



**Superintendencia
Bancaria de Colombia**

Boletín jurídico

Agosto de 2003

No. 32

Superintendente Bancario

Jorge Pinzón Sánchez

Director Jurídico

Segismundo Méndez Méndez

Subdirector de Representación

Judicial y Ediciones Jurídicas
María del Pilar De la Torre Sendoya

Coordinador

Boletín Jurídico

Martha Patricia Rojas Guzmán

Colaboradores

Andrés Velandia Velásquez

Enith Rivera Alzate

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

??????????????

??????????????

Portada:

La Candelaria: Una calle con historia

Bogotá, Colombia

Foto de Oscar Ladino Muñoz

Superintendencia Bancaria de Colombia

CONTENIDO

DE ESPECIAL INTERÉS

Decreto 2066 de 2003. Reglamenta parcialmente el artículo 93 de la Ley 795 de 2003	6
--	---

JURISPRUDENCIA

Cobro de créditos a secuestrados	10
--	----

CONCEPTOS

Cuentas de ahorro programado	54
Leasing habitacional	62
Revisor fiscal	69
Seguros	73
Sistema general de pensiones	75

TEMAS DE CONSULTA

Acciones en garantía	78
----------------------------	----

RESEÑA GENERAL

Normas	92
Jurisprudencia	95
Otros pronunciamientos	97

***E**n esta edición del Boletín Jurídico destacamos el Decreto 2066 de 2003, reglamentario del artículo 93 de la Ley 795 de 2003 -extinción de obligaciones de instituciones financieras públicas en liquidación-.*

La sección Jurisprudencia contiene la providencia T-520 de la Corte Constitucional del 26 de junio del 2003, Expediente T-620041, de gran importancia para el sector financiero en el ámbito nacional, toda vez que sienta jurisprudencia sobre el tema del cobro de créditos a personas secuestradas.

En Temas de consulta se publica el Concepto Interno del 5 de agosto de 2003 sobre el pacto expreso de prenda con usufructo que confiere los derechos de accionista al acreedor prendario, remitido por el Director Jurídico al Superintendente Delegado para la Seguridad Social y otros Servicios Financiero de la Superintendencia Bancaria.

Ofrecemos, en separata adjunta, la relación completa de los conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria de Colombia, periodo junio-julio, y en la sección Conceptos aparecen publicados aquéllos de mayor interés.

***Subdirección de Representación Judicial
y Ediciones Jurídicas***

De especial interés

*Decreto 2066 de 2003.
Reglamenta parcialmente
el artículo 93 de la Ley 795 de 2003*

*EXTINCIÓN DE OBLIGACIONES
INSTITUCIONES FINANCIERAS PÚBLICAS EN LIQUIDACIÓN*

DECRETO 2066 DE 2003*

Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 93 de la Ley 795 de 2003

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 93 de la Ley 795 de 2003

DECRETA:

Artículo 1º. *Ámbito de aplicación.* Las disposiciones del presente decreto serán aplicables a las instituciones financieras públicas en liquidación, con independencia de la modalidad de procedimiento de liquidación utilizado.

El presente decreto será aplicable a las entidades con participación accionaria mayoritaria de la Nación o de sus entidades descentralizadas, las entidades nacionalizadas y las sociedades de economía mixta con régimen de empresa industrial y comercial del Estado, cuya naturaleza se haya definido como de entidad o institución financiera o cuyo objeto social consista en alguna de las modalidades de manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, respecto de la cual se haya dispuesto o disponga la liquidación.

Artículo 2º. *Procedimiento para extinción de obligaciones por concepto de multas.* Podrán extinguirse las obligaciones a cargo de instituciones financieras públicas en liquidación por concepto de multas a favor del Tesoro Nacional, siempre y cuando se surta el siguiente procedimiento:

1. El liquidador deberá presentar un estudio de la(s) obligación(es) a extinguir ante el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, que demuestre la concurrencia de los siguientes factores:

a) La insuficiencia de activos para cancelar la totalidad de las acreencias de la entidad, sustentada en un plan de pagos elaborado de acuerdo con la prelación de créditos y en los estados financieros correspondientes al último corte de ejercicio, siempre y cuando este corresponda a los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación del estudio. En caso contrario, este se deberá adelantar con base en los estados financieros intermedios más recientes. La insuficiencia de activos deberá ser certificada por el Liquidador y el Revisor Fiscal o Contralor;

b) Que la extinción de la(s) obligación(es) por este concepto, produciría alguno de los siguientes efectos: Se evitaría la destinación total o parcial de recursos provenientes del Presupuesto Nacional o del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para cubrir necesidades de la liquidación, los dineros que se girarían por este concepto se verían dismi-

* Diario Oficial 45.259 del 25 de julio de 2003, pág. 1.

nudos, o la celeridad en la culminación del proceso de liquidación aumentaría de tal forma que se justifica la decisión.

2. El Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras deberá conceptuar sobre la procedencia de la medida y enviar informe al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, adjuntando el estudio presentado por el liquidador, para someterlo a la consideración del Comité de Conciliación de dicho ministerio. A la sesión en la que se discuta la respectiva extinción podrán ser invitados el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y el Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o sus delegados, quienes participarán con voz pero sin voto.

3. El Comité de Conciliación deberá pronunciarse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de recepción del concepto por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. De ser favorable el pronunciamiento, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, o su delegado, podrá suscribir con el liquidador una convención extintiva de la obligación, en cuyo texto deberá incluirse una cláusula en el sentido que de subsistir recursos, el liquidador de la entidad deberá girar al Tesoro Nacional una suma hasta por el monto equivalente al de la(s) multa(s) extinta(s), con anterioridad a cualquier pago del pasivo interno de la liquidación.

Parágrafo 1º. Para determinar si los activos con que cuenta la liquidación para el pago de las obligaciones son suficientes, sólo podrá tenerse en cuenta las obligaciones ciertas y exigibles al momento de la presentación del estudio, y las obligaciones condicionales y litigiosas respecto de las cuales se haya constituido la respectiva provisión.

Parágrafo 2º. Las entidades involucradas en el procedimiento descrito en el presente artículo, podrán solicitar la información y documentación que estimen necesaria sobre la materia para adelantar adecuadamente su labor.

Parágrafo 3º. En el evento en que se hayan adelantado acciones relacionadas con la(s) multa(s) a extinguir ante la jurisdicción contencioso-administrativa, para la suscripción de la convención extintiva de la obligación se requerirá de una conciliación previa ante el juez competente. En este caso no se requerirá un nuevo pronunciamiento del Comité de Conciliación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 3º. *Archivo del expediente por extinción de la obligación.* Si no se ha iniciado acción alguna contra los actos administrativos relacionados con la multa a extinguir y respecto de los cuales se haya agotado la vía gubernativa, una vez surtido el trámite previsto en el artículo 2º del presente decreto, el liquidador deberá solicitar al Representante Legal de la entidad que haya impuesto la multa o la persona en quien este delegue esta función, la expedición de acto administrativo ordenando el archivo del expediente por extinción de la obligación.

Artículo 4º. *Responsabilidad.* La extinción de las multas previstas en el presente decreto no implica el cese de las actuaciones que se hayan adelantado o adelanten sobre la responsabilidad personal de administradores, funcionarios o el revisor fiscal de la entidad, por los hechos que dieron origen a la expedición de la multa.

Artículo 5º. *Vigencia.* El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

Jurisprudencia

Cobro de créditos a secuestrados

COBRO DE CRÉDITOS A SECUESTRADOS

Corte Constitucional. M. P. Rodrigo Escobar Gil. Sentencia T-520 del 26 de junio de 2003. Expediente T-620041.

Síntesis: *El cobro de créditos a secuestrados viola el principio de solidaridad. Protección estatal a los secuestrados y sus familias. Pago de salarios a secuestrados. Límite de la autonomía privada frente a los derechos de las personas secuestradas. Las entidades bancarias no pueden exigir judicial o extrajudicialmente el pago de las cuotas del préstamo durante el término del secuestro y hasta un año después de la liberación. Cláusulas aceleratorias. Obligación de renegociar los intereses de la deuda.*

«(...)

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.1.1 Legitimación pasiva: la naturaleza jurídica de la actividad financiera

Para saber si hay legitimación pasiva para interponer la acción de tutela contra las entidades privadas demandadas es necesario establecer si prestan un servicio público. Sin embargo, ello requiere una precisión terminológica previa. En primer lugar, la Constitución no hace alusión expresa a la “actividad bancaria” aun cuando esta expresión, utilizada por el apoderado del demandante, corresponde a la clasificación legal y doctrinaria más común. La Carta Política se refiere a la “actividad financiera”, distinguiéndola de las actividades bursátil y aseguradora, sin que ello signifique una clasificación taxativa, ya que también se refiere a

Para saber si hay legitimación pasiva para interponer la acción de tutela contra las entidades privadas demandadas es necesario establecer si prestan un servicio público.

“cualquier otra actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público”. La distinción terminológica usual entre actividad financiera y actividad bancaria supone que la segunda es una especie de la primera, a la cual corresponderían también la actividad bursátil y aseguradora. Sin embargo, como la Constitución trata éstas dos últimas como categorías aparte, la utilización indistinta de las expresiones “actividad bancaria” y “actividad financiera” no supone problemas en el ámbito constitucional. Hecha esta aclaración, pasa esta Sala a establecer la naturaleza jurídica de la actividad financiera.

El artículo 86 de la Constitución establece que la acción de tutela procede, entre otros, frente a las acciones u omisiones de “(...) particulares encargados de la prestación de un **servicio**

público (...), de tal modo que cada persona pueda “(...) reclamar (...) por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados (...)”. En el presente caso, el juez de primera instancia sostiene que los bancos no prestan un servicio público -lo cual no es desvirtuado por la Corte Suprema-. En esa medida, para establecer la procedencia de la presente acción de tutela, es preciso establecer si efectivamente la entidad demandada no presta un servicio público, como lo afirma el Tribunal Superior de Bogotá, y lo avala la Corte Suprema de Justicia.

La clasificación de las actividades que constituyen servicios públicos no es estática. Sin importar si tales actividades las desarrolla el Estado o los particulares, las continuas transformaciones sociales durante el Siglo XX suponen que dicha clasificación deba tener un carácter dinámico. Sin embargo, este dinamismo no significa que la clasificación sea aleatoria. Existe una tendencia a ubicar cada vez más actividades dentro de la categoría de servicio público. La creciente incidencia del mercado sobre la sociedad y el aumento en la complejidad de sus relaciones recíprocas han llevado a que el Estado redefina sus funciones para poder cumplir con sus fines sociales. Por lo tanto, al margen de las posiciones ideológicas respecto de la forma como deben redefinirse las funciones del Estado, es innegable que cada vez son más los sectores económicos y las actividades privadas que tienen incidencia en la posibilidad de realización de los fines estatales.

La incidencia de una mayor cantidad de sectores y actividades económicas sobre la realización de los fines del Estado supone una ampliación del interés público, ante la cual el concepto de servicio público cumple una función de vital importancia. Este concepto permite que el Estado regule tales actividades, otorgándoles a las personas que las ejer-

cen una serie de derechos, facultades y prerrogativas, y permite que a la vez ejerza sobre ellos la vigilancia, inspección y control, necesarios para garantizar el cumplimiento de sus finalidades sociales. En esa medida, el aumento de la complejidad social y la creciente interdependencia entre actividades económicas y finalidades estatales, hacen que cada vez sean más las actividades privadas que interesan al Estado, y a las cuales éste les da un carácter institucional, clasificándolos jurídicamente como servicios públicos.

El Siglo XX se caracterizó por las transformaciones continuas en torno al papel del Estado. A la proliferación de modelos que le atribuían objetivos divergentes se sumó proliferación de modelos que diferían en torno a los mecanismos que éste puede utilizar para lograr unos mismos objetivos. De tal modo, el dilema dejó de ser exclusivamente entre intervención o no intervención, agregándose la discusión en torno a los diversos mecanismos para llevarla a cabo. A su vez, estos modelos suelen yuxtaponerse -aun hoy- al interior de un mismo Estado, siendo más visibles las tendencias generales y los cambios en ellas, que los modelos mismos.

Factores como el cambio en tales tendencias y la rápida evolución tecnológica, han llevado a que sea cada vez menos importante la naturaleza pública o privada del órgano que desarrolla la actividad, para determinar si se está frente a un servicio público. Por el contrario, el ritmo acelerado de estas transformaciones lleva a que adquiera mayor relevancia la función que tiene una determinada actividad en la sociedad, para efecto clasificarla como servicio público. De tal forma, se permite que el Estado logre sus objetivos sociales a través de diversos mecanismos, sin que sus posibilidades de acción queden limitadas a la prestación directa de los servicios públicos.

Acorde con tal realidad, nuestro sistema jurídico ha acogido un criterio predominantemente funcional, como herramienta flexible

El carácter de servicio público no depende de quién desarrolle la actividad, sino de las funciones sociales que ésta cumple.

para establecer cuándo se está frente a un servicio público. Así se evidencia ya en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que ha considerado que el carácter de servicio público no depende de quién desarrolle la actividad, sino de las funciones sociales que ésta cumple. Al respecto, en una decisión de 1970, esa Corporación sostuvo que un servicio público es “(...) toda actividad tendiente a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, **bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas**”¹ (resalta la Sala).

Este mismo criterio ha sido adoptado por el legislador, que ha resaltado su aspecto funcional, con prescindencia del carácter público o privado del órgano que lo presta. En este sentido, el artículo 430 del Código Sustantivo de Trabajo² define de manera general un servicio público como “(...) toda actividad organizada que tienda a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua, de acuerdo con un régimen jurídico especial, **bien que se realice por el Estado directa o indirectamente o por personas privadas**” (resalta la Sala).

Con todo, si bien hoy puede resultar irrelevante quién presta los servicios públicos, de ahí no se desprende que la actividad en sí misma también lo sea. Por el contrario, los servicios públicos están directamente relacionados con la parte dogmática de la Constitución. En particular, estos servicios

constituyen un instrumento necesario para la realización de los valores y principios constitucionales fundamentales, como se desprende del propio texto del artículo 365 de la Carta, que dice que los “servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado”.

En concordancia con lo anterior, la misma Constitución impone al Estado unos deberes en relación con los servicios públicos, y le asigna las funciones necesarias para cumplirlos. En particular, el Estado debe garantizar que los servicios públicos se presten de conformidad con los principios de eficiencia y universalidad, y para ello cuenta con las potestades necesarias para regularlos, controlarlos, y vigilarlos. Así, si bien el propio texto del artículo 365 de la Constitución establece que los “servicios públicos (...) podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, (...) o por particulares”; también dispone que “es deber del Estado asegurar su **prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional**”. Por tal razón, dispone que en “todo caso, el Estado mantendrá la **regulación, el control y la vigilancia** de dichos servicios”.

De la interpretación de la disposición anterior se puede observar la estrecha relación

1 C. S. J. Sala Plena, Sentencia de 18/VIII/70 (M. P. Eustorgio Sarria).

2 Subrogado por el artículo 1º del Decreto 753 de 1946 y continuando con los Decretos 414 y 437 de 1952, el Decreto 1543 de 1955, los Decretos 1593 de 1959 y 1167 de 1963, y más recientemente por las Leyes 31 y 142 de 1992 y por el artículo 4º de la Ley 100 de 1993.

que existe entre el principio de universalidad en materia de servicios públicos y el principio constitucional fundamental de solidaridad (art. 1º). En efecto, la universalidad exige la prestación de los servicios públicos aun cuando ello suponga una mayor carga en cabeza de quienes cumplen dicha función. En principio, corresponde al Estado asumir la posición de garante para que ello sea así. Sin embargo, en la medida en que no es sólo el Estado quien presta los servicios públicos, sino que éste permite la iniciativa privada y la libertad de empresa para que los particulares también lo hagan y se lucren de ello, los particulares también están sujetos por este principio de solidaridad.

Los servicios públicos suponen la existencia de derechos subjetivos en cabeza de los titulares de dichas prestaciones, y en algunos casos, el incumplimiento del deber de solidaridad por parte de los particulares que prestan tales servicios puede constituir una vulneración de sus derechos fundamentales. El valor jurídico - constitucional de estos servicios y sus previsibles repercusiones sobre los derechos fundamentales llevaron al constituyente a incorporar este criterio funcional también en relación con la acción de tutela, extendiendo su procedencia en contra de aquellos particulares cuya actividad constituya un servicio público. En esa medida, independientemente de que se trate de una entidad pública o privada, la tutela procede cuando la entidad preste un servicio público.

En el presente caso interesa establecer si la actividad bancaria es un servicio público. Sin duda, esta actividad cumple una función de vital importancia dentro de un Estado, pues es la forma de canalizar la mayor parte del flujo de capitales en el sector real de la economía. Sólo garantizando el adecuado flujo de capitales en este sector se puede asegurar que las personas tengan acceso al conjunto de bienes y servicios necesarios para vivir y desarrollar sus actividades. En esa medida, la Constitución establece

que la actividad financiera es de interés público y que el gobierno podrá intervenir en ella, conforme a la ley. Su tenor literal es el siguiente:

“Artículo 355. Las actividades financieras (...) y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 **son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.”**

A su vez, el artículo 150, numeral 19, literal d), y el artículo 189 numerales 24 y 25, configuran el esquema de intervención del Estado en la actividad financiera conforme al modelo general de intervención en los servicios públicos, consagrado en el artículo 365 de la Carta. De acuerdo con este esquema, le corresponde al Congreso la regulación general, mientras al Presidente se le atribuyen las facultades de inspección, vigilancia y control; así como la intervención, sobre dicha actividad y sobre las personas que la ejercen. De tal modo, el artículo 150 de la Carta dispone que corresponde al Congreso “dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para (...) regular las actividades financieras (...) y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público”; mientras el artículo 189 establece que “corresponde al Presidente de la República (...) ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financieras (...) y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público” y “ejercer la intervención en las actividades financieras (...) y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley”.

Con todo, la consagración de la actividad financiera como de interés público, y el que su diseño constitucional de regulación corresponda con el modelo general de los servicios públicos consagrado en el artículo 365 de la Carta pueden ser insuficientes para considerarla un servicio público. Aun así, la clasificación de la actividad financiera como un servicio público se encuentra bastante arraigada en el ámbito colombiano. Nuestro ordenamiento jurídico positivo clasificó la actividad financiera como un servicio público desde 1959 a partir de un criterio funcional, con independencia del carácter público o privado del órgano que la llevara a cabo. En efecto, el artículo 1º del Decreto 1593 de ese año, estableció: “Decláranse de servicio público las actividades de la industria bancaria, ya sean realizadas por el Estado, directa o indirectamente o por los particulares”.

Así, a pesar de que este artículo se encuentra actualmente derogado por el artículo 3º de la Ley 48 de 1968, su pérdida de vigencia no incide sobre el carácter de servicio público de la actividad financiera. De hecho, la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema ha reconocido la calidad de servicio público que tiene la actividad financiera, sin importar el carácter público o privado del órgano que la lleve a cabo, aun después de la pérdida de vigencia del artículo 1º del mencionado Decreto.

Ha dicho la Corte Suprema al respecto:³

“La actividad bancaria, tanto la oficial como la privada, es una actividad de servicio público. A falta de una definición legal, ha dicho la Corte, se debe estar a la doctrina, a la jurisprudencia y a los preceptos del derecho positivo relacionados con la materia. Para la doctrina y la jurisprudencia, servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según las ordenaciones del derecho público, bien sea que su prestación esté a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples

personas privadas. Noción de igual contenido trae el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo” C. S. J. Sala Plena, Sentencia de 6/VI/72.

Así mismo, en un pronunciamiento aun más reciente, que ha sido reiterado en múltiples oportunidades, dicha Corte sostuvo:

“También se catalogaron como actividades de servicio público la de la industria bancaria; la de la banca central, adjetivada adicionalmente de esencial; la de los servicios públicos domiciliarios, y la de seguridad social en salud y en pensiones en cuanto estén vinculadas con el reconocimiento y su pago, también señaladas como esenciales.” C. S. J. Cas. Lab. Sentencia de 15/VII/97 (M. P. Fernando Vázquez Botero).

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación se ha manifestado sistemáticamente en este mismo sentido.⁴ En la Sentencia T-443/92 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), la Corte se pronunció sobre un caso en que el Ministerio de Trabajo había expedido unas resoluciones que impedían el ejercicio de huelga en las entidades bancarias, con fundamento en la facultad provisional de la administración para hacerlo, hasta tanto existiera una definición legal en torno al carácter esencial del servicio público de banca. Un juez había ordenado suspender provisionalmente dichas resoluciones; sin embargo, la Corte sostuvo que la actividad bancaria constituye un servicio público, no sólo porque cuenta con los atributos propios de dicha actividad, también porque así ha sido clasificada por el derecho positivo, y porque este carácter ha sido reconocido sistemáticamente por la jurisprudencia. Por tales motivos, con fundamento en el carácter de servicio público de la actividad finan-

3 Véase también C. S. J. Sentencia de 12/VI/69 (M. P. Hernán Toro Agudelo).

4 También la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido el carácter de servicio público de la actividad financiera. Véase C. E. Sec. 4. Sentencia de 7/VII/89 (C. P. Consuelo Sarria Olcos).

ciera, ordenó levantar la suspensión de las resoluciones expedidas por el Ministerio de Trabajo.

Así mismo, en la Sentencia de unificación SU-157/99 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), la Corte se refirió al carácter de servicio público de la actividad bancaria, y con fundamento en dicha consideración aceptó la procedencia formal de la acción de tutela contra diversas entidades bancarias. Al respecto sostuvo:

“Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente, por lo que la Corte Constitucional entra a conocer de fondo el asunto sub iudice.” (F. J. No. 5).

