceptibles de adquisición o negociación por parte de esta clase de entidades.

En tal sentido, se estima que cualquier tipo de título que tenga un valor económico y sea rentable para la entidad inversionista y no implique la realización de actividades prohibidas, restringidas o conlleve la realización de conductas punibles será viable de adquirir y/o negociar, mas aún cuando los admi-

8 Sobre posición propia pueden consultarse las Resoluciones Externas 4 de 2001 y 1 de 2004 expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República. Al texto de tales disposiciones puede accederse por el sitio Internet: www.banrep.gov.co en el enlace juriscol.

nistradores de la entidad vigilada en el desarrollo de sus labores deben observar determinadas reglas de conducta y acatar las obligaciones legales, tales como las previstas en el artículo 72 del EOSF (modificado por el artículo 12 de la Ley 795 de 2003) así como las contempladas en los artículos 22 a 25 de la Ley 222 de 1995 y artículos 196 a 200 del Código de Comercio, entre las que se encuentran el que tales personas deben actuar dentro del marco de la ley, bajo el principio de la buena fe, al servicio del interés público, de la sociedad que representa y sus asociados, así como también con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios.

De igual manera se reitera lo expresado con anterioridad en el sentido de que la inversión puede efectuarse en títulos y demás activos financieros de renta fija, variable, negociables o no, cuyo riesgo, calificación y valoración deberá efectuarse en los tér-

minos establecidos por el Capítulo I de la Circular Básica Contable y Financiera, tantas veces mencionada, sea con los recursos propios de la fiduciaria (ello en la medida que constituya una operación conexa o complementaria a su objeto social para manejar sus excesos de liquidez, según se anotó anteriormente) o con los provenientes de los FCI que administre.

En todo caso, cuando se trate de la adquisición de títulos por parte de los fondos comunes de inversión (FCO y/o FCE) y en la medida en que tales operaciones significan la inversión de recursos de terceros dichas actividades se sujetarán además de lo dicho a las prescripciones previstas en el EOSF, a los instructivos proferidos por esta Entidad y a los reglamentos de los respectivos FCI, tal como ampliamente se explicó en los acápites 2º, 4º y 5º del presente documento, razón por la cual nos remitimos a los comentarios allí expresados sobre el particular.»

SOCIEDADES FIDUCIARIAS

Concepto 2003052781-1 del 14 de enero de 2004

Síntesis: *Objeto. Operaciones autorizadas. Facultad jurídica de las sociedades fiduciarias para ser representantes de tenedores de títulos emitidos en procesos de titularización.*

«(...) SOLICITA "CONCEPTUAR SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE UNA ENTIDAD FIDUCIARIA PUEDA SER REPRESENTANTE LEGAL DE LOS TENEDORES DE TÍTULOS EMITIDOS EN UN PROCESO DE TITULARIZACIÓN, TENIENDO EN CONSIDERACIÓN LO SEÑALADO EN EL NUMERAL D) DEL ARTÍCULO 29 DEL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO, según el cual dentro de las actividades que pueden desarrollar las sociedades fiduciarias se encuentra la de '(o)brar (sic) como representante legal de tenedores de bonos'".

Sobre el particular proceden los siguientes comentarios:

1. Objeto social exclusivo

a) Tal como usted lo señala en su comunicación, las fiduciarias tienen objeto social exclusivo, como se explica a continuación:

- Las operaciones autorizadas para las sociedades fiduciarias configuran su objeto social exclusivo, también conocido como sus "estatutos especiales" que rigen su actividad. Respecto a este tema, vale la pena destacar el siguiente aparte del libro "Sistema Financieros" del doctor Néstor Humberto Martínez, que al respecto sostiene que

"En este orden de ideas postulamos la teoría de los "estatutos especiales" cuyo enunciado puede consistir en que las instituciones financieras son empresarios sometidos preferentemente al régimen particular previsto para ellas en la legislación bancaria y, en defecto de norma imperativa especial, por el régimen común consignado en la ley de sociedades comerciales o en las de sociedades cooperativas, según se trate, y en las leyes que regulan la profesión de los comerciantes".