En virtud de lo anterior, no les asiste razón a los jueces de instancia -la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y de la Corte Suprema de Justicia-, quienes afirmaron que la actividad financiera (o bancaria) no constituye un servicio público, en contra de lo dispuesto por el ordenamiento positivo y por la jurisprudencia reiterada de todas las altas cortes del país. Por lo tanto, en relación con la legitimación por pasiva, la tutela en contra del Banco (...) y del Banco (...) resulta procedente.

(...)

2.2.1 Subsidiariedad de la acción de tutela y el alcance del artículo 784 del Código de Comercio.

Si bien los títulos valores son instrumentos que sirven para garantizar el cumplimiento

(...) las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente.

de obligaciones, consagrándolas en documentos donde consten de manera clara, expresa y exigible, y ello supone un cierto nivel de desprendimiento del negocio que le dio origen, el título no se desprende por completo del negocio subyacente. En efecto, aun

cuando el encabezado del artículo 784 del Código de Comercio establece que a la acción cambiaria sólo pueden oponerse las excepciones contempladas en dicho artículo, el numeral 12 incluye “las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio (...)” De tal modo, en la acción cambiaria el deudor puede oponer las causales de justificación del incumplimiento de las obligaciones del negocio subyacente frente a la pretensión del demandante, siempre que éste haya sido parte del mismo. Aun más, el demandado tiene la posibilidad de oponer tales excepciones extracartulares incluso cuando el demandante tenedor del título no fue parte en el negocio de origen. En efecto, el mismo numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio permite oponer dichas excepciones “contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa”.

En el presente caso, el apoderado del demandante alega que el secuestro fue una circunstancia imprevisible e irresistible, que le impidió a éste cumplir con sus obligaciones comerciales, y en esa medida, considera que es constitutiva de fuerza mayor. En principio, no le corresponde a esta Corporación establecer si el secuestro es una circunstancia de fuerza mayor susceptible de alegarse dentro del proceso ejecutivo, pues se trata de un problema de interpretación legal que compete a la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, este problema de interpretación legal adquiere relevancia constitucional en esta oportunidad, pues de ahí se desprende si el demandante contaba con otro medio de defensa judicial, caso en el cual la tutela resulta improcedente. Por lo tanto, entra la Corte a hacer una breve referencia sobre el fenómeno del secuestro como causal de fuerza mayor que exime de responsabilidad al deudor dentro de un proceso ejecutivo.

En la legislación comercial no se establecen explícitamente las consecuencias jurídicas de

la fuerza mayor y el caso fortuito. Sin embargo, según el artículo 2° del Código de Comercio, las reglas de la legislación civil deben aplicarse a las cuestiones comerciales cuando la legislación mercantil no pueda aplicarse. Así mismo, en materia de obligaciones, el artículo 822 establece que “los principios que gobiernan la formación de actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.” A su vez, conforme a la legislación civil; en particular en lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 1604 del Código Civil, “el deudor no es responsable del caso fortuito”; figura que, para efectos del presente caso debe entenderse como expresión sinónima a la fuerza mayor. En ese orden de ideas, la fuerza mayor y el caso fortuito, como causales de exoneración de obligaciones propias de los contratos que dieron origen al título valor, también pueden alegarse dentro de la excepción genérica contenida en el numeral 12 del artículo 784 del Código de Comercio. No resulta acertado afirmar que no puede alegarse el secuestro como circunstancia de fuerza mayor dentro de las excepciones a la acción cambiaria. Desde esta perspectiva, no puede alegarse que el demandado carezca de posibilidades de defensa dentro del proceso ejecutivo, y que por esa sola circunstancia la tutela resulte procedente.

Sin embargo, aun a pesar de que pueda alegarse el secuestro como circunstancia de fuerza mayor dentro del proceso ejecutivo, de ahí no se desprende que el demandado tenga las mismas oportunidades procesales para su defensa que las que tiene en la acción de tutela. Del mismo modo, de la procedencia formal del secuestro dentro de la excepción consagrada en el artículo 784.12 C. Co. tampoco puede concluirse que el proceso ejecutivo provea una protección integral de los derechos fundamentales del demandado que lo alega. Por lo tanto, pasa

la Corte a analizar qué oportunidades procesales provee al demandado la legislación civil y cuál es el alcance de la protección que le otorga el proceso ejecutivo a los derechos fundamentales del demandante.

2.2.2 Análisis comparativo de la eficacia del proceso ejecutivo frente a la tutela en el presente caso.

De acuerdo con la posición sostenida por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia y con la doctrina especializada, ninguna circunstancia definida a priori -v.gr. el secuestro- es susceptible de calificarse genéricamente como constitutiva de fuerza mayor.⁵ En efecto, desde una perspectiva analítica no podría afirmarse que un hecho -genéricamente definido- sea per se imprevisible, imprevisible e irresistible, al margen de las circunstancias específicas en que se encontraba el deudor cuando el hecho ocurrió. Desde esa perspectiva, el juicio sobre la imprevisibilidad y la irresistibilidad supone que el juez examine la posición en que se encuentra el deudor en relación con el hecho en sí, y no sólo la ocurrencia objetiva del hecho. En el ámbito civil ordinario esta perspectiva resulta razonable, pues impide que el deudor alegue hechos que realmente no han afectado las posibilidades de cumplir sus obligaciones. Por supuesto, ello significa que en cada caso el deudor debe demostrar que la ocurrencia del hecho constituye una circunstancia de fuerza mayor; esto es, que el hecho fue imprevisible, imprevisible e irresistible, y que le impidió el cumplimiento de sus obligaciones.

En términos abstractos resulta razonable y proporcional imponer la carga de probar que el hecho era imprevisible, imprevisible e irresistible, y que hubo una relación causal con el incumplimiento, como condiciones probatorias para eximir al deudor de responsabilidad en materia civil. Sin embargo, en el caso del secuestro esta carga probatoria resultaría demasiado onerosa. Imponerle a un deudor que ha sido secuestrado la

carga de probar que en su caso el secuestro era una circunstancia imprevisible, imprevisible e irresistible, conforme a los cánones probatorios ordinarios resulta irrazonable y desproporcionado, por diversas razones.

En primer lugar, porque aun cuando en algunas ocasiones las personas llegan a resistir un secuestro asumiendo el riesgo para sus vidas y las de los demás, esta opción personal no puede llevarse a cabo sin poner en juego el bien jurídico de la vida, y como lo ha reiterado esta Corporación, el ordenamiento jurídico no puede obligar a las personas a elegir entre estas dos alternativas.⁶ En segundo lugar, porque aun cuando en algunos casos la existencia de amenazas previas puede constituir un indicio de la previsibilidad del secuestro, el grado de afectación personal que significa este delito para las víctimas lleva a suponer que de saber cómo y cuándo se va a efectuar, la persona tomaría todas las precauciones necesarias para evitarlo.

Con todo, podría alegarse que el deber de cuidado de una persona amenazada de secuestro lo obliga a dejarlo todo para evitar su ocurrencia. Sin embargo, esta exigencia tampoco resulta admisible desde el punto de vista constitucional, pues implicaría desplazar el deber del Estado de garantizar la seguridad de las personas en cabeza de ellas mismas.⁷ En esa medida, imponer a los individuos amenazados la obligación de abandonar sus actividades vitales para prevenir el secuestro también resulta desproporcionado e irrazonable; y además resulta contradictorio desde una perspectiva económica, si lo que pretende es que las personas cumplan sus obligaciones pecuniarias, legales o

5 En este sentido véase C. S. J. Sala de Casación Civil, Sentencia de oct. 7 de 1993 (M. P. Rafael Romero Sierra)

6 Véase en este sentido la Sentencia C-542/93.

7 Véase en este sentido la Sentencia C-251/02 (M. Ps. Clara Inés Vargas Hernández y Eduardo Montealegre Lynett) F. Js. 17, 18.

contractuales. En relación con este punto, la Corte ha sostenido que no puede entenderse la Carta Política a partir de las instituciones propias del derecho civil, y en particular, que no puede asumirse que el secuestro es previsible, por el hecho de ser de “posible ocurrencia”. En un caso en que se trataba de determinar qué derechos asistían a la familia de un senador secuestrado, la Corte dijo sobre este punto:

“Debe entonces recordarse, que no es con los criterios del Código Civil como ha de interpretarse la Constitución, norma de normas. En este caso en concreto, escapa a los criterios de razonabilidad el sostener que el secuestro, al ser un hecho de “posible ocurrencia” deba ser totalmente previsible. Por el contrario, partiendo del presupuesto de que es el Estado quien debe “proteger a todas las personas residentes en Colombia en su honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” (art. 2º C. N.) el secuestro es un fenómeno tan irresistible como imprevisible.” Sentencia T-1337/01 (M. P. Rodrigo Uprimny Yepes).

En ese orden de ideas, resulta irrazonable someter a las personas que han sido secuestradas al deber probatorio, propio del derecho ordinario, de demostrar la imprevisibilidad e irresistibilidad de su secuestro, así como su relación causal con el incumplimiento. Ello significaría, en la práctica, la ineficacia del proceso de la justicia ordinaria -en este caso el proceso ejecutivo-, como medio de defensa judicial, por la imposibilidad fáctica de cumplir con las exigencias propias del estándar probatorio impuesto. Por lo tanto, no puede un juez afirmar que la tutela en estos casos resulta improcedente por existir otro medio de defensa judicial.

Dentro de tal orden de ideas, la Corte ha sostenido que el secuestro constituye una circunstancia de fuerza mayor, lo cual ha sido reconocido en múltiples decisiones por la jurisprudencia constitucional.⁸ Para fundamentar que el secuestro constituye una circunstancia de fuerza mayor eximente de las obligaciones contractuales en materia la-

boral, la Corte, en la primera sentencia sobre el tema, afirmó:

“Por ello, si el trabajador no ha incumplido sus obligaciones laborales ni ha abandonado por su culpa el trabajo, sino que por el contrario, en virtud del secuestro de que ha sido objeto, se ha visto forzado a interrumpir la prestación de sus servicios, no puede concluirse que una persona colocada en dicha situación no tenga derecho a percibir su salario en cabeza de sus beneficiarios, razón por la cual queda plenamente justificada la procedencia de la solicitud de amparo para la protección inmediata de los derechos de la accionante y de su hija menor, quienes dependen económicamente del empleado, consistente en percibir los salarios y prestaciones correspondientes a éste y que constituyen el medio para subvenir a sus necesidades vitales.

Es pues, la noción de fuerza mayor la que debe aplicarse en este asunto, pues a causa de la misma se produjo la interrupción del servicio por

(...) resulta irrazonable someter a las personas que han sido secuestradas al deber probatorio, propio del derecho ordinario, de demostrar la imprevisibilidad e irresistibilidad de su secuestro, así como su relación causal con el incumplimiento.

⁸ Además de la sentencia citada infra, véanse en este sentido las Sentencias T-158/96 y T-292/98, T-637/99, T-1634/00, T-1699/00, T-105/01 y T-093/03.

parte de quien estaba en pleno ejercicio de sus actividades laborales.

Lo anterior resulta pertinente, por cuanto en el proceso se encuentra acreditado plenamente que la desaparición del servidor público no fue voluntaria sino que se produjo como consecuencia del acto delincucional forzado (...)” T-015/95 (M. P. Hernando Herrera Vergara).

Con fundamento en la calificación del secuestro como una circunstancia de fuerza mayor -que le impide al trabajador cumplir las obligaciones propias del contrato laboral-, esta Corporación ha establecido que el empleador tiene la obligación de pagarle los salarios a la familia de un trabajador secuestrado durante un término de dos años a partir de la ocurrencia de tal circunstancia, la cual ha sido ampliada conforme a lo establecido por esta Corporación en la Sentencia C-400/03 (M. P. Jaime Córdoba Triviño). Con todo, la calificación genérica del secuestro como una circunstancia de fuerza mayor no significa que las familias de las personas secuestradas queden exentas de toda carga probatoria, y que la simple desaparición de una persona sea fundamento suficiente para recibir su salario por vía de tutela. En tales casos, la jurisprudencia ha sostenido que de todos modos los familiares deben probar

que efectivamente la causa de la desaparición es el secuestro.⁹

Así, en virtud de todo lo anterior, concluye la Corte que la presente acción de tutela es

procedente, y pasa a analizar la materia de fondo objeto de la decisión.

3. Materia objeto de la decisión

Según consta en el expediente, el demandante en tutela suscribió varios pagarés en favor de los bancos demandados para garantizar el pago de las obligaciones derivadas de los contratos de mutuo suscritos con las entidades bancarias demandadas. Dentro de los pagarés suscritos por el demandante constan sendas cláusulas aceleratorias que serían efectivas en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales.¹⁰ El demandante de tutela no efectuó los pagos mensuales de los contratos de mutuo y los bancos proce-

dieron a presentar demandas ejecutivas, exigiéndole la totalidad de los saldos

Con fundamento en la calificación del secuestro como una circunstancia de fuerza mayor -que le impide al trabajador cumplir las obligaciones propias del contrato laboral-, esta Corporación ha establecido que el empleador tiene la obligación de pagarle los salarios a la familia de un trabajador secuestrado durante un término de dos años a partir de la ocurrencia de tal circunstancia.

⁹ Véanse en este sentido, las Sentencias T-158/96, T-292/98 y T-201/99.

¹⁰ Banco (...): Pagaré (...)Cláusula Tercera; Banco de (...): Pagarés Nos. (...).

insolutos, en virtud de las cláusulas aceleratorias pactadas, incluyendo además, los intereses moratorios hasta tanto las obligaciones hayan sido canceladas.

Por su parte, el demandante sostiene que el retraso en el pago se debe al secuestro, y que hasta el momento en que éste ocurrió, se encontraba al día con sus obligaciones. Adicionalmente, aduce que su familia tuvo que endeudarse para pagar el rescate de los secuestradores, que cuando su cuñado se disponía a pagar, también él fue secuestrado, y que todos estos hechos han afectado su salud y la de su familia. En esa medida, proceder al cobro judicial de las deudas, como lo hicieron las dos entidades bancarias demandadas, constituye una amenaza de sus derechos fundamentales. En particular, estima que han sido amenazados y/o vulnerados sus derechos a la protección del Estado, a la solidaridad -pues desconocieron las consecuencias del secuestro sobre su libertad personal, su dignidad y su salud- y a la igualdad.

Por lo tanto, corresponde a esta Corporación establecer si la decisión de las entidades bancarias de iniciar procesos ejecutivos en contra de una persona que ha sido secuestrada amenaza o vulnera sus derechos fundamentales. En tal caso, la Corte debe determinar cuál es la medida que se debe adoptar en este caso, especificando si resulta procedente ordenar la refinanciación del crédito.

3.1 Planteamiento del problema jurídico

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema jurídico que le corresponde resolver a esta Corporación se puede plantear de la siguiente manera: ¿se vulneran los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad cuando una entidad bancaria exige el pago a un deudor secuestrado y posteriormente liberado, sin considerar los efectos que tuvo su secuestro sobre sus posibilidades de cumplir?

La presunta afectación de tales derechos proviene de exigirle a una persona el cumplimiento de una obligación civil, desconociendo el deber de solidaridad hacia una circunstancia de la cual los demandados no fueron autores. Por lo tanto, es necesario que esta Corte se pronuncie sobre la forma como puede verse afectado un derecho fundamental por la omisión de un deber constitucional. Específicamente, por el incumplimiento del deber de solidaridad.

3.2 Afectación de un derecho fundamental por incumplimiento del deber de solidaridad frente a personas en circunstancia de debilidad manifiesta.

Existen diversos mecanismos para establecer si el Estado o un particular están afectando un derecho fundamental. El más sencillo consiste en establecer si la conducta del Estado o de un particular desencadena una serie de consecuencias que afectan uno o más bienes jurídicos que hacen parte del ámbito protegido por un derecho fundamental. En este evento, el juez debe constatar, simplemente, si la acción del Estado o del particular determinó directamente la afectación del bien jurídico protegido. Sin embargo, constatar la violación de un derecho fundamental no siempre resulta tan sencillo. La afectación de los derechos fundamentales no siempre supone una relación causal inmediata y mecánica entre la conducta de un agente y la producción de una consecuencia nociva para los derechos fundamentales.

En el presente caso, es evidente que la causa inmediata de la afectación -el secuestro- no es producto de la acción de los bancos, ni de los jueces, ni de alguna de las partes demandadas. Sin embargo, ello no significa que el respeto de los derechos fundamentales no les imponga prima facie determinados patrones de conducta, cuyo incumplimiento termine agravando la situación de las personas que -por motivos ajenos a ellos- se encuentran en circunstancias de debilidad manifies-

ta. Un ejemplo de esta forma de afectar un derecho fundamental sería el caso de un trabajador que padece una limitación o dolencia física, a quien su empleador le ordena realizar tareas que agravan su situación de salud. En este caso, el empleador no es el causante de la dolencia o limitación física del trabajador. Aun más, éste puede estar dando sus órdenes dentro del ejercicio ordinario de su facultad subordinante, en igualdad de condiciones con respecto a los demás trabajadores. Sin embargo, a pesar de que la conducta del empleador no haya causado la limitación física, y que sus órdenes correspondan al ejercicio de un derecho, éstas pueden afectar gravemente la salud del trabajador.

Un caso semejante fue analizado por esta Sala de Revisión de tutelas en la Sentencia T-1040 de 2001. Se trataba de una trabajadora de una cadena de supermercados que sufría de una enfermedad en una pierna. Su empleador no tuvo suficiente consideración para con su estado de salud, y además de darle órdenes que afectaban su condición, la trasladó de puesto de trabajo varias veces, hasta que finalmente la despidió sin justa causa, pagándole la respectiva indemnización.

Visto desde un punto de vista formal, el empleador simplemente había ejercido diversas prerrogativas consagradas en el ordenamiento jurídico, como su facultad de subordinación, el *ius variandi* y su facultad de despido. Por otra parte, en este caso resultaba excesivamente difícil constatar científicamente una relación causal entre la agravación de la salud de la demandante y sus condiciones de trabajo. Sin embargo, a pesar de la dificultad probatoria inherente al caso, y a pesar de que el empleador estaba ejerciendo sus derechos, había omitido su deber de tener en consideración las recomendaciones médico laborales que le habían sido hechas a la demandante. Por tal motivo, la Corte ordenó a la empresa demandada reintegrar a la demandante a un puesto de tra-

bajo acorde con su condición de salud. En aquella oportunidad, esta Sala sostuvo:

“En el presente caso, la empresa demandada cambió varias veces las condiciones de trabajo de la demandante, encargándole labores de mensajería u otras, que requerían que realizara ejercicios médicamente contraindicados (...). No corresponde a esta Corporación determinar la responsabilidad contractual pecuniaria de la empresa demandada en la afectación del estado de salud de la demandante. Sin embargo, resulta evidente que ésta **no tuvo en cuenta la situación particular de la demandante para efectos de asignarle funciones que pudiera realizar, (...).** En esa medida, para esta Corte, la empresa demandada se excedió en el ejercicio de la facultad patronal de subordinación y con ello vulneró el derecho al trabajo en condiciones dignas de la demandante, al impartirle órdenes que iban en detrimento de su salud.” Sentencia T-1040/01 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

De lo anterior es necesario extraer dos conclusiones. En primer lugar, que la afectación de los derechos fundamentales no siempre se identifica con la causa de la circunstancia de debilidad de la persona. Por el contrario, la afectación puede provenir del incumplimiento de un deber exigible de terceros, independientemente de su participación en los hechos que originaron la circunstancia de debilidad. En tales casos, si el destinatario del deber lo incumple, estará vulnerando *prima facie* los derechos fundamentales, al margen de la responsabilidad que le incumba al causante de la circunstancia de debilidad. En segundo lugar, debe concluirse que el tercero puede estar afectando los derechos fundamentales de la persona en circunstancia de debilidad, aun cuando el incumplimiento de su deber corresponda al ejercicio de un derecho o de una libertad protegida por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el solo incumplimiento de un deber frente a una persona en circunstancia de debilidad no implica una afectación de un derecho fundamental. Para que ello sea así, es necesario que el destinatario del deber

se encuentre en la posibilidad jurídica y fáctica de darle cumplimiento. En efecto, los derechos fundamentales no siempre exigen de los terceros los mismos deberes. En particular, porque estos terceros no se encuentran, fáctica y jurídicamente, en la misma posición para asumir las cargas que tales deberes les imponen. En esa medida, el juez constitucional está llamado a considerar la posición de estos terceros, estableciendo su posibilidad fáctica de asumir tales cargas, y los intereses que pretenden proteger mediante su conducta. Una vez hecho esto, debe entrar a determinar si los intereses del tercero son razonables, si su conducta es adecuada y necesaria, y si los efectos que ésta tiene sobre los derechos fundamentales del afectado son proporcionales, habida cuenta de las circunstancias específicas en que éste último se encuentra.

En el presente caso, el apoderado del demandante considera que al exigir el cumplimiento anticipado de la totalidad del monto de los contratos de mutuo, las entidades bancarias ha afectado su derecho a la solidaridad. Si bien la solidaridad no puede considerarse técnicamente como un derecho fundamental, sí constituye un principio fundamental (C. N. art. 1º) y un deber de las personas (C. N. art. 95.2), que tiene una estrecha relación con el derecho a la igualdad (C. N. art. 13). Por lo tanto, corresponde a esta Corte establecer cuál es el fundamento que permite exigir el cumplimiento de un deber de solidaridad frente a las personas que han sido secuestradas, determinando si se trata de un grupo social en circunstancia de debilidad manifiesta.

3.3 Fundamento del deber de solidaridad frente a las personas que han sido secuestradas.

3.3.1 La imposición excepcional de deberes constitucionales por vía de tutela.

La existencia de los deberes constitucionales, en particular el de solidaridad, está di-

rectamente relacionada con la transformación que supone el paso de un Estado liberal burgués a un Estado social de Derecho, en una sociedad contemporánea. El Estado liberal burgués concibe al individuo como un sujeto al margen de las estructuras del poder, que en ese modelo están personificadas principalmente por el Estado. Por lo tanto, los derechos individuales y la separación de poderes constituyen mecanismos de protección suficientes frente a la acción del Estado. Sin embargo, la visión psicológica de las libertades en el modelo liberal burgués le resta valor a ciertos elementos de la relación del individuo con su contexto social. Al restarle valor a estos elementos, reduce las herramientas de transformación social de las que dispone el Estado, en aspectos que otros modelos de Estado consideran importantes para garantizar la continuidad de la vida en comunidad. Estos otros modelos conciben al individuo también a partir del rol que ocupa en las estructuras sociales dentro de las cuales se desenvuelve cotidianamente. De acuerdo con ellos, al individuo corresponden ciertos deberes, que varían dependiendo de la valoración que se haga de las estructuras a las cuales pertenece, y que se canalizan de distintas maneras, dependiendo de los papeles que se asignen al Estado y a la sociedad.

Dentro de este contexto, el Estado social no pretende la transformación radical de las estructuras sociales, sino la corrección sistemática de sus consecuencias más graves, y la promoción de sus efectos deseables. Así mismo, el Estado social permite la interacción de los agentes sociales, sin querer determinar sus relaciones por intermedio del Estado. Por el contrario, permite su libre juego, dentro de un marco que garantice la convivencia social presente y futura, tomando la dignidad humana como elemento indispensable para la continuidad de cualquier comunidad política. En ese orden de ideas, puede afirmarse que los deberes constitucionales son instrumentos jurídicos que garantizan que los particulares cumplan

sus funciones dentro de la sociedad para lograr determinados objetivos constitucionales, sin necesidad de estructurar las relaciones entre los agentes sociales a través del Estado.

El carácter jurídico de estos deberes supone su exigibilidad. En efecto, dentro del Estado liberal, estos deberes se consideraban de naturaleza cívica o moral, y por lo tanto no era posible exigirlos jurídicamente. Sin embargo, la incidencia cada vez más fuerte de las actividades privadas en la realización de los objetivos constitucionales dentro de la sociedad contemporánea, hacen necesario que el Estado cuente con las herramientas suficientes para afrontar los crecientes desafíos que supone el deber de asegurar la cohesión social.

A pesar del valor normativo de los deberes constitucionales, y de su importancia práctica para la realización de los valores del Estado social, la forma tan general como fueron consagrados en el texto de la Carta hace que sea necesario concretar su contenido y alcance para poderlos aplicar. Surge entonces el interrogante de cuál es el órgano competente para concretar el contenido y alcance de los deberes constitucionales. Para responder a este interrogante es necesario tener en cuenta que al exigirle a los particulares el cumplimiento de determinados deberes se les están imponiendo cargas que implican la restricción de sus

libertades individuales. En esa medida, resulta indispensable encuadrar el carácter social del Estado dentro del marco jurídico propio de un Estado de derecho. De tal forma se puede controlar la actuación de las autoridades, impidiendo que restrinjan caprichosamente las libertades individuales. Por lo tanto, corresponde en principio al legislador establecer tanto el contenido y alcance de los deberes constitucionales de los particulares, como las sanciones que pueden imponerse por su incumplimiento. Así lo ha entendido esta Corporación, que al respecto ha dicho:

“3. Los deberes constitucionales son aquellas conductas o comportamientos de carácter público, exigibles por la ley a la persona o al ciudadano, que imponen prestaciones físicas o económicas y que afectan, en consecuencia, la esfera de su libertad personal. **Las restricciones a la libertad general sólo pueden estar motivadas por fundadas razones que determine el Legislador.** En este sentido, los deberes consagrados en la Constitución comprenden una habilitación al Legislador para desarrollar y concretar la sanción por el incumplimiento de los parámetros básicos de conducta social fijados por el Constituyente.” (resaltado fuera de texto) Sentencia T-125/94 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Así mismo, en una oportunidad más reciente, la Corte dispuso que la exigibilidad de un deber requiere la existencia de una ley que precise su alcance, que defina las obligaciones específicas que de él se derivan, y que

(...) los deberes constitucionales son instrumentos jurídicos que garantizan que los particulares cumplan sus funciones dentro de la sociedad para lograr determinados objetivos constitucionales, sin necesidad de estructurar las relaciones entre los agentes sociales a través del Estado.

establezca las sanciones por su incumplimiento,¹¹ mientras en otra decisión reciente recalcó que una ley que imponga un deber a los particulares no puede limitarse a repetir el texto constitucional, sino que debe desarrollarlo y concretar su contenido.¹²

Aunque en principio los deberes constitucionales requieren un desarrollo legal que garantice que las autoridades no van a restringir indebidamente las libertades individuales, estos deberes excepcionalmente constituyen un criterio hermenéutico indispensable para la aplicación directa de las cláusulas constitucionales que se refieren a derechos fundamentales. En esa medida, cuando del incumplimiento de un deber consagrado en la Constitución se derive una afectación de un derecho fundamental, estos deberes pueden exigirse directamente por vía de tutela.

Sin embargo, la afectación de un derecho fundamental no es suficiente para que el operador jurídico, en este caso el juez, proceda a aplicar directamente una cláusula constitucional que consagra un deber a un particular. Para ello es necesario además, que dicho deber no haya sido adecuadamente regulado por el legislador.

Esto ocurre cuando la ausencia o insuficiencia en la regulación de un deber constitucional implica una desprotección de los derechos fundamentales de determinado grupo social. Tal excepción se justifica por la necesidad de sustraer los derechos fundamentales de las mayorías políticas ocasionales, para lo cual es indiferente que su afectación provenga de la acción del legislador, o de su inacción. En relación con este aspecto, la Corte se ha pronunciado, diciendo:

“Excepcionalmente, los deberes constitucionales son exigibles directamente. Ello sucede, entre otros eventos, cuando su incumplimiento, por un particular, vulnera o amenaza derechos fundamentales de otra persona, lo que exige la intervención oportuna de los jueces constitucionales para impedir la consumación de un perjuicio

irremediable (C. P. art. 86). En estos casos, al juez de tutela le corresponde evaluar si la acción u omisión, que constituye simultáneamente un incumplimiento de los deberes constitucionales, vulnera o amenaza un derecho fundamental, y si la ley habilita la procedencia de la acción de tutela contra el particular. En caso afirmativo, el juez podrá hacer exigible inmediatamente los deberes consagrados en la Constitución, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales.”

La aplicación judicial directa de la solidaridad resulta particularmente exigible en estos casos. La solidaridad no sólo es un deber constitucional genérico (C. N. art. 95.2), también es un principio fundamental (C. N. art. 1°). Como principio, la solidaridad imprime ciertos parámetros de conducta social a los particulares, que pretenden racionalizar ciertos intercambios sociales. En el Estado Social de Derecho, el principio de solidaridad cumple la función de corregir sistemáticamente algunos de los efectos nocivos que tienen las estructuras sociales y económicas sobre la convivencia política a largo plazo. Por supuesto, la solidaridad, como principio exigible a los particulares, no es un instrumento necesari-

11 En relación con los deberes de solidaridad entre cónyuges, la Corte sostuvo: “Para que un deber constitucional sea exigible de un individuo en un caso concreto se requiere, a diferencia de lo que sucede con los derechos fundamentales que son directamente tutelables, de una decisión previa del legislador consistente en precisar el alcance del deber constitucional, en establecer si de éste se derivan obligaciones específicas y en definir las, así como en señalar las sanciones correspondientes, respetando principios de razonabilidad y proporcionalidad” Sentencia C-246/02. (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

12 Al referirse a la posibilidad de que el ejecutivo dispusiera de un margen amplio de discrecionalidad para reglamentar una ley que simplemente repetía el contenido del artículo 95 de la Constitución, esta Corporación sostuvo: “Esto significa entonces que las leyes que desarrollan los deberes constitucionales no pueden limitarse a repetir lo ya dispuesto en la Carta, sino que deben concretar el deber, en la medida en que lo permita la naturaleza de las cosas, indicando con precisión el alcance de la obligación ciudadana, así como las eventuales sanciones derivadas de su incumplimiento”. Sentencia C-251/02 (M. Ps. Clara Inés Vargas y Eduardo Montealegre Lynett).

rio para garantizar la convivencia política, independientemente del modelo de Estado. Se trata más bien de una construcción histórica, de una herramienta que acogió el Constituyente de 1991, como instrumento normativo consistente con su opción política por el Estado Social de Derecho.

Otros modelos de Estado consideran que la solidaridad es per se una intromisión ilegítima en la esfera privada, y suponen que sólo cuando el Estado garantiza un total libre juego de las fuerzas sociales se puede perpetuar la vida en comunidad. Sin embargo, la dimensión social y no simplemente individual que el Estado Social de Derecho le imprime a libertad, supone la necesidad de garantizarla de manera general y permanente, y ello impone la necesidad de racionalizarla a través del principio de solidaridad. Por lo tanto, como principio fundamental, es susceptible de aplicación judicial inmediata, cuando de ello depende la intangibilidad de los derechos fundamentales. De tal modo, la misma Sentencia antes citada, a continuación establece:

“La solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión. Ella es el **fundamento de la organización política** (C. P. art. 1°); sirve, además, de pauta de comportamiento conforme al que deben obrar las personas en determinadas situaciones y, de otro lado, es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales (C. P. arts. 86 y 95-1).” Sentencia T-125/95 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En virtud de lo anterior, es necesario concluir que el juez de tutela puede exigir el cumplimiento de un deber de solidaridad a un particular, cuando su incumplimiento afecte los derechos fundamentales de una persona que, por ausencia de regulación legal, carece de protección.

Por lo tanto, pasa la Corte a establecer si existe actualmente una protección estatal su-

el juez de tutela puede exigir el cumplimiento de un deber de solidaridad a un particular, cuando su incumplimiento afecte los derechos fundamentales de una persona que, por ausencia de regulación legal, carece de protección.

ficiente para garantizar los derechos fundamentales de los secuestrados y de sus familias.

3.3.2 La protección estatal de los secuestrados y de sus familias: identificación de grupos sociales y riesgos desprotegidos.

Esta Corporación ha desarrollado una línea jurisprudencial encaminada a proteger el núcleo familiar de las personas que se encuentran secuestradas, desde cuando no había en el ordenamiento una disposición de carácter legal que las protegiera. En tales casos, la Corte otorgaba una protección transitoria para permitirles subsistir. Así, en la primera sentencia en que se ocupó del tema, la T-015 de 1995, la Corte ordenó el pago de los salarios de un servidor público secuestrado a su esposa e hija, durante un término de dos años, al cabo del cual, la familia debía iniciar el proceso de declaración de muerte presunta. Podría aducirse que en este caso no resulta aplicable el deber de solidaridad, por cuanto el empleador, obligado al pago de salarios a la familia de la persona secues-

trada, no es un particular sino el Estado. Por lo tanto, el fundamento de la obligación no sería el deber de solidaridad, sino el deber del Estado de velar por los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, para estos efectos es irrelevante que el empleador sea el Estado o un particular, como se evidencia del desarrollo de dicha línea jurisprudencial. En efecto, con posterioridad a la Sentencia T-015/95, se presentaron varios casos en que las familias de varios trabajadores particulares que habían sido secuestrados, reclamaban sus salarios para poder subsistir. Tales casos fueron acumulados y decididos mediante Sentencia T-1634 de 2000. En dicha Sentencia la Corte otorgó la protección solicitada aplicando analógicamente la figura de la suspensión del contrato de trabajo. La aplicación analógica de esta figura tuvo como fundamento la necesidad de preservar los principios de “justicia social y equidad”. En esa medida, la Corte trasladó el riesgo derivado de la imposibilidad de cumplir las obligaciones del contrato al empleador, para equilibrar la subordinación inherente a la relación laboral. Para tal efecto, la Corte se apoyó en una Sentencia que analizó la suspensión del contrato de trabajo.¹³ Esta figura, como desarrollo de la teoría del riesgo en materia laboral, implica que la posición subordinante del empleador le traslada a éste las consecuencias de la fuerza mayor y del caso fortuito. En esta Sentencia, la Corte dijo:

“Para esta circunstancia, el pago se justifica por los principios de justicia social y de equidad que debe mantener toda relación laboral, pero que resultarían afectados en detrimento del trabajador y de su familia.”

Concluyendo más adelante:

“En estas condiciones, atendiendo la teoría del riesgo en materia laboral y que por la naturaleza misma de esta clase de contratos debe tor-

narse aún más exigente, concluye la Corte que la decisión adoptada por la empresa en el sentido de suspender el pago de los salarios (...) resulta lesiva de los derechos fundamentales a la vida, a la subsistencia y a la integridad familiar de quienes dependen económicamente de ellos, debiendo en consecuencia ordenarse su pago a partir del día en que se produjo la desaparición y hasta por un lapso de dos años (...)” Sentencia T-1634/00 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

En esa medida, aunque la Sentencia no hace alusión expresa a la solidaridad como fundamento de la decisión, resulta evidente que la obligación del empleador de cubrir el riesgo del secuestro tiene fundamento en el deber de solidaridad para con la parte débil del contrato.

Con posterioridad a la iniciación de dicha línea jurisprudencial, también el legislador ha diseñado diversos instrumentos de protección para las familias de los trabajadores secuestrados, independientemente de que estos sean trabajadores privados o servidores públicos. Así, el artículo 21 del Decreto 1723 de 1995, disponía:

“Artículo 21. Pago de salario a secuestrados. Cuando se pruebe la ocurrencia de un delito de secuestro, el patrono que tenga a su cargo cincuenta o más empleados, deberá continuar pagando el salario correspondiente al trabajador secuestrado, mientras éste continuare privado de la libertad y hasta pasado un año contado a partir del día en que se retuvo a la persona si no se hubiere comprobado su liberación, rescate o muerte, caso en el cual cesará la obligación del empleador”.

Declarado inexecutable el anterior decreto, se expidió el Decreto Legislativo 2238 de 1995, que en su artículo 23 tenía exactamente el mismo contenido que el artículo transcrito. Este también fue declarado inexecutable, por falta de conexidad con el motivo de la declaratoria del estado de excepción con fundamento en el cual había sido expedido. Al año siguiente, el legislador ordinario, en el artículo 22 de la Ley 282 de 1996, estableció un seguro colectivo para garantizar el pago

13 Se trata de la Sentencia SU-562/99.

de los salarios y demás prestaciones a los familiares de las personas secuestradas, sin importar el carácter público o privado del trabajador. Después de expedido este decreto, se expidió la Ley 589 de 2000, que en el parágrafo 2º de su artículo 10, dispuso la protección de los servidores públicos secuestrados.

Del anterior recuento se observa que hasta el momento, tanto el legislador como la jurisprudencia constitucional han establecido mecanismos de protección en favor de las familias de los trabajadores -públicos y privados- que han sido secuestrados, exigiendo de sus empleadores el cumplimiento de un deber de solidaridad. Sin embargo, esta protección presupone que las personas secuestradas derivan su sustento personal y familiar de su salario, y exige exclusivamente al empleador el cumplimiento de un deber de solidaridad.

Sin embargo, esta protección resulta insuficiente. En primer lugar, porque no cubre a aquellas personas que, independientemente de que tengan un vínculo laboral en el momento del secuestro, no dependen del salario que les entrega un empleador para subsistir. De tal modo, estas personas constituyen un grupo social no amparado por el Estado. En segundo lugar, la protección resulta insuficiente pues tampoco protege al secuestrado y a su familia frente a otros riesgos que enfrentan; básicamente, aquellos riesgos para la readaptación a su vida social, derivados del incumplimiento de obligaciones distintas a las propiamente laborales.

Frente al segundo motivo de insuficiencia de la protección estatal podría alegarse que de todos modos la familia del secuestrado está recibiendo su salario, y que con ello puede cumplir las obligaciones adquiridas, de acuerdo al nivel de ingresos que tenían antes de ocurrir el secuestro. Esto es cierto. Sin embargo, la familia del trabajador sólo recibe el salario durante el término del secuestro, sin consideración de las consecuencias

laborales que pueda acarrearle su estado psicológico durante la etapa posterior a su liberación.

Adicionalmente, esta protección tampoco cubre el riesgo que supone para la situación económica de la familia el pago de un rescate, necesario para preservar la vida del secuestrado. En tales casos, además del riesgo para la estabilidad laboral como consecuencia del estado emocional del secuestrado, él y su familia se ven obligados a cubrir las deudas -presumiblemente altas- que tuvieron que adquirir para no perder la vida. En esa medida, a pesar del pago del salario a la familia durante el tiempo del secuestro, tanto la persona liberada como su familia siguen estando sometidas a una situación bastante precaria, cuyas posibilidades de superación dependen, paradójicamente, de la situación económica y laboral posteriores a su liberación.

En el presente caso el demandante subsiste gracias al desarrollo de una actividad por cuenta propia. En efecto, (...) es el representante legal de la sociedad (...), empresa dedicada a la mecánica automotriz. De tal modo, el demandante y su familia no dependen económicamente de un tercero a quien puedan reclamar el pago de un salario mensual, como contraprestación de una actividad subordinada. En esa medida, se encuentra dentro de un grupo social que no ha sido objeto de protección estatal por parte del Estado.

En efecto, el secuestro del demandante no suponía una circunstancia de riesgo derivada del incumplimiento de sus obligaciones laborales. Por el contrario, suponía un riesgo frente al incumplimiento de sus obligaciones mercantiles. En particular, frente al incumplimiento de los pagos mensuales derivados de los contratos de mutuo que había suscrito con las entidades bancarias demandadas. En su caso particular, este riesgo llevó a que las entidades bancarias exigieran judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones de manera anticipada.

Por otra parte, el demandado fue objeto de un secuestro extorsivo, del cual salió libre gracias al pago de un rescate de quinientos millones de pesos (\$500'000,000). A esto debe sumarse otra circunstancia que agrava aun más sus condiciones de estabilidad económica y emocional. Como se relató en el acápite de hechos de esta Sentencia, su cuñado fue secuestrado cuando canceló la suma que exigían sus deudores para su liberación, y sólo fue liberado tras el posterior pago de la suma de doscientos millones de pesos (\$200'000,000). En esa medida, además de encontrarse en una circunstancia de desprotección por parte del Estado, el demandante y su familia debieron asumir cargas económicas y personales bastante gravosas como consecuencia de su secuestro.

3.3.3 Desprotección, circunstancias de debilidad manifiesta y condiciones de readaptación social de los secuestrados.

Una vez comprobada la situación de desprotección estatal frente a los riesgos derivados del incumplimiento de sus obligaciones mercantiles, es necesario determinar si los secuestrados que han sido liberados deben ser considerados como sujetos de protección especial por parte del Estado. Para ello se debe establecer si las condiciones -económicas y mentales- en que se encuentran estas personas, los ubican en circunstancias de debilidad manifiesta. En ese orden de ideas, corresponde a la Corte indagar cuál es la magnitud de tales riesgos para las posibilidades de readaptación de estas personas en condiciones de igualdad.

Sin embargo, la situación que debe enfrentar cada individuo y su núcleo familiar es distinta. Por lo tanto, esta Sala debe adoptar una posición con fundamento en las tendencias generales que hayan sido observadas en los estudios científicos que se hayan realizado sobre el tema. De tales estudios interesa saber específicamente dos aspectos. En primer lugar, es indispensable considerar qué tan generalizada es la afectación -directa e

indirecta- de la capacidad laboral de las personas que han sido secuestradas y posteriormente liberadas, determinando si se trata de un fenómeno incidental, que no pasa de ser una manifestación aislada, o de una tendencia general. De otra parte, interesa a este propósito establecer cualitativamente, cuál es la incidencia que tienen los aspectos económicos y laborales sobre el proceso de recuperación y adaptación a la vida en sociedad de las personas secuestradas y de sus familias. Por tal motivo, esta Corporación solicitó dos conceptos técnicos a los departamentos de psicología de la Universidad Nacional y de la Fundación País Libre.¹⁴

En relación con la generalidad de la afectación de la capacidad laboral de los secuestrados que han sido liberados, los experticios técnicos solicitados por esta Corporación, coinciden en que uno de los efectos más comunes del secuestro sobre las personas que han sido liberadas es la dificultad de adaptarse nuevamente al medio laboral.¹⁵ Dentro de las manifestaciones más frecuentes están el retraimiento en las relaciones laborales; la conflictividad en las mismas; las recriminaciones hacia las empresas y hacia los

14 La información consignada en el experticio de la Universidad Nacional, está sustentada en la investigación realizada por quien rinde el informe, cuyos resultados fueron publicados en el libro de su autoría Meluk, Emilio; *El secuestro una muerte suspendida*, Ed. Uniandes, Bogotá D. C. (1998). La información consignada en el experticio de la Fundación País Libre proviene de dos fuentes distintas. En primer lugar, del análisis de 61 registros clínicos de tratamiento psicológico con personas que habían sido secuestradas, y en segundo lugar, de la investigación realizada por dicho departamento y financiada por Colciencias en el año 2000. En este último participaron 74 familias que han vivido la experiencia del secuestro, 74 personas que habían sido secuestradas, y 193 familiares. La muestra comprendió 72 familias de estratos socioeconómicos 3, 4, 5 y 6, provenientes de 15 departamentos del país.