Así mismo, el mismo autor señala que

"La capacidad legal de una institución financiera está determinada por su empresa u objeto conformado de acuerdo con la ley (...). A su turno se distinguen de las restantes personas jurídicas, en especial de las sociedades mercantiles, en que éstas pueden emplearse válidamente en todas las actividades lícitas que los asociados prevean contractualmente como objeto social, al paso que aquellas jamás pueden exceder los límites que le impone la naturaleza de su actividad financiera en los límites definidos por las leyes (...)".

- Lo anterior encuentra sustento en el numeral 2.1 del Capítulo Octavo, Título Primero de la Circular Externa 007 de 1996, el cual señala:

"El objeto social de las entidades vigiladas por esta Superintendencia se encuentra previamente definido en la ley. Dentro del mismo se incluyen los actos directamente relacionados con él y los que tengan como finalidad ejercer los derechos o cumplir con las obligaciones legal o convencionalmente derivadas de la existencia y actividad de la entidad vigilada (...)".

Los actos que realice la entidad fiduciaria deben guardar relación con su objeto social, bien se trate del ejercicio de su actividad principal, o de la realización de actos accesorios directamente relacionados con la misma o que tengan como finalidad el ejercicio o cumplimiento de derechos y obligaciones derivados de su existencia y actividad.

- A su vez, el numeral 1.1.1 del Capítulo Segundo, Título Quinto de la Circular Externa 007 de 1996, se refiere al principio de los estatutos especiales como aquel según el cual la actividad principal de las entidades auxiliares de crédito no es de libre estipulación y que se encuentra predeterminada por su régimen orgánico de stirpe legal, y añade que

"El verdadero alcance de la expresión 'estatutos especiales' también llamados 'estatutos excepcionales', como se ha dicho, se circunscribe a que el régimen de cada intermediario constituye un parámetro que frente a la normativa general del código resulta ser evidentemente especial más que excepcional y, de aplicación preferente (...)".

b) En conclusión, los actos que realice la entidad fiduciaria deben guardar relación con su objeto social, bien se trate del ejercicio de su actividad principal, o de la realización de actos accesorios directamente relacionados con la misma o que tengan como finalidad el ejercicio o cumplimiento de derechos y obligaciones derivados de su existencia y actividad.

2. Facultad jurídica de las sociedades fiduciarias para ser representantes de tenedores de títulos emitidos en procesos de titularización.

a) Los valores emitidos como resultado de procesos de titularización podrán adoptar las siguientes modalidades:

"1. Títulos corporativos o de participación: En los cuales el inversionista adquiere un derecho o alícuota en el patrimonio conformado por los activos objeto de movilización. El inversionista no adquiere un título de rendimiento fijo sino que participa en las utilidades o pérdidas que genere el negocio objeto del contrato.

Los títulos de participación podrán prever su redención parcial o total con antelación a la extinción del patrimonio o fondo, por razón de la liquidación de parte de sus activos.

2. Títulos de contenido crediticio: **los cuales incorporan el derecho a percibir la cancelación del capital y de los rendimientos financieros en los términos y condiciones señalados en el título.** Los activos que integran el patrimonio autónomo respaldan el pasivo adquirido con los inversionistas, correspondiendo al agente de manejo adoptar las medidas necesarias para obtener el recaudo de los flujos requeridos para la atención oportuna de las obligaciones contenidas en los valores emitidos (se resalta).

3. Títulos mixtos: Son aquellos que de manera adicional a los derechos que confiere un título de participación pueden ser amortizables o pueden tener una rentabilidad mínima o un límite máximo de participación (numeral 1.2.1.5 de la Resolución 400 de 1995).

b) De acuerdo con lo establecido en el artículo 752 del Código de Comercio: "los bonos son títulos valores que incorporan una parte alícuota de un crédito colectivo constituido a cargo de una sociedad o entidad sujeta a la inspección y vigilancia del gobierno" (en la reglamentación vigente ya no es necesario que la sociedad emisora de los bonos esté sujeta a vigilancia del gobierno).

Es decir, el bono "es un título valor de contenido crediticio, en la medida en que es representativo de una obligación consistente en pagar cierta suma de dinero a cargo del emitente, en ese evento una sociedad" (Títulos Valores - Hildebrando Leal Pérez, pág. 343).