15 En el estudio realizado por país libre, el 44.2% de la muestra manifestó dificultades específicamente referidas a la readaptación al medio laboral, y un 50.8%, dificultades generales para readaptarse al medio social. Así mismo, el 57.37% manifestó dificultades en sus relaciones interpersonales.

empleadores; el deseo de obtener ventajas laborales, como la incapacidad por motivos de salud; la desconfianza hacia su grupo de trabajo; y la disminución de la capacidad laboral.¹⁶

En otros casos, además, se produce un tipo de afectación adicional de la situación laboral, frente a la necesidad de cambiar, no sólo de trabajo, sino de ambiente, que en muchos casos los lleva a cambiar el lugar de residencia o a dejar de desplazarse hacia sus lugares habituales de trabajo. En este sentido, los estudios cuentan que las personas liberadas experimentan un alto nivel de temor frente a una nueva experiencia traumática, y a través de su decisión pretenden evitar que ellos o su familia corran nuevos riesgos. Tales cambios de residencia o las restricciones en el desplazamiento implican para estas personas retirarse de su trabajo y buscar otro, con la posibilidad de no encontrarlo o de ubicarse en un trabajo o actividad con menor remuneración.¹⁷

En relación con la adaptación de la persona liberada a su ambiente social, de acuerdo con los dos experticios la gran mayoría de las personas que han sido secuestradas logran recuperarse, dependiendo de circunstancias vividas durante el secuestro, y de las que les corresponda vivir durante la etapa posterior. Dentro de las circunstancias que afectan sus posibilidades de adaptación, propias de la experiencia misma del secuestro, están su duración, el trato recibido de sus captores, y las condiciones de retención. Otras, por el contrario, tienen que ver con las circunstancias vitales del secuestrado después de su liberación. De tal modo, las condiciones de seguridad económicas y laborales que encuentre la persona después de su liberación, inciden sobre el grado de afectación psicológica post- trauma, y por tanto, también sobre sus posibilidades de recuperación.^{18 19}

De lo anterior se tiene entonces, que la afectación de la capacidad laboral -directa e in-

directa- es una situación generalizada entre las personas que han sido secuestradas y posteriormente liberadas. Adicionalmente, puede verse también, que la seguridad en cuanto a la estabilidad económica y laboral son factores que inciden directamente sobre las posibilidades de recuperación del trauma del secuestro y de readaptación a la vida social. En esa medida es necesario concluir que no sólo se trata de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta; además existe una directa correlación entre las condiciones económicas que deban enfrentar después de su liberación, y sus posibilidades de readaptación al medio social.

En el presente caso puede constatar que tanto el demandante y su familia se encontraban psicológicamente afectados durante la etapa posterior al secuestro y por lo tanto, se hallaban en circunstancias de debilidad manifiesta. En efecto, el demandante aporta dos diagnósticos médicos en los cuales se da cuenta de su estado de salud. En uno de ellos, expedido al día siguiente de la liberación, se incapacita al demandante para efectuar cualquier trabajo o actividad, debido a que para ese entonces presentaba un cuadro de crisis ansiosa maníaco depresiva, psicosis maníaco -depresiva y poliparasitismo intestinal (fl. 138). En el otro se establece que el demandante presenta incapacidad emocional, que le impi-

16 En relación con las manifestaciones específicas, véase el informe rendido por el doctor Emilio Meluk, director del departamento de psicología de la Universidad Nacional, respuesta No. 2.

17 El 25% de la muestra manifestó que había sufrido una pérdida en su libertad de movimiento, y un 15.27%, una pérdida de la vida que llevaban.

18 Informe rendido por el departamento de sicología de la Universidad Nacional de Colombia, 1. d).

19 Informe Fundación País Libre. Las estadísticas muestra que el 27.77% de la muestra utilizada reporta pérdidas consistentes en un menor ingreso, y el 12.5%, además reporta deudas adquiridas como consecuencia del secuestro.

de el desarrollo de sus actividades mentales cognitivas y se recomienda continuar en terapia psicológica (fls. 154-155).

Una vez establecido que las personas que han sido secuestradas se encuentran particularmente expuestas a las condiciones económicas que deben enfrentar después de su liberación, que de estas condiciones dependen sus posibilidades de readaptación social, y que en el caso concreto está comprobada la afectación psicológica del demandante -y de su familia-, entra la Corte a establecer la exigibilidad del deber de solidaridad a los particulares, cuando ello es necesario para proteger sus derechos fundamentales.

3.3.4 Exigibilidad del deber de solidaridad a los particulares, cuando sea necesario para proteger los derechos fundamentales.

Tanto el derecho al libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16 de la Carta como la cláusula general de libertad del artículo 28 de la Constitución, implican la facultad individual de optar por un modelo de realización personal, sin más restricciones que las que imponen el respeto de los derechos de los demás, y el ordenamiento jurídico. A su vez, las disposiciones que consagran estos derechos están directamente relacionadas con el valor fundamental de la dignidad humana, como capacidad de todo ser moral para elegir responsablemente su propio plan de vida, conforme a sus propias valoraciones.

Ello supone un deber de las personas y del Estado de abstenerse de incurrir en conductas que incidan sobre el ejercicio responsable de la libertad individual. En esa medida, cabe preguntarse si corresponde a los particulares únicamente un deber negativo, exigible por igual respecto de todas las personas, o pueden exigirse deberes especiales hacia determinadas personas en razón de sus circunstancias vitales.

Esta Corporación ha establecido que aun las entidades privadas deben permitir que las personas con menos capacidades para el ejercicio de sus libertades individuales tengan un acceso efectivo a ellas. La Corte ha señalado que también los particulares deben contribuir a remover las barreras que impongan cargas excesivas a ciertos individuos, para que todas las personas puedan ejercer sus derechos, permitiendo la integración social de todos los colombianos. En esa medida, los particulares, al igual que el Estado, tienen deberes de prestación, y no sólo deberes generales de abstención.

La Corte ha señalado que también los particulares deben contribuir a remover las barreras que impongan cargas excesivas a ciertos individuos, para que todas las personas puedan ejercer sus derechos, permitiendo la integración social de todos los colombianos.

El respeto por las libertades individuales les exige a los particulares deberes especiales hacia determinadas personas, que incluso suponen prestaciones específicas hacia ellas. Así, en un caso en el cual una persona discapacitada reclamaba facilidades de acceso al sistema de transporte, acordes con su condición física, la Corte resaltó la dimensión positiva -prestacional- de la libertad de circulación, para exigir a la empresa

transportadora -un particular- adoptar un plan de integración de las personas discapacitadas al sistema de servicio público de transporte que estaba desarrollando. En torno al carácter prestacional de la libertad de circulación, como condición necesaria para su ejercicio positivo, la Corte sostuvo el siguiente criterio:

“La libertad de locomoción suele ser considerada un derecho de dimensión negativa o defensiva, por cuanto se ha entendido que su función consiste en ser un límite al ejercicio del poder del Estado en defensa de la libertad del individuo. El creer que su goce efectivo implica únicamente el freno a las acciones del Estado o requiere tan sólo la inacción estatal ha llevado a suponer que las libertades suelen ser garantías que no comprometen gasto público. No comparte esta Sala de Revisión esta tesis. **Casos como el que se estudia en esta sentencia, evidencian que derechos fundamentales llamados de libertad, como el de locomoción, pueden tener una faceta positiva y de orden prestacional.**”

Agregando más adelante que la asociación excluyente que suele hacerse entre libertades individuales y prestaciones es empíricamente insostenible, pues el ejercicio de las libertades individuales exigen grandes erogaciones. Al respecto, la misma Sentencia sostiene:

“En la sociedades modernas, donde el uso de la libertad individual depende de acciones y prestaciones públicas –servicio público de transporte, de telecomunicaciones, de salud, etc.– y donde la seguridad personal cuesta, no es posible sostener la tesis del carácter negativo de las libertades básicas. Por el contrario, la infraestructura necesaria para hacer posible el ejercicio de las libertades fundamentales, los derechos de defensa y debido proceso o los derechos políticos, requiere de grandes erogaciones económicas y de la actuación permanente y coordinada por parte del Estado. La fuerza pública, la administración de justicia y la organización electoral, aunque parezcan obvias en un Estado de derecho, constituyen la dimensión prestacional de las libertades básicas.”

Ahora bien, de acuerdo con la Sentencia, las libertades individuales también requieren la

disponibilidad de los recursos materiales necesarios para permitir su ejercicio por parte de toda la población. Ello supondría que se trata de “derechos de desarrollo progresivo”, exigibles únicamente en la medida en que ello sea materialmente posible. Sin embargo, la anterior Sentencia se pronunció sobre este punto, diciendo:

“No sobre advertir, sin embargo, que la dimensión positiva de los derechos y libertades no siempre supone su carácter progresivo. **La gradualidad de la prestación positiva de un derecho no impide que se reclame su protección por vía judicial cuando la omisión en el cumplimiento de las obligaciones correlativas mínimas coloca al titular del derecho ante la inminencia de sufrir un daño injustificado.**” T-595/02 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Con todo, podría cuestionarse la posibilidad de exigir de los particulares la obligación de destinar los recursos necesarios para garantizar el ejercicio de las libertades de la población. Podría decirse que se trata de una función propia del Estado, y que por lo tanto, corresponde a éste asumir tales costos. Esto, sin embargo, no resulta aceptable desde una perspectiva constitucional. El Estado tiene el deber de asumir los costos necesarios para garantizar, en muchos aspectos, el ejercicio de las libertades fundamentales a través de los servicios públicos. Sin embargo, en otros casos permite que los particulares también los presten, y que se lucren de ello, recibiendo del Estado todas las prerrogativas y garantías necesarias para ejercer su actividad. Por lo tanto, los particulares que prestan servicios públicos y reciben del Estado las prerrogativas y garantías necesarias para lucrarse de esta actividad, asumen ciertos deberes y prestaciones hacia las personas. En particular, aquellos deberes y prestaciones necesarios para proteger los derechos y libertades individuales fundamentales, en lo que esté directamente relacionado con su actividad.

La posibilidad de que los particulares presten servicios públicos implica el cumplimiento de los deberes y prestaciones correlativos, que les impone su función social (C. N. art. 333). En concreto, estos particulares están sujetos por el principio de universalidad, que requiere que los servicios públicos se presten a todas las personas, aun cuando ello les suponga mayores cargas, de tal modo que estos servicios sean un mecanismo de inclusión social. Ello, por supuesto, no significa que en virtud del principio de universalidad se deban sacrificar otros principios que también gobiernan los servicios públicos. En particular, a estos servicios también los gobierna el principio de eficiencia, que suele encontrarse en tensión con el principio de universalidad. En efecto, en un sistema en el cual los servicios públicos son prestados por particulares, conforme a la lógica del mercado, la decisión de ampliar la cobertura hacia la población más marginada puede no resultar la más eficiente desde el punto de vista económico. Con todo, los particulares que prestan servicios públicos tienen el deber de llevar a cabo todas aquellas actuaciones que sean necesarias para que -como mínimo- su actividad no signifique una barrera que impida a los individuos en circunstancias de debilidad desarrollar, mantener o readquirir nexos valiosos con la sociedad.

La actividad económica que desarrollan las entidades financieras cumple un papel fundamental en el movimiento y distribución de capitales en la sociedad. Por otra parte, el acceso a estos recursos incide cada vez más sobre las posibilidades de las personas

de acceder a los bienes y servicios necesarios para desarrollar su propio plan de vida. Las condiciones de acceso a estos recursos, sin embargo, se alejan cada vez más de la órbita de decisión autónoma de los individuos, quedando sujetas en mayor medida, a las condiciones impuestas por los agentes del mercado. En efecto, la competencia ha conducido a una mayor profesionalización en el recaudo y manejo del capital, intensificando no sólo la necesidad de tales servicios, también la dependencia de las condiciones fijadas por las entidades que los prestan. En esa medida, un número creciente de decisiones individuales están influidas por las posibilidades de disponer de recursos del crédito, que a su vez quedan sujetas a las condiciones que fijan los agentes del sistema financiero.

El adecuado funcionamiento de esta actividad requiere su articulación mediante el mercado, y por lo tanto, a través del sistema de oferta y demanda. En esa medida, la realización del principio de eficiencia en los servicios públicos que prestan dichas entidades supone un reconocimiento del papel que juegan las condiciones del mercado. En particular, porque dichas entidades administran los recursos que el público les deposita. Sin la debida consideración por dichas condiciones, el sistema financiero no podría prestar su actividad de manera eficiente.

Aun así, la articulación de este servicio público a través del mercado no puede traducirse en una exclusión arbitraria de ciertos individuos del circuito económico, con total prescindencia de sus condiciones de

La posibilidad de que los particulares presten servicios públicos implica el cumplimiento de los deberes y prestaciones correlativos, que les impone su función social.

participación. En esa medida, el principio de solidaridad impone a las entidades financieras un deber de consideración hacia los deudores del sistema financiero que han sido liberados después de un secuestro. En desarrollo de sus actividades, estas entidades no pueden imponerles a los deudores que hayan sido secuestrados cargas que superen sus posibilidades de cumplir libre y responsablemente sus obligaciones financieras. Particularmente, en aquellas circunstancias en que la conducta de las entidades bancarias incida directamente sobre las posibilidades de readaptación a la actividad económica y social de estas personas.

En el presente caso, las posibilidades del demandante de continuar desarrollando su actividad económica conforme a su propio plan de vida, dependen directamente de sus posibilidades de readaptación. En primer lugar, porque se trata de una persona que realiza una actividad por cuenta propia de la cual derivan él y su familia su sustento, y que requiere contar con los medios financieros necesarios para su realización. Además, porque se trata de una persona mayor de sesenta años, lo cual, si bien no permite clasificarlo como un individuo de la tercera edad, conforme lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación, sí tiene limitadas sus posibilidades de realizar una actividad diferente, por razón de su edad. En esa medida, la forma como el demandante realiza su actividad sin depender de un empleador, aunada a la etapa de la vida en que se encuentra, significan un riesgo alto de quedar excluido del circuito económico como consecuencia de una situación de inestabilidad financiera como la que le ha causado el secuestro. Por lo tanto, en su caso resulta particularmente exigible de los particulares, y específicamente de los bancos demandados, el cumplimiento de un deber de solidaridad que permita el ejercicio de su libertad de manera responsable, conforme al plan de vida que escogió.

3.4 Consecuencias de la imposibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación a una persona mientras se encuentra secuestrada y durante la fase de recuperación.

Hasta aquí la Corte ha sostenido que los secuestrados posteriormente liberados están en una situación de desprotección relativa. No son objeto de protección estatal frente a riesgos distintos de los derivados del incumplimiento de sus obligaciones laborales, y su protección se limita exclusivamente al término del secuestro. Así mismo, se dijo que las condiciones económicas y mentales que enfrentan estas personas tras su liberación, los ubican en una circunstancia de debilidad manifiesta, la cual implica un riesgo especial para su readaptación a la vida social. Tal riesgo prohíbe a las entidades bancarias imponerles cargas que les impidan desarrollar su plan de vida responsablemente, y reanudar su vida en sociedad.

Establecido que a las entidades les corresponde un deber de solidaridad, debe la Corte precisar el contenido y el alcance de las obligaciones de las entidades bancarias en relación con aquellas personas que no puedan ejercer sus libertades individuales en condiciones de igualdad con el resto de la población. Específicamente, es necesario saber cuál debe ser la conducta de los acreedores bancarios que formalmente tienen derecho a exigir una obligación a quien no está en libertad de cumplirla, por la coacción de un tercero. Para ello debe indagarse en qué medida resulta exigible la obligación a estos deudores, prescribiendo a partir de ello el patrón de conducta exigible a las entidades financieras.

3.4.1 Límites de la autonomía privada frente a los derechos de las personas secuestradas.

Como se dijo anteriormente, la distribución diferencial de recursos en la sociedad implica una desigualdad de oportunidades, y por

lo tanto, también constituye una reducción de la libertad individual para ciertas personas. Así, aunque estas limitaciones de la libertad individual ostentan un carácter eminentemente prejurídico, tienen implicaciones dentro del ordenamiento jurídico; en particular, en lo que se refiere a la autonomía privada. Estas diferencias, así como las relaciones asimétricas resultantes, son aceptadas y protegidas por el ordenamiento jurídico, como parte de la libre interacción entre las personas. Instituciones propias de los ordenamientos civil y comercial, como los contratos de adhesión y las cláusulas aceleratorias, por sólo mencionar algunos ejemplos relevantes, tienen un fundamento constitucional directo en el artículo 333 de la Carta, así como un fundamento indirecto en el artículo 16 de la Constitución.

Así lo ha establecido esta Corporación en diversas oportunidades, reconociendo la importancia que tiene la autonomía individual dentro de las relaciones privadas que establecen los individuos en una sociedad. En un caso en el cual un particular solicitó la invalidación de un contrato suscrito por él, la Corte se refirió a la autonomía de la voluntad, en los siguientes términos:

“La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. (...) El ordenamiento jurídico reconoce que la iniciativa y el esfuerzo privados, mientras obren con el debido respeto al derecho ajeno y al interés general, representan decisiva contribución al progreso y al bienestar de la sociedad. Por ello pone especial cuidado en garantizar la mayor libertad posible en las transacciones entre particulares y, en general, en todos sus actos jurídicos de contenido económico (...)” Sentencia T-338/93 (M. P. Alejandro Martínez Caballero)

En el mismo sentido, la Corte sostuvo que el deber de solidaridad, en sí mismo, no constituye un límite a la autonomía privada. Ante ella se presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 69 de la Ley 45 de 1990, que establece la posibilidad de que los particulares pacten cláusulas aceleratorias en las obligaciones mercantiles. En tal ocasión, la Corte rechazó la acusación según la cual la posibilidad de pactar estas cláusulas en contratos de adhesión resultaba -en abstracto- contraria al deber de solidaridad, pues imponía cargas excesivamente onerosas a las personas que los suscribían, y privilegiaban a los acreedores. Sobre este punto, la Corte Constitucional sostuvo:

“En un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad (art. 1º de la C.P.) y en los derechos inalienables de la persona humana, los deberes constitucionales no pueden ser interpretados con criterio expansivo. El artículo 95-2 no impone la ejecución de conductas solidarias en los casos en que los particulares, guiados por la autonomía de la voluntad decidan contraer obligaciones derivadas de los negocios jurídicos por ellos celebrados. En materia comercial, los contratantes buscan promover un interés privado de tipo económico, lo cual no tiene un límite expreso en el principio de solidaridad establecido en la Constitución.”

Sin embargo, en la misma Sentencia, la Corte aclaró que este aparte de la motivación de la Sentencia no tenía efectos directos sobre la decisión; es decir, no hacía parte de la ratio decidendi de la Sentencia, y por lo tanto no resulta vinculante.

“Lo anterior no obsta para advertir que la Corte no se está pronunciando, en esta sentencia, sobre los alcances reales de la autonomía de la voluntad cuando una de las partes tiene el poder para predeterminar las cláusulas a las cuales sólo pueden adherir quienes contratan con ella; tampoco está definiendo los límites al ejercicio de ese poder privado en el ámbito negocial, pues en el presente caso, ni los cargos ni las normas demandadas hacían necesario abordar estas cuestiones.” Sentencia C-332/01 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Ello es lógico, pues los límites a la autonomía contractual no son susceptibles de fijarse de antemano, con prescindencia del bien jurídico al que se encuentre enfrentada en cada caso. En esa medida, en virtud de la autonomía de la voluntad, dos partes pueden suscribir un contrato en condiciones claramente desventajosas para una de ellas, sin que de ahí se derive una vulneración del deber de solidaridad por parte de la otra. Con todo, esta afirmación no implica que, en determinados casos, el ejercicio concreto de la autonomía de la voluntad no imponga un deber de solidaridad entre particulares. Por ejemplo, cuando de ello depende la intangibilidad de un derecho fundamental.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación en oportunidades anteriores, en casos cuyas particularidades imponen a una de las partes el deber de actuar con solidaridad. En efecto, esta misma Corte ha dicho que la solidaridad debe gobernar las relaciones contractuales cuando la desprotección legal de una de las partes en materia contractual compromete sus derechos fundamentales. Sobre el punto, la Corte dijo:

“En efecto, la información reviste un significado de trascendental importancia en el ámbito de los negocios, hasta el extremo de ser indispensable para la determinación del precio, por lo que se afirma coloquialmente que la información es poder. El ocultamiento de la información de un negocio a quien está vitalmente interesado en él, configura una conducta que coloca a la persona en situación de indefensión, respecto del contratante que abusa de su posición privilegiada. **La solidaridad debe gobernar las relaciones entre las partes contratantes, particularmente entre las personas con intereses comunes en el negocio. No obstante, el incumplimiento del deber de informar acerca del desarrollo de un contrato a la persona interesada en él, es una materia que debe ser resuelta exclusivamente con base en la ley, pues, carece de relevancia constitucional, salvo que la omisión materialmente vulnere de manera directa los derechos fundamentales de quién depende en grado sumo de las**

resultas del mismo para su subsistencia autónoma y libre, siempre que en este caso excepcional se acredite, además de la insuficiencia de los remedios legales, que la omisión es la causa eficiente de la transgresión.” Sentencia T-125/94 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

De tal modo, si bien las desigualdades que se manifiestan de ordinario en las relaciones contractuales son objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico, los derechos del acreedor no son absolutos. Por el contrario, la forma como el acreedor ejerce los derechos derivados del contrato no es constitucionalmente irrelevante; en particular, en lo que atañe a los derechos fundamentales. Los mismos artículos constitucionales que sirven de fundamento general a la libertad contractual, establecen explícitamente los límites de su ejercicio concreto. Así, el artículo 333 impide al titular abusar de sus derechos, en la medida en que establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres “dentro de los límites del bien común”. Así mismo, la Constitución dispone que la empresa tiene obligaciones derivadas de su función social (C. N. art. 333), y ordena que el Estado intervenga en el desarrollo de diversas actividades económicas, bien se trate de servicios públicos o privados, para garantizar la distribución de oportunidades y de beneficios del desarrollo sea equitativa (C. N. art. 334). Incluso el artículo 16 constitucional, como fundamento indirecto de la libertad contractual, establece explícitamente que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene limitaciones frente a los derechos de los demás y al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, además de las normales limitaciones a la libertad negocial que enfrenta ordinariamente el individuo por el sólo hecho de vivir dentro de una sociedad que acepta el sistema de mercado, existen otras circunstancias que afectan gravemente la posibilidad fáctica de cumplir sus obligaciones. Ello ha dado lugar a la incorporación de ciertas instituciones de protección a los

deudores por parte de nuestra cultura jurídica romano - germánica. Figuras como la buena fe, la fuerza mayor, el caso fortuito o la imprevisión, suponen el reconocimiento de circunstancias ajenas a la voluntad del deudor, que escapan de su control y que impiden el cumplimiento de sus obligaciones o lo hacen excesivamente oneroso. En consecuencia, estas instituciones imponen límites al principio de la autonomía de la voluntad en materia contractual, y específicamente, al principio de pacta sunt servanda, impidiéndole al acreedor exigir el cumplimiento de la obligación al deudor, difiriendo su exigibilidad, o cambiando las condiciones en que ésta había sido pactada inicialmente.

En tales casos, el desconocimiento de una circunstancia que impide cumplir una obligación contractual, o que la hace demasiado onerosa, puede comportar la violación del derecho a la igualdad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y en esa medida, constituye un límite al principio de autonomía de la voluntad, y a la libertad contractual. Como se señaló antes en esta Sentencia, en diversos pronunciamientos la Corte ha reconocido que el secuestro constituye una circunstancia de fuerza mayor que obliga al empleador a pagar los salarios a las familias de sus trabajadores secuestrados. En consecuencia, debe establecerse en qué medida, y por qué motivos se vulneran el derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad, al exigir una obligación civil sin tener en cuenta los efectos del secuestro en cabeza del deudor.

3.4.2 Inexigibilidad de las cuotas de la deuda durante el término del secuestro.

Para establecer la exigibilidad de las cuotas del préstamo, resulta indispensable reconocer que el secuestro del deudor le impide físicamente cancelar las cuotas exigibles durante este periodo conforme al contrato de mutuo. En esa medida, el incumplimiento de las obligaciones del secuestrado está jus-

(...) la obligación de pagar los instalamentos vencidos durante el tiempo en que la persona se encuentra secuestrada no es exigible. Por lo tanto, la persona no se encuentra en mora.

tificado. Efectivamente, la persona se encuentra sujeta a una circunstancia que, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, es susceptible de considerarse genéricamente como constitutiva de fuerza mayor, y que le impide cumplir sus obligaciones. De esta circunstancia se derivan diversas consecuencias jurídicas, dependiendo de las obligaciones que se hayan pactado en el contrato.

La primera de tales consecuencias, es que la obligación de pagar los instalamentos vencidos durante el tiempo en que la persona se encuentra secuestrada no es exigible. Por lo tanto, la persona no se encuentra en mora. Desde una perspectiva constitucional, al exigir tales obligaciones de una persona secuestrada se están desconociendo las limitaciones a su libertad. En tales casos la persona se encuentra ante la imposibilidad de decidir libremente si cumple o no con sus obligaciones, y no se le está permitiendo asumir responsablemente las consecuencias de sus actos.

En este mismo orden de ideas, la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones tampoco resulta exigible desde el punto de vista civil. Para que la mora se configure dentro del régimen civil general, aplicable a estos casos, es necesario

que la responsabilidad por el incumplimiento sea atribuible al sujeto a título de culpa o dolo. En la medida en que la persona se encuentra sujeta a una circunstancia eximente de responsabilidad, no le es imputable la mora, pues no está presente el elemento subjetivo de la misma, necesario para que se configure.

En efecto, el concepto mismo de culpa en materia de responsabilidad civil está fundado sobre la noción de libertad, que es eminentemente individual. La culpa presupone que el sujeto tiene determinadas posibilidades de acción, dentro de las cuales están la de cumplir y la de no cumplir sus obligaciones civiles. Por lo tanto, para poder atribuirle culpa a una persona, ésta debe estar en la posibilidad de elegir, y de dirigir sus acciones de acuerdo con su elección. Sólo cuando se dan estos presupuestos, el individuo se vuelve plenamente responsable civilmente.

Esto trae como consecuencia que para incurrir en culpa, la persona debe ser consciente de sus opciones, estar en capacidad de valorarlas y de llevar a cabo sus actividades conforme a sus propias valoraciones. Sólo en este entendido la atribución de culpa en materia civil resulta compatible con la definición constitucional de dignidad humana, según la cual, el individuo es un ser moral y libre, con la capacidad de elegir y de asumir las consecuencias de sus propios actos. Dentro de tal orden de ideas, se vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de un indivi-

duo al atribuirle culpa cuando, por circunstancias ajenas a su voluntad, no es libre para obrar conforme a sus propias valoraciones. Esto se debe a que se le están atribuyendo responsabilidades que escapan por completo su ámbito de acción y control. Específicamente, en el caso del incumplimiento o retraso en el cumplimiento de las obligaciones, la mora requiere un elemento de antijuridicidad que no está presente cuando las circunstancias determinantes de la conducta del deudor superan el estándar exigible, dadas sus posibilidades reales de acción y control.

En el presente caso, podría afirmarse que la empresa del demandante -un taller de mecánica-, su esposa, y su socio también están vinculados por las obligaciones contraídas con los bancos. En esa medida, aunque el demandante no se encontraba en capacidad de cancelar las cuotas, sí podían hacerlo los demás obligados. Sin embargo, este argumento no resulta de

recibo por varias razones. En primer lugar, porque si bien sólo el demandante estaba sujeto a una privación de su libertad individual, su secuestro afectaba económicamente a todos los demás obligados en la medida en que derivaban sus ingresos de una actividad que él desarrollaba personalmente y por cuenta propia. En esa medida, la circunstancia de fuerza mayor irradió sus efectos a los demás obligados en virtud de su dependencia de la actividad que desempeña el señor (...).

En la medida en que la persona se encuentra sujeta a una circunstancia eximente de responsabilidad, no le es imputable la mora, pues no está presente el elemento subjetivo de la misma, necesario para que se configure.

Por otra parte, aun sin extenderles los efectos de una circunstancia de fuerza mayor propiamente dicha, el cumplimiento de sus obligaciones con los bancos tampoco les resulta exigible a los demás obligados, pues se encontraban en situación de extrema necesidad. El secuestro suponía disponer de todos los recursos económicos para impedir el daño a la libertad personal y la vida de (...), que constituyen bienes jurídicos de mayor valor constitucional que el simple cumplimiento de sus responsabilidades mercantiles.

En virtud de lo anterior, las entidades bancarias demandadas no podían exigir el cumplimiento de las cuotas que según los contratos de mutuo se hacían exigibles durante el tiempo en que el señor (...) se encontraba secuestrado, ni a él, ni a los demás sujetos obligados, debido a la circunstancia de fuerza mayor y de extrema necesidad se extendía a todos ellos.

3.4.3 Prolongación de los efectos del secuestro e inexistencia de las cuotas durante la fase de readaptación de la persona liberada.

Con todo, los efectos del secuestro se prolongan más allá del tiempo en que la persona permanece en cautiverio. A su vez, tales efectos inciden sobre la capacidad del sujeto para adaptarse a su actividad económica y laboral, después de su liberación. Si bien la persona ya no se encuentra privada de su libertad, y por lo tanto físicamente podría reincorporarse a sus actividades, mentalmente se encuentra indispuesta.

Las entidades que rindieron los conceptos técnicos a los que se hizo referencia en el aparte 3.3.3 de esta providencia describen la cronología de la evolución psicológica habitual de los secuestrados que han sido liberados. De acuerdo con el concepto del departamento de psicología de la Universidad Nacional, dentro de la “fase de elaboración y adaptación” es aconsejable que la

persona retome nuevamente su vida laboral, social y familiar. Esta etapa puede durar entre uno y seis meses. Así mismo, según el concepto de la Fundación País Libre, esta fase se inicia después del segundo mes, aun cuando entre los cinco y ocho meses reaparecen muchos de los cuadros psicológicos a los que alude el estudio, haciendo de éste un periodo crítico en el proceso de readaptación posterior al secuestro. A pesar de estas diferencias, los dos estudios coinciden en afirmar que el proceso de readaptación dura alrededor de un año, y que aquellas manifestaciones que se den con posterioridad a los doce meses después de la liberación, son secuelas (permanentes) del mismo.

En el presente caso, como también se dijo en el acápite 3.3.3 de esta providencia, el señor (...) se encontraba en una situación de debilidad manifiesta debido a la afectación psicológica como consecuencia del secuestro. En esa medida, en su situación particular, el cobro judicial del préstamo durante la fase de readaptación supone una afectación de sus posibilidades de recuperación.

Por otra parte, además del efecto psicológico que de por sí produce el secuestro sobre la capacidad económica y laboral de las personas, cuando la liberación del secuestrado es consecuencia del pago de un rescate, las deudas adquiridas suponen una carga económica adicional. Esta carga suele ser desproporcionadamente onerosa, imprevista e imprevisible -pues frente a ella el individuo no puede asegurarse-²⁰ y, en muchos casos, el secuestrado no está en capacidad de asumirla. Este también es el caso del señor (...), ya que, como se dijo anteriormente, él y su familia tuvieron que pagar cuantiosas sumas de dinero para su rescate y el de su cuñado.

20 El artículo 12 de la Ley 40 de 1993 establece como delito la celebración de contratos de seguro que cubran el rescate por un posible secuestro. Esta disposición fue declarada exequible en la Sentencia C-542/93 (M. P. Jorge Arango Mejía).

Ahora bien, no puede afirmarse que la disminución de la capacidad económica y laboral de la persona como consecuencia de su estado mental, aunada al pago del rescate, le impidan cumplir sus obligaciones después de su liberación. Sin embargo, estas circunstancias significan un aumento de la carga económica que debe asumir la persona liberada durante una fase crítica de su proceso de readaptación social. En esa medida, exigir el cumplimiento de las cuotas del préstamo durante este periodo pone en riesgo su proceso de recuperación, e implica una amenaza de su capacidad para retomar su propio plan de vida, afectando con ello el derecho al libre desarrollo de su personalidad.

Adicionalmente, la decisión de exigir judicialmente el pago de la deuda durante este tiempo de inestabilidad puede no resultar la más conveniente para los bancos, desde una perspectiva económica. Sin duda la estandarización de los procedimientos de cobro de cartera por parte de las entidades bancarias permite a estas entidades reducir los riesgos morales y los costos de transacción, facilitando así mismo su operación, dado el número de usuarios del sistema. En esa medida, la mecanización de estos procedimientos contribuye, en términos generales, a mejorar la eficiencia en la prestación de este servicio público.

Sin embargo, la mecanización de tales decisiones no necesariamente es el mejor método para obtener el pago de las deudas en los casos de personas secuestradas. Particularmente, cuando el riesgo inherente a las deudas de las personas, una vez liberadas, está atado a las condiciones de inestabilidad económica y emocional, posteriores al secuestro, cuyos efectos y duración son conocidos. Así, exigir el pago de la deuda durante la fase de readaptación implica que el banco no sólo debe afrontar el problema de liquidez de esta persona, sino que además disminuyen sus posibilidades de recuperar la deuda, pues el cobro incide

negativamente sobre su readaptación al circuito productivo.

Por todo lo anterior, dadas las especiales condiciones del riesgo que supone exigir la deuda a una persona liberada durante su fase de readaptación, el pago de las cuotas tampoco resulta exigible durante el año siguiente a su liberación. En esa medida, no le son exigibles intereses moratorios durante este periodo, pues el carácter sancionatorio que les es inherente no es compatible con la ausencia de culpa de quien materialmente no puede cumplir su obligación, o hacerlo le resulta extremadamente gravoso.

En el presente caso, pese a las reiteradas solicitudes hechas por el señor (...) a los bancos demandados, poniendo en su conocimiento su apremiante situación, estos se negaron a refinanciar sus deudas, continuando con el cobro ejecutivo de las mismas, afectando su proceso de readaptación. Con todo, no podían los bancos exigirle al demandante el pago de los intereses moratorios causados, según el contrato, durante el término del secuestro ni durante el año siguiente a su liberación. Por un lado, durante el secuestro tales intereses no se habían causado, dada la fuerza mayor y el estado de necesidad que supone su secuestro. Además, su cobro durante el año siguiente supone una carga excesivamente onerosa, frente a la prolongación de los efectos del secuestro después de la liberación.

3.4.4 Límites del acceso a la administración de justicia de las entidades bancarias y consecuencias de imponer ciertas cargas derivadas del sometimiento a las presunciones legales generales de culpabilidad.

De lo anterior se sigue que las entidades bancarias no pueden exigir judicial o extrajudicialmente el pago de las cuotas del préstamo durante el término del secuestro, y hasta un año después de su liberación. Aunque la facultad de exigir judicialmente el

Los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad se están desconociendo al ignorar las circunstancias de debilidad manifiesta al someterlos a un proceso judicial conforme a las reglas jurídicas generales -sustanciales y procesales-.

cumplimiento de una deuda está amparada por el derecho de acceso a la administración de justicia, considerado fundamental por la jurisprudencia de esta Corporación, tal derecho no es absoluto. Tiene límites en el respeto de los derechos de las demás personas. En estos casos, no sólo frente al derecho a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de los secuestrados, sino también frente a su vida y a su libertad personal. Los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad se están desconociendo al ignorar las circunstancias de debilidad manifiesta al someterlos a un proceso judicial conforme a las reglas jurídicas generales -sustanciales y procesales-. Por otra parte, y lo que resulta más grave aun, es que al impedir que los familiares de los secuestrados dispongan de sus bienes a través de medidas cautelares como los embargos, se está poniendo en riesgo su capacidad para pagar el rescate.

De conformidad con el régimen procesal civil general aplicable a estos casos, el deudor contractual que ha dejado de cumplir una obligación debe demostrar la ausencia de culpa o dolo en su conducta, para poder exonerarse de responsabilidad. Ello significa -al menos prima facie- que el acreedor sólo debe demostrar el incumplimiento, y que, en relación con la culpa, el onus probandi o carga probatoria corresponde al deudor. De tal modo, éste sólo se exonera si logra desvirtuar la presunción de culpa que recae en su contra. De lo contrario, el deudor o agente será responsable por los daños que su incumplimiento ocasione al acreedor.²¹

El concepto de agente o deudor en materia de responsabilidad, como ocurre con todas las categorías jurídicas generales, es una abstracción necesaria para cualquier ordenamiento jurídico. Constituye una estandarización del individuo para efectos de aplicar a todas las personas un régimen legal general, impersonal y abstracto. Esta generalidad es un elemento que permite garantizar la aplicación homogénea de la ley y que le otorga un nivel de previsibilidad necesario para el funcionamiento de cualquier sistema económico.

Sin embargo, el carácter general de esta presunción legal no puede traer como consecuencia el desconocimiento de las circunstancias vitales que motivaron el incumplimiento del deudor que ha sido secuestrado. Ello vulneraría su derecho a la igualdad, en cuanto sus condiciones particulares imponen un trato especial por parte del Estado y de la sociedad. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico debe permitir que se tengan en cuenta las circunstancias vitales que impiden al deudor secuestrado cumplir su obligación, en la medida en que éstas sean susceptibles de ponderación jurídica.

21 En este sentido el inciso 3° del artículo 1604 del Código Civil. Ver también la Sentencia C. S. J. Cas. Civil, dic. 13/62.

(...) no pueden mantenerse las medidas cautelares en relación con los bienes pertenecientes a personas que se encuentren secuestradas.

Por otra parte, los bancos ponen en riesgo las posibilidades de los allegados de pagar el rescate de la persona secuestrada al solicitar medidas cautelares para restringir la facultad de disposición sobre sus bienes o los de su familia. Por lo tanto, la facultad para solicitar que se decreten medidas cautelares en estos casos tampoco resulta ajustada a la Constitución. Así lo estableció la Corte en la Sentencia C-542/93, al declarar inconstitucionales las medidas de la Ley 40 de 1993, que imponían restricciones a la facultad de disposición de las familias de personas secuestradas. Esta Corporación se refirió al punto en los siguientes términos:

“Según el artículo 12 de la Constitución, nadie será sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Pues bien: la ley que prohíbe pagar para salvar la vida y recobrar la libertad de una persona, ¿no somete acaso a ésta, a su familia y a sus amigos, a trato cruel, inhumano y degradante?”

(...)

Undécima. Quien paga para obtener la libertad de un secuestrado y salvar su vida, lo hace en cumplimiento de un deber que la Constitución le impone.”

El segundo de los deberes que el artículo 95 de la Constitución impone a la persona y al ciudadano, consiste en “Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas.”

La solidaridad nos obliga con igual fuerza aun en favor de extraños, con quienes solamente se comparte la pertenencia a la raza humana. Y nadie podrá negar que emplear

los bienes propios para proteger la vida y la libertad de un semejante, es acción humanitaria. ¿Cómo, pues, podría ser constitucional la ley que castiga esta conducta.?”

En la medida en que el acceso a la administración de justicia supone la facultad de solicitar y decretar judicialmente medidas cautelares sobre los bienes de los deudores secuestrados, su ejercicio compromete injustificadamente los derechos a la libertad personal y a la vida de estas personas. Implica someter a los deudores secuestrados a un riesgo para su vida y libertad, que ningún deudor está en la obligación de asumir. Por lo tanto, no pueden mantenerse las medidas cautelares en relación con los bienes pertenecientes a personas que se encuentren secuestradas.

En el presente caso las demandas encaminadas a exigir el cumplimiento judicial de las obligaciones derivadas de los contratos de mutuo suscritos con el demandante, fueron interpuestos el 1º de junio Banco (...) y el 27 de octubre de 1998. El demandante permaneció en cautiverio desde el 15 de noviembre de 1997, hasta el 20 de junio de 1998. Esto significa que las demandas se iniciaron durante el tiempo en que el demandante estuvo secuestrado y poco más de cuatro meses después de su liberación, respectivamente.

Por otra parte, no existe constancia dentro del expediente de que el Banco (...) supiera del secuestro del demandante en el momento en que interpuso la demanda contra él. Al contrario, la única referencia a tal conocimiento por parte de este banco se remonta al 2 de septiembre, según consta en la co-

(...) resulta absolutamente inexcusable que los bancos demandados hubieran proseguido con los procesos, una vez conocieron las circunstancias del señor (...). Esto no sólo comporta una conducta desleal de los bancos, que viola el principio constitucional de buena fe aplicable a las relaciones contractuales, también es un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la administración de justicia, en la medida en que desconoce las circunstancias del incumplimiento.

responsabilidad que le envió al demandante (fls. 143, 151-152). Sin embargo, sí existe prueba del conocimiento que tenía el Banco (...) acerca del secuestro, antes de interponer su demanda. En correspondencia que (...) envió al Banco (...), fechada agosto 4 de 1998, le solicita la reestructuración del crédito, por las dificultades que atraviesa como consecuencia del secuestro (fls. 140, 153).

Con todo, independientemente del conocimiento que tuvieron los bancos acerca de la circunstancia que atravesaba el demandante en el momento en que interpusieron sus respectivas demandas, una vez supieron del secuestro no reestructuraron los préstamos ni acordaron la suspensión de los procesos. Pese a los diversos requerimientos del señor (...), en que solicitaba el descuento parcial de los intereses moratorios y los honorarios del abogado, los bancos se limitaron a afirmar que no consideraban viables sus propuestas de refinanciación. En estas circunstancias, los bancos habrían podido acordar la suspensión de los procesos con el demandante, con fundamento en el numeral 3 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, prosiguieron con el cobro anticipado de la totalidad de la deuda, incluyendo en ella los intereses moratorios desde el momento en que el demandante dejó de cumplir sus obligaciones. Dentro de dichos procesos, solicitaron la práctica de medidas cautelares sobre diversos bienes del demandante, que incluyeron el embargo y secuestro de diversos bienes muebles e inmuebles del demandante, de su familia y de su empresa, así como de sus remanentes.

Si bien en el presente caso no existe prueba de que las medidas cautelares hubieran puesto en riesgo el pago del rescate del demandante o de su conculado, resulta absolutamente inexcusable que los bancos demandados hubieran proseguido con los procesos, una vez conocieron las circunstancias del señor (...). Esto no sólo comporta una conducta desleal de los bancos, que viola el principio constitucional de buena fe aplicable a las relaciones contractuales,²² también es un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la administración de justicia, en la medida en que desconoce las circunstancias del incumplimiento.

22 Sobre este punto, ver la Sentencia C-332/01 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), Fundamento Jurídico 5.5.

De tal modo, los bancos no pueden exigir judicialmente el pago de la deuda a una persona que ha sido secuestrada sino después del año siguiente a su liberación, so pena de vulnerar sus derechos fundamentales. Interponer una demanda contra una persona que ha sido secuestrada, conociendo previa o posteriormente que su incumplimiento se debió al secuestro constituye una conducta contraria al principio de buena fe, y un abuso del derecho de acceso a la administración de justicia.