Así las cosas, como quiera que los títulos de contenido crediticio emitidos en virtud de un proceso de titularización se asimilan o tienen la misma naturaleza que los bonos, esta Superintendencia considera que por interpretación extensiva del literal d), numeral 2 del

Como quiera que los títulos de contenido crediticio emitidos en virtud de un proceso de titularización se asimilan o tienen la misma naturaleza que los bonos, esta Superintendencia considera que por interpretación extensiva del literal d), numeral 2 del artículo 29 del Estatuto Orgánico Sistema Financiero, las sociedades fiduciarias pueden ser representantes de los tenedores de los citados títulos.

artículo 29 del Estatuto Orgánico Sistema Financiero, las sociedades fiduciarias pueden ser representantes de los tenedores de los citados títulos.

En efecto, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 27 de marzo de 1958: "No repugna a la naturaleza de las normas excepcionales la interpretación extensiva, cuando aparece que la hipótesis cuestionada está incluida por modo claro, aunque implícito, en la misma norma".

c) Según lo establece el numeral 1.3.7.5 de la Resolución 400 de 1995, tratándose de títulos de participación emitidos en procesos de titularización de proyectos de construcción, la sociedad fiduciaria que actúe como agente de manejo de la titularización "ejercerá la representación de los intereses de los tenedores de los títulos de participación".

En consecuencia, por las mismas razones anotadas en el literal anterior, esto es, por interpretación extensiva del citado numeral 1.3.7.5 es viable que una sociedad fiduciaria que actúe como agente de manejo de una titularización represente a los tenedores de los títulos que se emitan en virtud de la misma, ya sean de contenido crediticio, de participación o mixtos.

En efecto, si la Superintendencia de Valores en uso de sus facultades legales, consideró a través de la Resolución 400 de 1995 que las sociedades fiduciarias pueden ejercer la re-

presentación de los intereses de los tenedores de los títulos de participación emitidos en procesos de titularización de proyectos de construcción no vemos por qué no podrían serlo también cuando se trate de procesos de titularización diferentes, si tenemos en cuenta que se encuentran calificadas para asumir tal función.

Lo anterior no obsta para que la Sala General de la Superintendencia de Valores expida una norma que aclare esta materia.»

Temas de Consulta

Defensor del cliente
Mercado cambiario

DEFENSOR DEL CLIENTE

**Carta Circular 12 del 4 de febrero de 2004
de la Superintendencia Bancaria de Colombia**

Referencia: *Efectos temporales de la Sentencia C-1150 del 2 de diciembre de 2003 de la Corte Constitucional.*

«De conformidad con lo previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 325, numeral 1, letra c), este Despacho se permite formular algunas precisiones en relación con la competencia de que gozarán los Defensores del Cliente de las entidades, respecto a las quejas y reclamaciones frente a las cuales avocaron conocimiento con anterioridad a la fecha de notificación y ejecutoriedad del fallo en mención.

La posición adoptada por la Corte Constitucional en la sentencia citada en referencia, mediante la cual se declaró la exequibilidad parcial de lo dispuesto en la Ley 795 de 2003, artículo 24, modificatorio del numeral 4 del artículo 98 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al declarar inexecutable la expresión "*previo al sometimiento ante la Superintendencia Bancaria de las quejas individuales relacionadas con la prestación de servicios por parte de las instituciones vigiladas que en virtud de sus competencias pueda conocer*", la cual, con la expedición de la Ley en cita, se encontraba contenida en el subnumeral 4.3, numeral 4, artículo 98 del mencionado Estatuto, únicamente eliminó el requisito de procedibilidad que se había establecido para el efecto.

Así, teniendo en cuenta que, por el contrario, el fallo proferido consideró constitucional el conocimiento y resolución de las quejas que se han formulado y se formulen ante el Defensor y que el mismo tiene solo efectos hacia el futuro, una vez ha sido notificado y quede ejecutoriado, lo cual aconteció el pasado 19 de enero del año en curso, el requisito de procedibilidad ha quedado sin efecto dentro del ordenamiento desde la fecha mencionada, sin que las situaciones consolidadas durante la vigencia de la norma acusada sufran modificación.