3.4.5 Aplicabilidad de las cláusulas aceleratorias.

Otra de las consecuencias jurídicas que se derivan de la ausencia de mora del deudor secuestrado es la imposibilidad de hacer exigibles las cláusulas aceleratorias que se hayan pactado. En términos generales, la posibilidad de pactar cláusulas aceleratorias ha sido avalada por esta Corporación, la cual se ha pronunciado varias veces en el mismo sentido. Entre ellas, en la Sentencia C-664 de 2000, se pronunció de fondo sobre una demanda de inconstitucionalidad instaurada contra el artículo 554 del Código de Procedimiento Civil.²³ En aquella oportunidad el demandante alegaba que la posibilidad de pactar cláusulas aceleratorias consagrada en dicho artículo, era contraria al derecho constitucional a una vivienda digna. Aducía que esta norma permite que las personas que solicitan un préstamo para vivienda queden sujetas a las condiciones contractuales fijadas unilateralmente por las entidades bancarias mediante contratos de adhesión. De tal modo, en virtud de las cláusulas aceleratorias, las personas terminaban perdiendo su vivienda por el incumplimiento de una sola de las mensualidades, con lo cual se hacía ilusorio el derecho a una vivienda digna. Al respecto, esta Corporación sostuvo:

“Así las cosas, la Corte juzga oportuno precisar que el crédito está reglamentado como fenómeno jurídico y económico en múltiples disposiciones de orden técnico, especialmente en el campo del derecho privado, en donde el principio de la autonomía de la voluntad es esencial en la configuración del tráfico jurídico y en la definición, celebración, y ejecución de los negocios jurídicos, especialmente entre particulares, principio que naturalmente, es amparado y garantizado por el artículo 16 de la Carta, salvo las limitaciones que consagra el orden jurídico y los derechos de los demás.

En este orden de ideas, en un negocio jurídico de mutuo o de cualquier otro que comporte el otorgamiento de crédito a corto, mediano y largo plazo, en el que se hubiere pactado el pago de diversos instalamentos, respaldados con una hipoteca o una prenda válidamente celebrada, los signatarios del contrato o de la convención, pueden estipular libremente que, en caso de incumplimiento, en la cancelación de alguno o de algunos instalamentos o cuotas, el acreedor podrá pedir el valor de todos ellos, en cuyo caso pueden hacer exigibles los aún no vencidos (artículos 1602 y 1546 del Código Civil colombiano).”

Agregando más adelante:

“**Esta cláusula de aceleración**, en criterio de la Corte, **no contradice normas constitucionales**, porque las partes contratantes, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad pueden estipularlas libremente en sus negocios jurídicos, con el objeto de darle sentido o contenido material a los contratos, **siempre y cuando no desconozcan los derechos de los demás**, ni el orden jurídico que le sirven de base o fundamento, pues con ello se afectaría la validez del acto o del negocio jurídico.” Sentencia C-664/00 (M. P. Fabio Morón Díaz).

En virtud de lo anterior, el ejercicio del derecho del acreedor de exigir el cumplimiento anticipado de las obligaciones del contrato, como manifestación de la libertad contractual, requiere que no se estén vulnerando los derechos fundamentales. Exigir anticipadamente el cumplimiento de la totalidad de la deuda a un secuestrado que ha sido liberado implica someterlo a una carga aun más

23 Ibid.

onerosa que el sólo cumplimiento de las obligaciones vencidas durante el secuestro y la recuperación. Hacer uso de esta facultad implicaría un detrimento significativo de las posibilidades de readaptación de la persona. Por lo tanto, el acreedor no puede aplicar una cláusula aceleratoria con fundamento en el incumplimiento del deudor que ha sido secuestrado, a menos que éste incumpla las obligaciones exigibles después del año siguiente a su liberación.

Como se ha dicho a lo largo de esta Sentencia, los bancos demandados hicieron uso de las cláusulas aceleratoria pactadas en los contratos para exigir la totalidad de sus créditos. Ello comportó una vulneración de los derechos del demandante, en la medida en que afectó sus posibilidades de readaptación a su situación laboral.

3.4.6 Intereses remuneratorios causados durante el secuestro y la fase de recuperación.

Finalmente, corresponde a la Corte establecer el efecto que tiene el secuestro sobre la causación de los intereses remuneratorios durante el término del secuestro y de readaptación. En efecto, durante el tiempo en que la persona se encuentra secuestrada, y durante la fase de readaptación, se están causando intereses en favor de las entidades bancarias. Resultaría extremadamente gravoso para el deudor tener que cancelar la totalidad de dichos intereses en el momento en que supere la etapa de recuperación. La

onerosidad de dicha carga implicaría un desequilibrio económico del contrato que fue pactado en cuotas, precisamente para permitir el cumplimiento del deudor. Por otra parte, las entidades bancarias tienen derecho a recibir los intereses remuneratorios. Sin embargo, el derecho a reclamar los intereses remuneratorios está sujeto al principio de buena fe contractual, que supone permitirle a la otra parte del contrato recuperarse económicamente para poder cancelar su deuda.

La Corte estima que no le corresponde entrar a determinar la forma como ha de llevarse a cabo la negociación, ni establecer las condiciones de la misma. Por el contrario, ésta debe llevarse a cabo como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, no sobra advertir que las entidades bancarias deben renegociar con los deudores los intereses de la deuda en condiciones de viabilidad financiera, que permitan la recuperación económica de los deudores que han sido secuestrados. Esta negociación debe llevarse a cabo una vez la persona liberada se encuentre en condiciones mentales para hacerlo, sin exceder el término máximo de un año, contado a partir de la liberación.

No siempre será posible que las partes lleguen a un nuevo acuerdo sobre el pago de los intereses remuneratorios causados durante el tiempo del secuestro, y la etapa de readaptación. En tales casos, debe reconocerse que el secuestro supone un cambio de las cir-

(...) el acreedor no puede aplicar una cláusula aceleratoria con fundamento en el incumplimiento del deudor que ha sido secuestrado, a menos que éste incumpla las obligaciones exigibles después del año siguiente a su liberación.

cunstancias en las cuales se habían pactado inicialmente los intereses, por lo cual el contrato inicial no será aplicable. Por lo tanto, debe aplicarse el artículo 884 del Código de Comercio en cuanto fija un criterio subsidiario para el cálculo de intereses remuneratorios. En esa medida, ante la falta de acuerdo, los intereses causados durante la época del secuestro y de readaptación deberán pagarse conforme al interés bancario corriente de ese periodo, en cuotas que no excedan el promedio de los montos pagados hasta ese momento.

Con todo, esta Corporación considera pertinente aclarar que para garantizar en adelante la libertad contractual y la autonomía privada, las entidades bancarias y los deudores de éstas, pueden acordar el pago de seguros que cubran las pérdidas que a estas entidades les corresponda asumir como consecuencia de contingencias como el secuestro.

3.4.7 La eventual mora anterior al secuestro.

En relación con los efectos del secuestro, la Corte debe abordar lo atinente a los efectos de una eventual mora anterior al secuestro. Sobre este punto es necesario considerar separadamente lo atinente a la aplicabilidad de las cláusulas aceleratorias y lo referente a los intereses moratorios. En principio, en materia civil, la concurrencia de la fuerza mayor o el caso fortuito con la mora del deudor impide que éste se exima de responsabilidad. Si se sigue estrictamente esta regla en materia civil, los acreedores, y entre estos las entidades bancarias, podrían exigir a los deudores secuestrados el cumplimiento anticipado de las deudas, cuando hubieran pactado cláusulas aceleratorias. Así mismo, podrían cobrar los intereses moratorios.

Sin embargo, las consecuencias derivadas del seguimiento estricto de esta regla en materia civil lesionan desproporcionadamente diversos bienes jurídico constitucionales en el caso

que el deudor moroso haya sido posteriormente secuestrado. En primer lugar, porque durante la etapa del secuestro el deudor moroso no se encuentra en la posibilidad de cancelar las cuotas adeudadas y así sanear la mora. Es decir que se le estaría imponiendo una sanción que no se encuentra en posibilidad de cumplir. Adicionalmente, una vez el deudor es liberado, esta sanción resultaría desproporcionada con el grado de la culpa que le es atribuible. El solo paso del tiempo durante el secuestro implicaría un aumento de los intereses moratorios, sin consideración de las circunstancias que motivaron el incumplimiento.

(...) durante el tiempo
del secuestro y durante
su recuperación, no se
causarán intereses
moratorios.

Al imponer una sanción que el deudor físicamente no se encuentra en posibilidad de cumplir, se estaría desconociendo la circunstancia de debilidad e impotencia personal en que se encuentra. Ello afecta sus derechos a la igualdad, en particular, a recibir un trato especial, y al libre desarrollo de la personalidad, en cuanto potestad para asumir personalmente la responsabilidad de sus actos en la medida de sus capacidades. En esa medida, en caso de que un deudor moroso haya sido posteriormente secuestrado, los intereses moratorios adeudados serán aquellos que se causen sobre las cuotas que el deudor había incumplido antes de ser secuestrado, hasta el momento en el cual la persona fue secuestrada. Empero, durante el tiempo del secuestro y durante su recuperación, no se causarán intereses moratorios.

Por otra parte, la situación del deudor moroso secuestrado tampoco puede verse agravada con el cobro anticipado de la totalidad de la deuda. Ello resultaría aun más desproporcionado. Si el deudor no se encuentra en capacidad de pagar los intereses moratorios causados durante el secuestro, mucho menos está en capacidad de cancelar la totalidad de la deuda. En esa medida, debe la Corte resaltar que los acreedores no pueden cobrar anticipadamente la totalidad de una deuda a una persona que se encuentre secuestrada, así ésta se haya constituido en mora.

En el presente caso, una de las entidades bancarias demandadas alega que el demandante se encontraba en mora con anterioridad al secuestro. A esta Corporación no le corresponde entrar a establecer si esta afirmación es cierta. Ello corresponde a la competencia de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, de ser éste el caso, la mora del demandante y de los demás sujetos obligados darán derecho a la entidad para cobrar exclusivamente los intereses moratorios que se hayan causado con anterioridad al secuestro, conforme al máximo permitido por la ley.

3.5 Referencia a la actuación de las demás entidades demandadas y consideraciones en relación con la decisión a adoptar.

3.5.1 Referencia a la actuación de las demás entidades demandadas.

3.5.1.1 Referencia a la Superintendencia Bancaria.

Como lo puso de presente el apoderado de la Superintendencia Bancaria en la contestación a la demanda de tutela, el demandante no interpuso queja alguna contra la actuación de los bancos demandados. Dentro del expediente constan las impresiones de los registros de las bases de datos del Subsistema de Trámites y del Tandem en los que consta su afirmación

(...) los acreedores no pueden cobrar anticipadamente la totalidad de una deuda a una persona que se encuentre secuestrada, así ésta se haya constituido en mora.

(fls. 203-207). Por otra parte, el apoderado del demandante no desvirtuó la afirmación hecha por el apoderado de dicha Superintendencia, de lo cual debe concluirse que efectivamente no se presentó queja alguna.

Para que la Superintendencia hubiera tenido conocimiento de la actuación de las entidades bancarias demandadas y pudiera tomar una acción al respecto, habría sido necesario que se hubiera presentado una queja. Como ello no se hizo, no puede entrar a atribuírsele responsabilidad alguna en cuanto a una eventual omisión de los deberes que le pudieran corresponder para proteger al demandante. Por lo tanto, la tutela ha de denegarse en relación con la Superintendencia Bancaria, pues en su actuación no afectó los derechos fundamentales del señor (...).

Con todo, se remitirá una copia de la presente Sentencia a la Superintendencia Bancaria para que se encargue de distribuirla a todas las entidades sujetas a su inspección, vigilancia y control.

3.5.1.2 Referencia al Fondo de Garantías de las Instituciones Financieras -Fogafin-.

El apoderado del demandante solicita que Fogafin asuma el costo de los intereses

moratorios exigidos por las entidades bancarias demandadas. Lo equipara al Fosyga y de ahí asume que Fogafin debe asumir el costo de la mora. Sin embargo, la analogía hecha por el apoderado del demandante no resulta aceptable. Las funciones de Fogafin y la destinación de los recursos que maneja no le permiten jurídicamente cubrir los intereses moratorios de los deudores del sistema financiero que hayan sido secuestrados. En esa medida, tampoco puede concederse la protección solicitada en relación con el Fondo de Garantías de las Instituciones Financieras.

3.5.1.3 Referencia a la actuación de los jueces (...) y (...) de Bogotá.

Dentro de los expedientes correspondientes a los procesos ejecutivos mixtos de mayor cuantía seguidos por las entidades bancarias demandadas al demandante, la Corte no encontró ninguna referencia a la circunstancia del secuestro de la cual fue víctima el demandante. En esa medida, mal podría exigírseles a los juzgados demandados que la hubieran tenido en cuenta dentro de estos procesos. No observa entonces que sus actuaciones correspondan a vías de hecho judiciales, por lo cual no puede esta Corporación solicitar que se anulen los procesos que se encuentran en curso en contra del demandante con fundamento en alguna actuación indebida de quienes los dirigen. Por lo tanto, tampoco puede concederse la protección solicitada respecto de los jueces (...) y (...) de Bogotá.

3.5.2 Consideraciones en relación con la decisión a adoptar.

En el presente caso, las entidades bancarias demandadas interpusieron sendas demandas contra el demandante, su empresa, su socio y su esposa (en el caso del Banco (...)), reclamando el pago anticipado de la totalidad del saldo del capital de las deudas, sus intereses remuneratorios y moratorios, así como la condena en gastos y costas de los proce-

sos, incluyendo el pago de honorarios de abogados. Por otra parte, solicitaron que se decretaran medidas cautelares, afectando con ello la facultad de disposición que tenían los demandados en los procesos ejecutivos sobre algunos de sus bienes. Al hacerlo, incumplieron su deber de solidaridad para con el demandante y abusaron de su derecho de acceso a la administración de justicia, afectando con ello sus derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, las entidades bancarias tienen derecho al pago de la deuda contraída por el demandante, aun cuando limitado por los derechos fundamentales del deudor, en los términos de la presente Sentencia. La tensión entre los derechos fundamentales del demandante y los derechos contractuales y legales de las entidades bancarias, hacen que sea necesario que la Corte adopte medidas para armonizarlos en cuanto ello sea posible. Por otra parte, la actuación de los juzgados dentro de los procesos ejecutivos no merece tacha alguna. De tal modo, no es procedente ordenar la anulación total o parcial de los dos procesos, pues los jueces no han incurrido en vías de hecho.

3.5.2.1 La terminación de los procesos ejecutivos.

Como se observa, la conducta indebida de las entidades bancarias demandadas se deriva de la exigencia judicial de las obligaciones contractuales del deudor. En esa medida, la orden dictada por la Corte debe dirigirse a modificar la relación procesal, afectando en el menor grado posible las condiciones de la relación contractual que le dio origen. Adicionalmente, como no existe un defecto procesal derivado de la actuación de los jueces demandados, tampoco puede ordenárseles anular los procesos. Por lo tanto, lo más razonable es dirigir la orden dictada en la Sentencia a las entidades bancarias, ordenándoles solicitar a los jueces 13 y 31 civiles del Circuito de Bogotá terminar anticipadamente los procesos ejecutivos, una vez

se hayan novado los contratos suscritos, y se hayan otorgado las garantías necesarias.

Con todo, la intervención sobre la relación procesal tiene efectos sobre la relación contractual, pues las formas de terminación anticipada del proceso tienen efectos de cosa juzgada según lo establece el Código de Procedimiento Civil. En esa medida, si tan solo se ordenara a las entidades bancarias demandadas solicitar a los jueces la terminación de los procesos, se obstaculizaría su posibilidad para reclamar nuevamente las obligaciones al deudor. Esto constituiría una intervención en la libertad contractual que resultaría demasiado gravosa para dichas entidades. En esa medida, es necesario que la decisión adoptada también tenga en consideración el interés de las entidades demandadas.

De tal modo, en el presente caso los contratos iniciales deben ser novados, adecuando sus obligaciones al cambio de circunstancias producto del secuestro. En esa medida, se evita también que el fenómeno de la cosa juzgada, consecuencia de la terminación anticipada, recaiga sobre las nuevas obligaciones. Por lo tanto, las partes deben suscribir contratos de novación—objetiva—en relación con las obligaciones contractuales iniciales, para adecuarlos a las órdenes impartidas en la presente Sentencia.

Sin embargo, la novación podría comportar la pérdida de algunas garantías accesorias que se habían constituido en los contratos iniciales, y ello también significaría un detrimento de la posición contractual de las entidades bancarias. En efecto, las entidades bancarias tampoco tendrían las garantías necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el demandante y por los demás sujetos que son parte en los negocios iniciales. Para evitar tal consecuencia, el demandante debe otorgar las garantías en relación con el cumplimiento de sus obligaciones, en las mismas condiciones que habían sido pactadas en los contratos iniciales.

Para efectos de novar los contratos iniciales, las partes dispondrán de un mes, contado a partir de la notificación de la presente sentencia. Por lo tanto, al final del término del mes para llevar a cabo las novaciones, el demandante debe suscribir nuevamente los pagarés y demás títulos valores que respaldaban el cumplimiento de las obligaciones en las relaciones contractuales iniciales, así como las hipotecas y demás garantías reales que se hubieran constituido. Una vez se hayan novado los contratos y se hayan otorgado las garantías reales y personales, en los mismos términos que en los contratos iniciales, los bancos deberán solicitar a los jueces, la terminación anticipada de los procesos ejecutivos interpuestos.

3.5.2 El cobro anticipado, intereses moratorios y remuneratorios y pago de las cuotas.

Por otra parte, es necesario separar las diversas pretensiones de los bancos en los procesos ejecutivos interpuestos, para asegurar el uso adecuado de aquellas que razonablemente pueden exigir, e impedir el ejercicio de las pretensiones que comprometan los derechos fundamentales del demandante.

En el presente caso, el incumplimiento de las obligaciones del demandante durante el tiempo en que estuvo secuestrado y durante su etapa de readaptación no comporta mora. En consecuencia, las entidades bancarias no pueden hacer uso de las cláusulas aceleratorias acordadas en los contratos que suscribieron con el demandante, ni cobrar intereses moratorios durante ese periodo, sin perjuicio de su derecho a cobrar los intereses moratorios que eventualmente se hubieren causado con anterioridad al secuestro. De conformidad con lo anterior, tampoco pueden exigir el pago de honorarios de abogados y demás gastos y costas a que haya lugar en razón del cobro judicial o extrajudicial de las deudas, salvo las causadas con anterioridad al secuestro.

(...) el incumplimiento de las obligaciones del demandante durante el tiempo en que estuvo secuestrado y durante su etapa de readaptación no comporta mora.

En consecuencia, las entidades bancarias no pueden hacer uso de las cláusulas aceleratorias acordadas en los contratos que suscribieron con el demandante, ni cobrar intereses moratorios durante ese periodo, sin perjuicio de su derecho a cobrar los intereses moratorios que eventualmente se hubieren causado con anterioridad al secuestro.

En esa medida, las cuotas que debieron haberse pagado durante el secuestro y durante la readaptación, deberán continuarse cancelando en periodos iguales a los que inicialmente se habían pactado en el contrato, sin que sea posible cobrar intereses de mora por el retraso en el pago de sus obligaciones desde el momento del secuestro. Por supuesto, esto significará aumentar el tiempo durante el cual el deudor paga las cuotas adeudadas, durante un periodo equivalente al del secuestro y posterior recuperación. Como estas cuotas no resultaban exigibles durante el lapso en que el deudor permaneció secuestrado ni durante la readaptación, este tiempo se sumará al periodo durante el cual el deudor deberá pagar la deuda.

Con todo, en el presente caso, el deudor puede haber dejado de pagar cuotas correspondientes a la etapa posterior al año de readaptación. Sin embargo, la conducta de los bancos de exigir anticipadamente la totalidad de las sumas adeudadas prolongó y puso en riesgo la readaptación del demandante. Por lo tanto, la falta de pago de dichas cuotas tampoco puede considerarse como un incumplimiento de las obligaciones del contrato para efectos de exigir las cláusulas aceleratorias o para cobrar intere-

ses moratorios. En esa medida, la Corte ordenará a las entidades bancarias que se abstengan del cobro anticipado de la deuda, de los intereses moratorios por el incumplimiento durante el lapso en que el demandante estuvo secuestrado y hasta un mes después de la notificación de la presente sentencia, así como de los honorarios de abogado y demás gastos y costas derivados del cobro judicial o extrajudicial de la deuda.

Lo anterior, por supuesto, salvo que el demandante incurra en mora, con posterioridad a la novación de los contratos de mutuo. En tal caso, las entidades bancarias podrán exigir el cumplimiento anticipado de las obligaciones pactadas, mediante el uso de las mismas facultades legales y contractuales de las cuales disponían en los contratos iniciales.

Por otra parte, la Corte reconoce el derecho que asiste a las entidades bancarias a reclamar las cuotas exigibles durante la época del secuestro y durante la fase de readaptación del demandante, que comprenden el capital y los intereses remuneratorios. Así mismo, como ya se dijo, puede haber cuotas que no se hayan pagado, aun después de la fase de readaptación del demandante. En esa me-

didada, no puede la Corte ordenar a las entidades bancarias que se abstengan de reclamar dichos intereses, junto con los intereses de mora que se hayan causado antes del secuestro. Sin embargo, los intereses remuneratorios causados durante esta época deben calcularse teniendo en cuenta elementales consideraciones de solidaridad hacia las circunstancias del demandante y hacia sus posibilidades de recuperación económica.

En esa medida, para efectos de mantener la libertad contractual, las partes dispondrán de un mes para llegar a un acuerdo en relación con los intereses remuneratorios causados desde el secuestro, hasta la notificación de la presente sentencia, incorporando las respectivas cláusulas en los nuevos contratos. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, se aplicará la norma supletoria consagrada en el artículo 884 del Código de Comercio. Por lo tanto, las entidades bancarias tendrán derecho a cobrar los intereses corrientes bancarios correspondientes a este periodo, según las certificaciones expedidas por la Superintendencia Bancaria. Los eventuales intereses moratorios causados con anterioridad al secuestro deberán pagarse según el tope máximo permitido por la ley.

Decisión

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

Resuelve

Primero. Conceder la protección de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del demandante. En consecuencia, revocar las sentencias de instancia en el presente proceso de tutela, proferidas por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá y por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente.

Segundo. Continuar con la suspensión del proceso ejecutivo iniciado por el Banco (...), en contra de la Sociedad (...) y (...) y que cursa en el Juzgado (...) y del proceso ejecutivo iniciado por el Banco (...), en contra de la Sociedad (...) y (...), y que cursa en el Juzgado (...), por el término de un mes contado a partir de la notificación de la presente sentencia.

Tercero. Al finalizar el plazo de un mes establecido en el numeral anterior, las partes deberán haber novado los contratos inicialmente suscritos, y haber llegado a un nuevo acuerdo en relación con las cuotas de los préstamos exigibles desde el momento en que el demandante fue secuestrado hasta la notificación de la presente sentencia.

Cuarto. El acuerdo se llevará a cabo de conformidad con lo siguiente:

4.1 Los intereses remuneratorios causados desde el secuestro hasta el mes siguiente a la notificación de la presente sentencia, deberán calcularse teniendo en cuenta las circunstancias del demandante y sus posibilidades de recuperación económica. En caso de que las partes no lleguen a acuerdos en relación con los intereses remuneratorios, las entidades bancarias tendrán derecho a cobrar los intereses corrientes bancarios correspondientes a este periodo, según las respectivas certificaciones expedidas por la Superintendencia Bancaria.

4.2 El Banco (...) y el Banco (...), no pueden cobrar anticipadamente la totalidad de la deuda, mediante el uso de las cláusulas aceleratorias pactadas en los contratos que suscribieron con el demandante. En esa medida, en todo caso, las cuotas que debieron haberse pagado durante el secuestro, durante la readaptación y hasta un mes después de la notificación de la presente Sentencia, deberán continuarse cancelando en periodos iguales a los que inicialmente se habían pactado en el contrato.

4.3 Las entidades bancarias demandadas no tienen derecho a exigir al demandante o a los demás obligados, los intereses moratorios a que hubiere lugar por el incumplimiento en el pago de las cuotas de los contratos de mutuo celebrados, durante el periodo en que el demandante estuvo secuestrado y hasta el mes siguiente a la notificación de la presente Sentencia.

4.4 Los intereses moratorios que eventualmente hayan sido causados con anterioridad al secuestro deberán pagarse en la forma convenida por las partes y en su defecto de conformidad con el máximo permitido por la ley. En esa medida, en el evento de haber mora anterior al secuestro, los intereses moratorios adeudados serán aquellos que se causen sobre las cuotas que eran exigibles y que no habían sido pagadas antes del secuestro. Empero, durante el tiempo del secuestro y hasta el mes siguiente a la notificación de la presente sentencia, no se causarán intereses moratorios.

4.5 Las entidades bancarias demandadas no tienen derecho de cobrar los honorarios de abogados y demás gastos y costas a que haya lugar en razón del cobro judicial o extrajudicial de las deudas durante el tiempo anterior del secuestro del señor (...).

Quinto. Al final del término del mes para llevar a cabo los nuevos acuerdos, el demandante debe suscribir nuevamente los pagarés y demás títulos valores que se habían

suscrito en las relaciones contractuales iniciales, y otorgar las hipotecas y demás garantías reales y personales.

Sexto. Al finalizar el término de un mes, una vez se haya verificado la novación de los contratos, y que el demandante ha otorgado las garantías contempladas en el numeral anterior, los jueces de conocimiento de los respectivos procesos deberán levantar la suspensión del proceso ejecutivo iniciado por el Banco (...), en contra de la Sociedad (...), y (...) que cursa en el Juzgado (...) y del proceso ejecutivo iniciado por el Banco (...), en contra de la Sociedad (...) y (...), y que cursa en el Juzgado (...).

Séptimo. Levantada la suspensión del respectivo proceso, el Banco (...), deberá solicitar en virtud del presente acuerdo al Juez (...) de Bogotá la terminación anticipada del proceso ejecutivo mixto iniciado contra de la Sociedad (...), y (...), y que cursa en el respectivo juzgado. Igualmente una vez cumplida la anterior condición en lo respectivo, el Banco (...), deberá solicitar al Juez (...) la terminación anticipada del proceso ejecutivo mixto iniciado contra de la Sociedad (...) y (...), y que cursa en el Juzgado (...) de Bogotá.

Octavo. Ordenar a la Superintendencia Bancaria que ponga en conocimiento la presente Sentencia a todas las entidades bancarias sujetas a su inspección vigilancia y control, sin que ello signifique reconocerle efectos inter pares».

Conceptos

Cuenta de ahorro programado

Leasing habitacional

Revisor fiscal

Seguros

Sistema general de pensiones

Cuenta de ahorro programado

Concepto 2002068306-1 del 5 de junio de 2003

Síntesis: *Características especiales. Modalidades. Inactividad de las cuentas de ahorro. Régimen del subsidio de vivienda de interés social; vigencia.*

«(...) Plantea algunas inquietudes relacionadas con las cuentas de ahorro programado.

Sobre el particular, conviene precisar en primer lugar que las cuentas de ahorro programado para adquisición de vivienda, tal como fueron concebidas por el legislador¹ dada su finalidad, tienen unas características especiales las cuales no permiten su asimilación a las cuentas de ahorro ordinarias. Así pues, la constitución de dichas cuentas en sus diferentes modalidades obedece a un requisito exigido por la ley en determinados eventos o a la decisión del titular con el fin de obtener los beneficios tributarios que traen consigo las mismas.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que en la actualidad existen cuatro modalidades de cuentas de ahorro programado, tres de las cuales son eventos especiales en los que la ley exige la apertura y mantenimiento de las mismas a los clientes que pretenden bajo unas condiciones especiales readquirir su inmueble o adquirir uno. La primera de ellas constituye un requisito legal para llevar a cabo la opción de readquisición de vivienda y acceder al régimen transitorio de beneficios tributarios y subsidios estatales previstos para aquellos deudores a que se refiere el artículo 46 de la Ley 546 de 1999 (reglamentado por los Decretos 2336 de 2000 y 612 de 2001) quienes conservan el derecho real de habitación sobre el inmueble durante el plazo del contrato pero deben ejercer la opción dentro del término señalado en la ley²; la segunda modalidad es similar a la anterior y fue regulada por el Decreto 332 de 2001 mediante el cual se autorizó a los establecimientos de crédito la celebración de una nueva operación denominada “contrato de ahorro programado para compra de vivienda con derecho real de habitación” pero se diferencia de la precedente en que puede celebrarse en todo tiempo, por cualquier persona y no tiene el régimen de beneficios tributarios ni el subsidio Estatal que la ley de vivienda otorgó a la anterior; la tercera categoría corresponde al cumplimiento del requisito de ahorro previo en la modalidad de ahorro programado que se exige a las personas que pretendan postularse al subsidio de vivienda de interés social, conforme al decreto 2620 de 2000 con sus modificaciones y adiciones.

1 Las diferentes modalidades de las cuentas de ahorro programado están consagradas en la siguiente normatividad: a) artículo 46 de la Ley 546 de 1999 reglamentado por los Decretos 2336 de 2000 y 612 de 2001; b) Decreto 2620 de 2000, con sus modificaciones y adiciones; c) Decreto 332 de 2001; y d) artículo 126-4 del Estatuto Tributario reglamentado por los Decretos 2577 de 2001 y 2005 de 2001.

2 Al respecto, el citado artículo señaló: “Durante el año siguiente a la vigencia de la presente ley, quienes entreguen o hayan entregado en dación en pago su vivienda, tendrán opción para readquirirla siempre que no haya sido enajenada por el respectivo establecimiento de crédito. En caso de que haya sido enajenada, el establecimiento de crédito podrá ofrecer, en las mismas condiciones, otro inmueble de propiedad de la entidad sobre el cual no se haya ejercido por parte de su anterior propietario, la opción de readquisición de vivienda”.

La cuarta y última modalidad se refiere a la facultad que tienen todas las personas de acceder a los beneficios tributarios otorgados por la ley a través del depósito y mantenimiento de un ahorro en las cuentas para el fomento de la construcción -AFC- durante el término legal o su destinación a la cancelación de la cuota inicial y cuotas periódicas del crédito hipotecario; tal posibilidad está prevista en el artículo 126-4 del Estatuto Tributario y en los Decretos 2577 de 1999 y 2005 de 2001.

En relación con las cuentas de ahorro programado a que se refieren el artículo 46 de la Ley 546 de 1999³ y el Decreto 332 de 2001, las normas otorgaron a los titulares y al establecimiento de crédito depositario de los recursos la posibilidad de pactar libremente las condiciones y características como se llevará a cabo el programa de ahorro -periodicidad de los depósitos, entre otros-, estableciendo como único requisito que el programa de ahorro en ningún caso sea inferior a 6 meses ni superior a 3 años. En el primer evento, esto es el consagrado en la Ley de Vivienda, debe tenerse en cuenta que el ahorrador obtiene, además de los beneficios tributarios reconocidos para las cuentas AFC, un subsidio otorgado por el Estado consistente en un peso por cada peso ahorrado hasta el límite señalado en la ley⁴.

De igual manera, en materia de las cuentas de ahorro para el fomento de la construcción -AFC- consagradas en el artículo 126-4 del Estatuto Tributario, Decreto 2577 de 1999 y el Decreto 2005 de 2001, no existen normas que señalen la periodicidad para tales depósitos, pues el único requisito para obtener los beneficios tributarios otorgados por la ley en el primer caso es la permanencia de los recursos por cinco años, y en el segundo, que dichos recursos se destinen exclusivamente a la cancelación de la cuota inicial y de las cuotas para atender el pago de los créditos hipotecarios, como antes se indicó.

En el caso del ahorro previo en la modalidad de ahorro programado como requisito para llevar a cabo la postulación y así acceder al subsidio de vivienda de interés social a que se refiere el Decreto 2620 de 2000 con sus modificaciones y adiciones⁵, la ley exigió por regla general a sus titulares la realización de aportes mensuales durante un tiempo no inferior al señalado en el artículo 30 así:

“Quienes se encuentren inscritos en el Registro de Postulantes, de acuerdo con las normas del Decreto 824 de 1999 y quienes lo hicieron, de acuerdo con las normas del presente decreto, deberán acreditar como mínimo, en el año 2000 y 2001, un periodo de ahorro previo de tres (3) meses. Quienes lo hagan para las postulaciones del año 2002 deberán acreditar, como mínimo, un periodo de ahorro de seis (6) meses. El periodo de ahorro previo mínimo de 12 meses se aplicará para las postulaciones del año 2003 y siguientes”.

En armonía con lo anterior, señala el decreto en estudio⁶ que a partir del momento de la postulación el ahorro acreditado en la respectiva cuenta **será inmovilizado en la entidad depositaria mientras se encuentra vigente la postulación** con el fin de garantizar su

3 Reglamentado por los Decretos 2336 de 2000 y 612 de 2001.

4 Dicho programa de ahorro goza de un subsidio otorgado por el Estado consistente en un abono de un peso por cada peso ahorrado por el titular de la opción, sin que sobrepase el quince por ciento (15%) del valor comercial del bien establecido al momento de la celebración del contrato (num. 7 del art. 46 de la Ley 546 de 1999 y art. 3º del Dec. 2336 de 2000).

5 El citado decreto ha sido modificado por los Decretos 1585, 2342, 2677 de 2001, 1354 y 2488 de 2002.

6 Artículo 38 ibídem.

(...) los inscritos en el registro de ahorradores podrán solicitar el subsidio mediante el ingreso al Registro de Postulantes para lo cual deberán acompañar copia de la comunicación enviada a la entidad captadora en la que se informe lo anterior con la consecuente inmovilización de recursos; en el evento en que no sean beneficiarios del subsidio podrán continuar como postulantes hábiles conforme lo señala la norma, adjuntando la certificación de inmovilización de los mismos, entre otros.

aplicación al objeto señalado en la normativa. En tal sentido, los artículos 31 y 32 del Decreto 2620 de 2000 establecen que una vez cumplido el programa de ahorro⁷, los inscritos en el registro de ahorradores podrán solicitar el subsidio mediante el ingreso al Registro

de Postulantes para lo cual deberán acompañar copia de la comunicación enviada a la entidad captadora en la que se informe lo anterior con la consecuente inmovilización de recursos; en el evento en que no sean beneficiarios del subsidio podrán continuar como postulantes hábiles conforme lo señala la norma, adjuntando la certificación de inmovilización de los mismos, entre otros.

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se concluye que las cuentas de ahorro programado están sometidas a normas de carácter especial, las cuales rigen de manera particular temas como la finalidad u objeto del ahorro, las condiciones de dichos contratos, permanencia de los recursos, aspectos operativos, incentivos de carácter tributario etc., características que, como se dijo anteriormente, no son propias de los depósitos de ahorro ordinarios.

No puede perderse de vista que el principio general que rige la constitución y mantenimiento de las cuentas de ahorro programado es, como su nombre lo indica, el cumplimiento de un programa de ahorro por parte del titular en los términos acordados con la entidad o el mantenimiento de unos recursos ahorrados por un tiempo determinado, con la consecuente inmovilización de los mismos.

Efectuadas las precisiones que anteceden y con el fin de absolver las inquietudes contenidas

en los numerales 1, 2, 3, y 4 de su comunicación, conviene señalar que en materia de inactividad de las cuentas de ahorro la única norma actualmente vigente es el artículo 36 del Decreto 2331 del 16 de noviembre de 1998, el cual establece que “Los saldos de las cuentas corrientes o de ahorro que hayan permanecido inactivas por un periodo mayor de un año y no superen el valor equivalente a dos (2) UPAC⁸, serán transferidos por las entidades tenedoras a título de mutuo a la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Dirección General del Tesoro

7 Y establecida la capacidad de crédito, cuando haya lugar a ello (art. 31, Dec. 2620 de 2000, adicionado por el art. 8° del Decreto 2488 de 2002).

8 En la actualidad dicho monto se calcula con base en la UVR, para tal efecto la Circular Externa 015 de 2001 de esta Superintendencia fijó la equivalencia en 322 UVR.

Nacional, para desarrollar el objeto del Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación, del Fondo de Garantías de Entidades Cooperativas, el seguro de desempleo y el servicio de estos recursos en los términos y condiciones que determine el reglamento (...)” (la referencia al pie de página no es textual).

Así es claro que la motivación que originó el traslado temporal de las sumas depositadas en las cuentas inactivas a la Dirección de Tesoro Nacional del citado ministerio fue eminentemente social, pues se buscó orientar dichos recursos a los sectores afectados con la crisis del sistema de financiación de vivienda⁹ y en concreto al desarrollo de los mencionados fondos, al seguro de desempleo, etc., partiendo del supuesto de que dichos recursos al dejar de ser utilizados por el titular de la cuenta por decisión propia o por olvido pasan a serlo por parte de las entidades financieras depositarias de los mismos; en tal virtud y como lo señaló la Corte Constitucional al referirse a la constitucionalidad del artículo en comentario “en realidad lo que ocurre con este precepto es que los fondos depositados en cuentas inactivas, en vez de ser utilizados por las entidades financieras, lo son por el Estado, con el fin exclusivo de atender las necesidades y urgencias inherentes al estado de excepción declarado, sin perjuicio alguno para los depositantes”. (Sentencia C-136 del 4 de marzo de 1999).

Ahora bien a efecto de dar cumplimiento a la disposición en estudio, esta Entidad mediante Circular Externa 001 de 1999¹⁰, instruyó a las entidades vigiladas en los siguientes términos:

“Cuenta Inactiva

Para efectos del artículo 36 del decreto 2331 de 1998, se considerarán cuentas inactivas aquellas cuentas corrientes o de ahorro sobre las cuales no se hubiere realizado ninguna operación durante seis meses. Entiéndase por operación cualquier movimiento de depósito, retiro, transferencia o en general cualquier débito o crédito que afecte a la misma, con excepción de los créditos o débitos que la institución financiera realice con el fin de abonar intereses o realizar cargos por concepto de comisiones y servicios bancarios, operaciones éstas que no impiden considerar una cuenta como inactiva.

Contabilización

Cuando una cuenta haya permanecido inactiva durante seis meses o más, el saldo deberá trasladarse a los siguientes códigos según corresponda:

Tipo de cuenta	Código
Cuentas corrientes privadas inactivas	210520
Cuentas corrientes oficiales inactivas	210530
Ordinarios Inactivos	212008
Cuentas Inactivas	212510

Transcurrido un año de inactividad, siempre que el saldo no supere el valor equivalente a dos (2) Upac, la suma correspondiente se trasladará a título de mutuo a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público (...).”

9 Corte Constitucional, Sentencia C-136 de 1999.

10 Mediante la citada circular la Superintendencia Bancaria de Colombia instruyó a las entidades vigiladas respecto de la aplicación del artículo 36 del Decreto 2331 de 1998.

(...) tratándose de recursos depositados en cuentas de ahorro programado en cualquiera de sus modalidades, no resulta jurídicamente viable la aplicación del Decreto 2331 de 1998.

Como puede observarse, en opinión de esta Superintendencia las disposiciones transcritas se refieren exclusivamente a las cuentas de ahorro ordinarias, pues como se deduce de su tenor literal, las mismas no hicieron alusión a otras cuentas diferentes, v. gr. cuentas de ahorro programado, las cuales tienen un régimen legal especial que impide su asimilación a las ordinarias, puesto que las condiciones particulares de los contratos de ahorro programado, entre las que se destacan la forma en que se puede llevar a cabo el programa de ahorro -la cual puede ser libremente acordada entre el establecimiento de crédito y el cuenta-habiente- y los periodos mínimos de permanencia de los recursos para acceder a la vivienda o a los beneficios fiscales, no son compatibles con los presupuestos que rigen la inactividad de los depósitos ordinarios de ahorro.

En tal virtud, tratándose de recursos depositados en cuentas de ahorro programado en cualquiera de sus modalidades, no resulta jurídicamente viable la aplicación del Decreto 2331 de 1998 ni en consecuencia las disposiciones contables proferidas por esta Entidad, puesto que de los recursos que se manejan a través de ellas es impropio predicar la inactividad debido a que tal consecuencia no sólo es contraria a su régimen legal especial sino que desvirtúa los propósitos para los cuales fueron concebidas las mencionadas cuentas. Por ende, tampoco procede la contabilización de los recursos en las subcuentas 212008 (depósitos de ahorro ordinarios inactivos) o 212510 (cuentas de ahorro de valor real inactivas) y su posterior traslado a título de mutuo a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En otros términos, el régimen legal aplicable a las cuentas en comento hace que la actividad de las mismas esté determinada por la permanencia de los recursos allí depositados por el tiempo exigido por la ley o acordado en los respectivos contratos, según la finalidad para la cual se haya constituido. Por tal razón, para establecer la actividad de las mencionadas cuentas, no resulta viable la aplicación de la definición que sobre el término “cuenta inactiva” trae la Circular Externa 001 de 1999 de esta Entidad.

Es así como, reconociendo las particularidades de las mencionadas cuentas a que nos hemos referido, en el Plan Unico de Cuentas del Sector Financiero¹¹, se creó la cuenta 2127 denominada **“Cuentas de Ahorro Especial”** cuya descripción señala:

“Registra el valor de las sumas adeudadas por concepto de depósito recibidos por la Entidad mediante la constitución de ‘Cuentas de Ahorro Especial’ expresados, tanto en unidades de valor real, como en pesos, con el objeto de financiar planes o proyectos de conjuntos habitacionales en los cuales a cada cuenta-ahorrista se le asigna una determinada solución de vivienda”.

11 Resolución 3600 de 1998 proferida por la Superintendencia Bancaria de Colombia, con sus modificaciones.

Atendiendo la especialidad de estas cuentas el citado código comprende únicamente las subcuentas 212705 y 212710 las cuales diferencian los depósitos de ahorro especial expresados en unidades de valor real y en pesos, respectivamente, sin que se hayan contemplado subcuentas adicionales que permitan su contabilización en caso de inactividad como sucede con las cuentas de ahorro ordinarias.

Conforme a lo anterior, es claro que el régimen contable previsto en el PUC estableció reglas específicas para el registro y contabilización de tales recursos, distintas de las de los depósitos ordinarios, reconociendo así su especial naturaleza, tal como se deriva de la denominación y descripción de la cuenta 2127 “Cuentas de Ahorro **Especial**” (se resalta); es así como, resulta claro, entonces, que los recursos depositados en las cuentas de ahorro programado deben registrarse en las cuentas en mención, según corresponda, sin que proceda su contabilización en unas diferentes.

En cuanto a las inquietudes de los numerales 5, 6 y 7 de su comunicación, procedemos a transcribir y absolver cada una de ellas a continuación, en el mismo orden planteado.

“5. ¿Qué posición debe asumir la entidad bancaria, cuando reciba abono de subsidios para cuentas de ahorro programado para la vivienda que no tengan la debida antigüedad requerida por la ley para dicho abono?”.

Al respecto, debe señalarse que tal como fue concebido el régimen de subsidio de vivienda de interés social contenido en el Decreto 2620 de 2000 con sus modificaciones y adiciones, son **entidades otorgantes** del mismo el Inurbe¹² y las Cajas de Compensación Familiar, de lo cual derivan diferentes obligaciones a cargo de las mismas.