En ese orden de ideas, las Defensorías del Cliente Financiero de cada una de las entidades sujetas a vigilancia y control de esta Superintendencia, deben continuar adelantando el trámite de aquellas quejas sobre las cuales avocaron conocimiento con anterioridad al 20 de enero del presente año, así como de las que se les radiquen o presenten con posterioridad, en los términos que para el efecto prevé la Ley.»

MERCADO CAMBIARIO

**Circular Externa 045 del 17 de diciembre de 2003
de la Superintendencia Bancaria de Colombia**

Referencia: *Requisitos para la apertura de cuentas corrientes y de ahorro en moneda legal a no residentes y apertura de cuentas corrientes y de ahorro en moneda extranjera.*

«Como es de su conocimiento, el régimen cambiario vigente (artículo 59, literal d. de la Resolución 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República) señala que los bancos comerciales, los bancos hipotecarios, las corporaciones financieras así como las compañías de financiamiento comercial y las cooperativas financieras cuyo capital pagado y reserva legal alcancen el monto mínimo que debe acreditarse para la constitución de una corporación financiera, pueden recibir depósitos en moneda extranjera de empresas ubicadas en zonas francas, empresas de transporte internacional, agencias de viajes y turismo, almacenes y depósitos francos, entidades que presten servicios portuarios y aeroportuarios, personas naturales y jurídicas no residentes en el país, misiones diplomáticas y consulares acreditadas ante el Gobierno de Colombia y organizaciones multilaterales y los funcionarios de estas últimas.

Así mismo señala que tales intermediarios del mercado cambiario pueden recibir depósitos en moneda legal colombiana de personas naturales y jurídicas no residentes en el país, los cuales se deben utilizar con sujeción a las regulaciones cambiarias y no requieren registro en el Banco de la República.

En razón a lo anterior, este Despacho en uso de sus facultades legales considera oportuno modificar el contenido del numeral 5°, Capítulo I, Título Tercero de la Circular Externa 007 de 1996, en el sentido de señalar los requisitos de información que deben tenerse en cuenta al momento de abrir cuentas corrientes o de ahorro en moneda legal a no residentes, así como los requisitos de información necesarios para abrir cuentas corrientes o de ahorro en moneda extranjera.

Por su importancia merece resaltar que mediante la presente modificación se aclara la posibilidad de que tales intermediarios reciban depósitos en cuenta corriente o de ahorro en moneda legal a no residentes, en las mismas condiciones en que se pueden recibir depósitos en tales cuentas de residentes en el país y que tales recursos, por regla general, pueden ser objeto de cualquier uso legítimo.

La presente circular rige a partir de la fecha de su publicación y modifica el numeral 5°, Capítulo I, Título Tercero de la Circular Externa 007 de 1996, (...).»

Reseña General

Normas
Jurisprudencia

NORMAS*

Congreso

Pensión de invalidez y vejez*

Ley 860 de 2003 (dic. 26). Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Definición y campo de aplicación. Amortización y pago del cálculo actuarial de pensionados (*Diario Oficial* 45.415 dic. 29/03, pág. 24)

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

BCH en liquidación

Decreto 116 de 2004 (ene. 21). El plazo para la liquidación del BCH se amplía hasta el 15 de enero de 2005, en razón al tamaño de la entidad y a las condiciones de la liquidación (*Diario Oficial* 45.438, ene. 22/04, pág. 23).

Cartera hipotecaria*

Decreto 307 de 2004 (feb. 2). Titularización de cartera hipotecaria. La emisión de títulos por parte de sociedades titularizadoras o sociedades fiduciarias, representativos de títulos emitidos por los establecimientos de crédito y las entidades señaladas en el artículo 1º de la Ley 546 de 1999 en procesos de titularización de créditos otorgados para financiar la construcción y la adquisición de vivienda es una especie del género de titularización de cartera hipotecaria prevista en el artículo 12 de la Ley 546 de 1999 (*Diario Oficial* 45.450 feb. 3/04, pág. 20.)

Creadores del mercado

Resolución 526 de 2004 (feb. 25). Modifica la resolución 01 de 2003 (reglamentación del Programa de Creadores de Mercado

para Títulos de Deuda Pública). La norma establece los requisitos mínimos de adjudicación de Títulos TES Clase B en el mercado primario para ser seleccionado como creador o aspirante a creador del mercado.

Estructura Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Decreto 246 de 2004 (ene. 28). Modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (*Diario Oficial* 45.445, ene. 29/04, pág. 15).

Estructura Superintendencia Bancaria de Colombia

Decreto 206 de 2004 (ene. 27). Entre otros aspectos, el artículo 4 del Decreto modifica la letra B, del numeral 2 del artículo 330 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el Decreto 1577 de 2002, artículo 4, numeral 4.6, se denominará así: "B. La Subdirección de Protección y Servicio al Cliente cumplirá las siguientes funciones:", anteriormente denominada Subdirección de Quejas. Por otra parte, el artículo 7 del citado decreto indicó que a partir de su entrada en vigencia y para los efectos del mismo se entenderá que cuando el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero haga alusión al Subdirección de Quejas, se refiere a la Subdirección de Protección y Servicio al Cliente (*Diario Oficial* 45.444, ene. 28/04, pág. 45).

Estructura Superintendencia de la Economía Solidaria

Decreto 186 de 2004 (ene. 26). Modifica la estructura de la Superintendencia de la Economía Solidaria (*Diario Oficial* 45.443, ene. 27/04, pág. 3).

* Las normas indicadas con asterisco se publican en el presente Boletín

Estructura Superintendencia de Valores Decreto 203 de 2004 (ene. 27). Modifica la estructura de la Superintendencia de Valores (*Diario Oficial* 45.444, ene. 28/04, pág. 38).

FOGAFIN*

Decreto 310 de 2004 (feb. 2). Autoriza al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para que en desarrollo de su objeto, asuma en forma total o parcial las obligaciones pecuniarias que surjan como consecuencia de contingencias pasivas o de pasivos ocultos que llegaren a afectar a establecimientos bancarios de carácter público no nacionalizados a los cuales el Fondo haya otorgado capital garantía, o a sus filiales, cuando a juicio de su Junta Directiva la medida sea necesaria para el fortalecimiento patrimonial del respectivo establecimiento bancario mediante la vinculación de nuevos accionistas mayoritarios de carácter privado (*Diario Oficial* 45.450, feb. 3/04, pág. 21.)

Historias laborales

Resolución 404 de 2004 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (feb. 13). Las historias laborales de los ex funcionarios de las entidades financieras públicas en liquidación, adscritas o vinculadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, deberán ser entregadas a esta entidad. Organización de las historias laborales, entrega y base de datos (*Diario Oficial* 45.465, feb. 18/04, pág. 1).

Liquidación*

Decreto 226 de 2004 (ene. 28). Reglamenta el Decreto-Ley 254 de 2000. Culminación proceso liquidatorio. Procesos liquidatorios adelantados por otra entidad estatal. Participación en la fórmula de adjudicación (*Diario Oficial* 45.445 ene. 29/04, pág. 13).

TES

Resolución 152 de 2004 (ene. 23). Ordena el pago de los abonos efectuados a las deudas hipotecarias con la expedición de títulos de deuda pública interna de la Nación denominados "Títulos de Tesorería", TES, Ley 546 de 1999 (*Diario Oficial* 45.446, ene. 30/04, pág. 1).

Ministerio de la Protección Social

Entidades administradoras del régimen subsidiado

Decreto 163 de 2004 (ene. 22). Reglamenta el artículo 216 de la Ley 100 de 1993. Régimen de transición. Inscripción, selección autorización de las EARS. (*Diario Oficial* 45.371, nov. 14/03, pág. 7).

Banco de la República

Mercado cambiario*

Resolución Externa 1 de 2004 (enero 23). El segundo inciso del artículo 3 de la resolución externa 4 de 2001 quedará así: "El monto máximo de posición propia de contado no podrá superar el cincuenta por ciento (50 %) del patrimonio técnico de la entidad. La posición propia de contado no podrá ser negativa." Para efectos de esta resolución, los intermediarios del mercado cambiario que presenten una posición propia de contado negativa deberán ajustarse al nivel mínimo correspondiente a más tardar el 31 de marzo de 2004. Tales intermediarios no podrán tener una posición propia de contado negativa inferior al nivel registrado a la vigencia de la presente resolución.

Superintendencia Bancaria de Colombia

Casas de cambio

Carta Circular 003 de 2004 (ene. 9). Teniendo en cuenta que el porcentaje de variación del IPC suministrado por el DANE para el año de 2003 fue de 6.49 %, se permite informar que el patrimonio mínimo requerido para las casas de cambio en el año 2004, es el equivalente a cuatro mil seiscientos setenta y un millones de pesos (\$4.671.000.000,00).

Defensor del cliente*

Carta Circular 12 de 2004 (feb. 4). Efectos temporales de la Sentencia C-1150 del 2

de diciembre de 2003 de la Corte Constitucional.

Factores de riesgo

Circular Externa 007 de 2004 (feb. 23).

Actualiza las tablas de los factores de riesgo de los Formatos 269 y 270 del Capítulo XXI de la Circular Básica Financiera y Contable, de acuerdo con las Circulares Externas 022 y 048 de 2003. De igual manera, modifica los instructivos de los Formatos 269, 270 y 271 al reubicar en ellos las tablas de los factores de riesgo de cada uno de los Formatos. Adicionalmente, el Anexo 2 del Anexo III de la Circular Básica Financiera y Contable se traslada al instructivo del Formato 269.

Mercado cambiario*

Circular Externa 045 de 2003 (dic. 17).

Requisitos para la apertura de cuentas corrientes y de ahorro en moneda legal a no residentes y apertura de cuentas corrientes y de ahorro en moneda extranjera.

Reglas de protección al consumidor

Circular Externa 002 de 2004 (ene. 13).

Reglas de protección al consumidor en la prestación de servicios mediante terminales, cajeros automáticos y en la expedición de tarjetas débito o crédito. Prestación de servicios de consignación o pago en terminales o cajeros automáticos.

Tasa de reexpresión de estados financieros

Circular Externa 006 de 2004 (ene. 30).

Unifica para todos los efectos la tasa de reexpresión de estados financieros, en concordancia con lo establecido en el Capítulo I de la Circular 100 de 1995, modificado mediante la Circular Externa 03 de enero 23 de 2004, en el sentido de establecer que para efectos de la presentación de estados financieros las cifras correspondientes a operaciones denominadas en moneda extranjera deben ser reexpresadas, con base

en la tasa representativa del mercado calculada el último día hábil del mes y certificada por la SBC.

Tasas de interés

Circular Externa 046 de 2003 (dic. 23).

Se establece, entre otros aspectos, que de acuerdo con lo dispuesto en el literal e) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, las tasas máximas de interés remuneratorio que los establecimientos de crédito pueden cobrar o pagar a su clientela sobre todas las operaciones activas y pasivas serán las que señale la Junta Directiva del Banco de la República y que hasta tanto dicha autoridad no señale una tasa máxima remuneratoria, la misma deberá responder a lo pactado libremente por las partes, teniendo en cuenta, en todo caso, que no puede superar la tasa constitutiva del delito de usura, es decir aquella que exceda en la mitad el interés bancario corriente.

Títulos de desarrollo agropecuario

Carta Circular 009 de 2004 (ene. 23).

Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8 de la Resolución Externa 3 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, se informa la relación de inversiones que los establecimientos de crédito deben realizar en Títulos de Desarrollo Agropecuario Clase "A" y "B", de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la mencionada Resolución.

Valoración de inversiones

Circular Externa 003 de 2004 (ene. 23).

Modifica algunos apartes del Capítulo I de la Circular Externa 100 de 1995 "Clasificación, valoración y contabilización de inversiones".

Superintendencia de Sociedades

Estados financieros

Circulares Externas 02 y 03 de 2004 (feb. 23).

A partir del 18 de marzo comienza el periodo para el envío de los estados finan-

cieros, correspondientes al año 2003, por parte de las sociedades comerciales, sucursales de sociedades extranjeras y empresas unipersonales vigiladas y controladas por la Superintendencia de Sociedades, incluso si están en concordato o en acuerdo de reestructuración. Las sociedades en proceso de liquidación voluntaria a 31 de diciembre de 2003 deberán enviarlos a más tardar el tercer día hábil del mes de mayo. De otra parte, la Superintendencia de Sociedades solicitó a sus vigilados que actualicen de forma inmediata cualquier cambio que ocurra en su razón social, objeto social, actividad económica, transformación de la sociedad, domicilio, cambios de los administradores o revisor fiscal, y en general todas aquellas modificaciones a las cláusulas estatutarias que afecten la información general que reposa en esa Superintendencia.

Financiera de Desarrollo Territorial

Vivienda de interés social

Acuerdo 01 de 2004 (feb. 2). Findeter abrió una línea de crédito de redescuento para financiar vivienda de interés social (VIS) a los afiliados de las Cooperativas de ahorro y crédito. Multiactivas e integrales con sección de ahorro y crédito, cajas de compensación familiar y fondos de empleados, entre otras entidades. Los créditos podrán ser otorgados en la modalidad de microcrédito o crédito hipotecario. El plazo de los créditos será de 59 meses para microcréditos inmobiliarios y 10 años para créditos de vivienda individual a largo plazo. Para los microcréditos inmobiliarios se ofrecerán las siguientes modalidades de pago mensuales: 1) cuota fija y 2) abono constante a capital. La tasa de interés final no podrá superar la máxima legal permitida para los créditos destinados a la financiación de VIS.

JURISPRUDENCIA*

Corte Constitucional

Balances entidades financieras

Sentencia C-155 del 24 de febrero de 2004. En las entidades financieras no pueden hacer parte del balance las sumas recaudadas por concepto de impuestos, contribuciones y tasas así como los recaudos relacionados con seguridad social, pero acla-

ra la Corte que a pesar de la constitucionalidad del artículo 299 del Decreto - Ley 663 de 1993, es necesario dictar una sentencia condicionada, de tal forma que para los recursos parafiscales de la seguridad social se dé el tratamiento contable previsto en el parágrafo del artículo 299, que busca proteger los dineros anteriormente referenciados en el caso de que las entidades de crédito lleguen a ser liquidadas.

* Las sentencias indicadas con asterisco se publican en el presente Boletín

Constitución de entidades financieras. Requisitos personales de los solicitantes. Prohibición para las personas sancionadas por violación a las normas sobre cupos de crédito*.

Sentencia C-1062 del 11 de noviembre de 2003. Expediente D-4647. Requisitos. Los solicitantes deberán acreditar satisfactoriamente su carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial, de tal manera que inspiren confianza al Superintendente Bancario sobre la forma como participarán en la dirección y administración de la entidad financiera. Cupos individuales de crédito; breve historia legislativa y responsabilidad de quienes los exceden.

Defensor del cliente*

Sentencia C-1150 del 2 de diciembre de 2003. Expediente D-4574. Delegación y desconcentración de funciones de vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria y del Presidente de la República. Disposiciones que regulan la figura; alcance. Inexequibilidad del requisito de procedibilidad.

Facultad discrecional del juez para determinar costas

Sentencia C-043 del 27 de enero de 2004. La Corte Constitucional confirmó la constitucionalidad del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, respecto a que el juez tendrá en cuenta la conducta asumida por las partes para determinar la condena en costas a la parte vencida en un proceso, incidente o recurso, lo que ratifica la interpretación dada por el Consejo de Estado en relación con esta norma, por con-

siderar que "el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del C.C.A., no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuando procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal".

Pensión de vejez

Sentencia C-020 del 20 de enero de 2004.

Edad para acceder a la pensión de vejez (régimen de transición). El artículo 18 de la Ley 797 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1056 del 2003 por vicios de forma. Por lo anterior, la Corte resuelve estarse a lo resuelto en la citada sentencia.

Sentencia C-076 del 3 de febrero de 2004.

Confirma la inconstitucionalidad de la norma referente a los requisitos para acceder a la pensión de vejez (sentencia C-1056 de 2003).

Corte Suprema de Justicia

Confianza en el sector financiero*

Sentencia del 3 de diciembre de 2003.

Expediente 15595. Falta de aplicación y aplicación indebida de la norma. Credibilidad en el sistema financiero. La confianza es el principal activo no sólo de cualquier entidad que se dedique al negocio financiero, sino del sistema en general.