Como consecuencia de lo anterior, señala la ley que las citadas Cajas son responsables **de manera autónoma** en la asignación de los subsidios con respecto a sus beneficiarios y “(...) serán los responsables del montaje y operación del registro de ahorradores, de los postulantes y de adelantar los procesos de postulación, calificación, **asignación y pago de subsidios**” (inciso 5 del art. 8 del Dec. 2620 de 2000- se resalta).

En armonía con lo anterior el artículo 37 de la citada normativa señaló que si bien las entidades captadoras de recursos deben informar el cumplimiento del compromiso de ahorro, también lo es que la evaluación de tal aspecto corresponde exclusivamente a las entidades otorgantes del subsidio y su incumplimiento producirá pérdida del puntaje en la calificación de las postulaciones.

A este respecto, debe tenerse en cuenta que en algunos eventos la ley exime del cumplimiento del ahorro previo y de la antigüedad del mismo a los postulantes, v. gr. inciso 2° del artículo 28 del Decreto 2620 de 2000, artículo 42 del citado Decreto modificado por el 1585 de 2001, Decreto 578 de 2002, entre otros, razón por la cual en tales casos no sería necesario acreditar dichos requisitos para que el correspondiente postulante sea acreedor del subsidio.

Así pues, se tiene que son las entidades otorgantes las encargadas de llevar a cabo el proceso de asignación y pago de los subsidios a los postulantes, sin que frente a la situación planteada

12 Debido a la liquidación del Inurbe mediante el Decreto 555 de 2003 se creó el Fondo Nacional de Vivienda “Fonvivienda”.

en su inquietud se haya previsto llevar a cabo algún procedimiento por parte de las entidades captadoras, pues se reitera que no son ellas las que se encargan del proceso de calificación y pago de los mencionados subsidios, ni tienen la información para determinar si hubo o no errores en la asignación.

De otra parte y en armonía con el esquema del subsidio de vivienda de interés social propuesto en la normativa en estudio, la ley¹³ impuso a las entidades captadoras de recursos -entidades financieras, entre otras- algunas obligaciones, como la de remitir mensualmente al Ministerio de Desarrollo Económico -actual Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial- o a la entidad por él designada, la “información” necesaria para realizar “la verificación de la información suministrada” por los postulantes, correspondiéndoles en todo caso a las entidades captadoras de recursos en el momento de la verificación allegar la información detallada de la antigüedad, cumplimiento y saldos mensuales de las cuentas de ahorro para la vivienda en los últimos 4 meses.

De la normatividad en estudio se concluye que son las entidades otorgantes de los subsidios las responsables de llevar a cabo el proceso de verificación a fin de establecer si los postulantes al subsidio cumplen o no con todos los requisitos legales exigidos para su asignación, entre ellos, el cumplimiento del ahorro previo y de la antigüedad en aquellos casos en que haya lugar a tales requisitos.

Así las cosas, en el evento planteado en su inquietud comoquiera que no existe norma expresa que imponga a la entidad financiera la verificación del citado requisito, en opinión de esta Entidad debe procederse a la aplicación del subsidio a la cuenta de su titular. No obstante y como quiera que puede tratarse del incumplimiento de la ley por parte de la entidad otorgante del subsidio, la cual involucra recursos públicos¹⁴ corresponde a la entidad financiera respectiva comunicar la anterior irregularidad a la Superintendencia del Subsidio Familiar con el fin de que se adelante la actuación administrativa a que haya lugar.

“6. ¿Qué debe hacer la entidad bancaria cuando advierta que en las cuentas de ahorro programado para la vivienda existen recursos correspondientes al subsidio familiar de vivienda abonados con más de un año de antigüedad y la entidad otorgante del subsidio no ha solicitado su movilización?”.

En materia de vigencia del subsidio de vivienda, deben tenerse en cuenta en primera instancia las reglas señaladas por el artículo 13 del Decreto 2620 de 2000¹⁵, las cuales disponen que en principio será por seis meses calendario contados a partir del día 1° del mes siguiente a la publicación de la asignación; en aquellos casos en que los beneficiarios a la fecha del vencimiento del subsidio hayan suscrito promesa de compraventa de una vivienda ya construida, en proceso de construcción o un contrato de construcción de vivienda en el evento que sea en sitio propio, la vigencia tendrá una prórroga de seis meses adicionales, siempre y cuando el beneficiario cumpla con los requisitos señalados en la ley.

13 Artículo 29 del Decreto 2620 de 2000 modificado por el artículo 7° del Decreto 2488 de 2002.

14 Conforme al artículo 2° del Decreto 2620 de 2000 el subsidio familiar de vivienda es un aporte estatal en dinero o en especie.

15 Modificado por el artículo 2° del Decreto 1585 de 2001 y luego por el 5° del Decreto 2488 de 2002.

Además, señala la norma que si para la fecha del vencimiento del subsidio, no se ha suscrito promesa de compraventa, la vigencia se ampliará por tres meses más, si el beneficiario solicita la aplicación del subsidio en un programa de esfuerzo municipal o colectivo de vivienda. Si el beneficiario remite a la entidad otorgante antes del vencimiento de la prórroga, la respectiva copia auténtica de la promesa de compraventa o del contrato de construcción, garantizando la entrega de la vivienda dentro del plazo del subsidio, la vigencia del mismo tendrá una prórroga de tres meses adicionales. En todo caso, por disposición legal, la prórroga de la vigencia del subsidio no podrá ser superior a seis meses¹⁶.

Ahora bien, señala el artículo 63 del Decreto 2620 de 2000 que en aquellos casos en que el beneficiario del subsidio no adquiera, construya o ejecute el mejoramiento dentro de su vigencia y ya se hubiere abonado a la cuenta de ahorro programado, “el valor del subsidio, con los rendimientos generados, deberá restituirse a la entidad otorgante”. Para ello la entidad otorgante, deberá avisar del vencimiento de la vigencia del subsidio a la entidad captadora -establecimiento de crédito, entre otros- quien está obligada a reintegrar los recursos dentro de los cinco días hábiles siguientes a más tardar.

En consecuencia, una vez transcurra el término de vigencia del subsidio el procedimiento para la devolución de los mismos es el consignado en las normas citadas; por lo cual, en opinión de esta Entidad, si han transcurrido doce meses o más (el tiempo máximo de vigencia de los subsidios es 12 meses) y la entidad otorgante no ha avisado del vencimiento de los mismos a la entidad financiera, corresponde a esta última informar por escrito a la entidad otorgante a fin de proceder a su devolución, en los términos de ley.

“7. En caso de que una vez autorizada la movilización del subsidio de vivienda por parte de la entidad otorgante del subsidio, el titular de la cuenta de ahorro programado para la vivienda quiera retirar el ahorro previo o girarlo a un tercero que no sea ni el vendedor de la solución de vivienda ni el constructor, el Banco debe acceder sin ningún condicionamiento a acatar la instrucción del titular de la cuenta de ahorro programado, o debe verificar que su giro se efectúe solamente al vendedor de la solución de vivienda?”.

Sobre esta inquietud, señala expresamente el artículo 38 del Decreto 2620 de 2000 que con el fin de garantizar la aplicación del subsidio a los fines señalados en la norma, “(...) a partir del momento de la postulación el ahorro acreditado será inmovilizado en la entidad en la cual esté depositado, mientras se encuentre vigente la postulación (...).

“Una vez comunicada la asignación del Subsidio Familiar de Vivienda los recursos que constituyen el ahorro previo se aplicarán al pago de la cuota inicial de la solución de vivienda adquirida por el beneficiario, o a su edificación en los casos de construcción in situ propio o de mejoramiento”.

Sumado a lo anterior, señala el artículo 47 del decreto citado que en el caso de postulaciones individuales y una vez se acredite la promesa de compraventa, el subsidio será consignado en la entidad captadora de recursos y quedará inmovilizado allí **hasta que se autorice por parte de la entidad otorgante del subsidio su giro al vendedor de la solución de vivienda.**

16 Parágrafo del artículo 13 del Decreto 2620 de 2000, modificado por los Decretos 1585 de 2001 y 2488 de 2002.

Con base en tal precepto, es obvio que en el caso que se consulta la entidad financiera solamente podrá girar tales recursos al vendedor, previa autorización de la entidad que otorga el subsidio; en otro evento no es factible el giro de los recursos a una persona diferente, ya que se parte del supuesto de que la asignación del mismo se hizo con base en la promesa de compraventa en la cual se acreditó la existencia de un contrato entre el comprador beneficiario del subsidio y el vendedor único destinatario del mismo.

Por todo lo expuesto, las entidades financieras deben estar atentas al cumplimiento de todas las disposiciones legales que rigen el otorgamiento y movilización de dichos recursos, puesto que el incumplimiento de alguna de ellas podría conllevar eventualmente a que incurran en el tipo penal de desviación de recursos públicos, dada la naturaleza de dichos aportes tal como ya lo expresamos (...).

Leasing habitacional

Concepto 2003021241-1 del 4 de junio de 2003

Síntesis: *Tratamiento tributario. Aplicación de los pagos en créditos de vivienda. Información a los deudores hipotecarios. Extractos. Naturaleza de los pagos periódicos en el contrato de leasing habitacional. Obligaciones.*

«(...) Plantea unos interrogantes relacionados con el leasing habitacional, a continuación se procede a absolver los mismos, en el orden que fueron formulados:

“¿1. La reducción de la base gravable de retención en la fuente es más favorable para el empleado con el sistema de **leasing habitacional** que con un sistema de compra Común y Corriente? (...)”.

El artículo 7, numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 1 de la Ley 795 del 2003, señala

las operaciones que están autorizados a ejecutar los establecimientos bancarios, entre las cuales se encuentran: “(...) 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**” (se resalta).

Por su parte, el Decreto 779 del 2003 establece el tratamiento tributario del leasing habitacional y contempla la disminución de la base de retención por salarios, la limitación a la opción de mencionada disminución así como el valor máximo a disminuir mensualmente de la base de retención. Adjunto copia del decreto mencionado, para mayor ilustración.

Cualquier inquietud adicional, podrá dirigirse directamente a la Dirección de Impues-

tos y Aduanas Nacionales DIAN, toda vez que el tema consultado corresponde a un asunto de competencia de esa entidad.

“¿2. Cuando yo pago cuotas mensuales para amortizar un crédito de vivienda a cinco años, entiendo que del valor total de esta cuota, un porcentaje va para intereses y otro para capital, en el caso de que el crédito sea a 5 años por 45 millones de pesos cuales serían los porcentajes exactos?”

“¿6. Existe algún departamento de consulta personalizada si es que mis inquietudes ameritan que me acerque a algún sitio donde pueda llevar documentos, y realizar algunos cálculos un poco más exactos?”.

En virtud de la expedición de la Ley 546 de 1999 (ley de vivienda), esta Superintendencia impartió instrucciones sobre la aplicación de los pagos en los créditos de vivienda, que están contenidas en el numeral 4, Capítulo Cuarto, Título Tercero de la Circular Básica Jurídica, las cuales señalan:

“Cada pago se aplicará en el siguiente orden: primas de seguros, intereses de mora si fueron pactados y se han causado y cuota o cuotas predeterminadas vencidas o causadas en orden de antigüedad, es decir, cubriendo todos los componentes de las cuotas mas atrasadas. Salvo manifestación expresa en contrario del deudor, si después de cancelar la última cuota causada hasta la fecha de pago queda un excedente inferior a la cuota subsiguiente, éste se abonará como pago parcial de la misma, si el excedente es mayor o igual al valor de una cuota, se aplicará como abono a capital”.

Ahora bien, en punto a su interrogante acerca de los porcentajes exactos de los abonos que se aplican en cada rubro, el artículo 20 de la Ley 546 de 1999 estableció: “Durante el primer mes de cada año calendario, los establecimientos de crédito enviarán a todos sus deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda una información clara y comprensible, que incluya como mínimo **una proyección de lo que serían los intereses a pagar en el próximo año y**

los que se cobrarán con las cuotas mensuales en el mismo periodo, todo ello de conformidad con las instrucciones que anualmente imparta la Superintendencia Bancaria. Dicha proyección se acompañará de los supuestos que se tuvieron en cuenta para efectuarla y en ella se indicará de manera expresa, que los cambios en tales supuestos, implicará necesariamente modificaciones en los montos proyectados (...)” (se resalta).

Así mismo, el artículo 21 de la misma normatividad prevé que:

“Los establecimientos de crédito deberán suministrar información cierta, suficiente, oportuna y de fácil comprensión para el público y para los deudores respecto de las condiciones de sus créditos, en los términos que determine la Superintendencia Bancaria.

Durante el primer mes de cada año calendario, los establecimientos de crédito enviarán a todos sus deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda una información en las condiciones del presente artículo”.

En desarrollo de lo anterior, el numeral 6 de la Circular Básica Jurídica expedida por esta Superintendencia (Circular Externa No. 007 de 1996) establece:

“En cumplimiento de los artículos 20 y 21 de la Ley 546 del 23 de diciembre de 1999, las entidades destinatarias de este instructivo deberán remitir a todos sus deudores de créditos individuales hipotecarios para vivienda vigentes y para los nuevos que se otorguen, una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de sus créditos, de manera tal que el usuario conozca suficientemente la operación del sistema, **la composición de las cuotas, el comportamiento del crédito durante su vigencia** y las consecuencias de su incumplimiento.

Dicha información será suministrada al público y a los deudores al momento de ofrecer el producto y, **a partir del otorgamiento del préstamo, será remitida a los mismos durante el primer mes de cada año calendario, en los términos del artículo 20 citado, sin perjuicio de que pueda ser solicitada**

por el deudor en cualquier momento durante la vida del crédito.

(...)

6.2 Extractos

Los extractos suministrados a los clientes por parte de los establecimientos de crédito deberán detallar de manera precisa el nombre del titular, número de crédito, sistema de amortización, tasa de interés pactada y cobrada en el correspondiente periodo expresada en términos efectivos anuales aún cuando se haya pactado en términos nominales, cotización de la UVR, fecha de corte de la obligación y fecha límite de pago, número de la cuota que se cancela, número de cuotas pendientes para el pago total del crédito, plazo inicial del mismo, saldo de la obligación y la discriminación del pago anterior indicando el monto amortizado a capital, intereses corrientes y de mora, si es del caso, así como los pagos efectuados por concepto de seguros. Las cifras que se incluyan en el extracto deberán reflejarse en UVR y en pesos, si la obligación se encuentra denominada en UVR.

(...) son las entidades vigiladas (...) las que deberán informar a sus clientes, de acuerdo con el sistema de amortización adoptado, la forma como se aplican los abonos mensuales que efectúan a sus obligaciones y demás información requerida sobre el crédito (...)

6.3 Anualmente

Con el objeto de que los deudores de créditos de vivienda cuenten con los elementos de juicio necesarios a que se refiere el artículo 20 de la Ley 546 de 1999, los establecimientos de crédito deberán remitir dentro del primer mes de cada año la siguiente información:

- a) El comportamiento histórico del crédito indicando para el año inmediatamente anterior cómo se aplicaron los abonos a capital (en UVR y en pesos), los valores por concepto de seguros (incendio, terremoto, vida, etc.), los correspondientes a intereses y el saldo de la obligación (en UVR y en pesos).
- b) Una proyección del crédito para el año en curso, con las indicaciones señaladas en el subnumeral 6.1.2 de este capítulo.
- c) En los casos en que la proyección del año anterior no coincida con el comportamiento real del crédito durante ese periodo, el establecimiento de crédito podrá acompañar una explicación de las causas que dieron origen a tal situación” (se resalta).

Frente a todo lo anterior, resulta viable concluir que son las entidades vigiladas por este organismo de control las que deberán informar a sus clientes, de acuerdo con el sistema de amortización adoptado, la forma como se aplican los abonos mensuales que efectúan a sus obligaciones y demás información requerida sobre el crédito, según los términos y condiciones antes reseñados. En consecuencia, cualquier dato adicional podrá solicitarlo directamente a la entidad financiera respectiva.

“¿3. Si pago en el sistema Leasing un canon mensual con el cual voy amortizando también el valor de la vivienda, cómo (sic) aplican los porcentajes para intereses y cómo los de capital. Es más favorable en este sentido con el sistema de Leasing Habitacional?”.

Sobre el tema y frente al contrato de leasing en general, se ha pronunciado en diferentes oportunidades esta Superintendencia, una de ellas a través del oficio 2000025368-1 del 3 de agosto del 2000, en los siguientes términos:

“Así mismo, los pagos periódicos realizados en el contrato de leasing difieren en cuanto a su naturaleza, origen y finalidad respecto de aquellos efectuados en operaciones crediticias, en especial cuando los instalamentos se generan como consecuencia de la existencia de un contrato de mutuo. Al respecto la Superintendencia en concepto 94049172-1 de septiembre 20 de 1994 precisó:

‘De acuerdo con lo anterior, encontramos que la remuneración periódica que paga el cliente o el deudor, corresponde a la contraprestación por el uso y goce del bien fruto de la estipulación contractual correspondiente, mientras que en el contrato de mutuo, definido por el artículo 2221 del Código Civil como el contrato ‘(...) en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo a restituir otras tantas del mismo género y calidad (...)’, los pagos se realizan incluyendo dentro de los mismos, si se estipularon en cuotas, tantos los conceptos por intereses y demás emolumentos propios de este tipo de contrato, como el de capital que constituye la restitución de la cosa fungible entregada.

Así, encontramos que si bien las cuotas periódicas en ambos contratos representan pagos, el origen o causa de los mismos es a todas luces distinto, pues uno radica en un contrato de mutuo y el otro en un contrato de leasing.

Una de las obligaciones del usuario o tomador del contrato de leasing consiste en pagar el precio o cánones de leasing. Esta es la obligación esencial del usuario, que a su vez es el fin del negocio jurídico para la sociedad financiera que realiza esta clase de contratos en desarrollo

de su objeto social. El precio se integra por factores como el ‘(...) costo del bien o importe de la inversión, **remuneración de este capital**, gastos generales de administración **y un margen de utilidad o beneficio para la sociedad de leasing**. Este valor se paga durante la vigencia del contrato y se divide en cánones periódicos, lo más usual es que sean exigibles mensualmente, término en el cual deben ser cubiertos so pena de incumplimiento del contrato por mora’ (Escobar Gil, Rodrigo, opus cit., pág 78).

Ahora bien, en caso de presentarse mora en el pago de un canon, sin perjuicio de la consecuencia correspondiente consistente en la terminación del contrato de leasing por mora, y se realiza un pago, se aplicará la regla general respecto del pago a la que nos hemos referido con anterioridad, es decir, primero se abonará a intereses y otros conceptos, para después abonar al monto o costo de la inversión’ (resaltamos).

Igualmente, conforme al artículo 884 del Código de Comercio, modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999, en cuanto estipula que en todos aquellos negocios mercantiles en donde deban pagarse réditos de un capital, se hace referencia a todos aquellos actos o contratos de naturaleza crediticia en los cuales, conforme a lo convenido, es inmanente la generación y pago de intereses, como una de las obligaciones principales o accesorias del mismo, prestación que no es propia del contrato de leasing por cuanto allí el cumplimiento de la obligación del arrendatario se dirige esencialmente al pago de una suma de dinero como contraprestación del uso del bien dado en leasing o arrendamiento financiero, de la que no puede derivarse o entenderse el haber pactado el pago de intereses como rédito de un capital.

(...) el cumplimiento de la obligación del arrendatario se dirige esencialmente al pago de una suma de dinero como contraprestación del uso del bien dado en leasing o arrendamiento financiero, de la que no puede derivarse o entenderse el haber pactado el pago de intereses como rédito de un capital.

3. No obstante lo expuesto, resulta pertinente diferenciar los componentes que integran el canon de arrendamiento y que por ende influyen en su fijación o determinación. Así, acudiendo a lo preceptuado por el citado artículo 2° del Decreto 913 de 1993 encontramos que el canon básicamente se integra a partir de dos conceptos: la suma de dinero destinada a la amortización del costo del activo dado en arrendamiento y aquella que se contabiliza como la utilidad originada en la inversión en la adquisición del activo objeto del leasing. Esta utilidad no es otra que el interés que el arrendador cobra al arrendatario en leasing derivado de la citada inversión, por lo cual tal componente está igualmente sometido a los límites legales en materia de las tasas de interés.

Al respecto, ya el Consejo de Estado al estudiar la naturaleza del contrato de leasing precisó que los intereses hacen parte integrante del canon de arrendamiento. En efecto la citada corporación (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero Ponente: José Ignacio Narváez García), en sentencia del 14 de diciembre de 1988 al negar la nulidad del artículo 19 del Decreto 570 de 1984 (norma que establecía, en ese entonces, la base gravable en los contratos de arrendamiento financiero leasing), señaló:

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

(...)

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

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

En armonía con el criterio esbozado el artículo 88 de la Ley 223 de 1995, que adiciona el artículo 127-1 del Estatuto Tributario, indica que los cánones de arrendamiento causados en los contratos de leasing deben descomponerse en la parte que corresponda a abono a capital y la atinente a intereses o costo financiero, señalamiento que si bien se efectúa para efectos tributarios y contables si denota claramente cómo uno de los componentes del mismo necesariamente debe calificarse dentro del concepto de intereses. En efecto, la citada disposición en sus apartes pertinentes precisa:

Artículo 88. Contratos leasing. Adiciónase el Estatuto Tributario con el siguiente artículo:

Artículo 127-1. Contratos de leasing. Los contratos de arrendamiento financiero o leasing con opción de compra, que se celebren a partir del 1º de enero de 1996, **se regirán para efectos contables y tributarios por las siguientes reglas:**

(...)

2. Los contratos de arrendamiento financiero de inmuebles, en la parte que corresponda a terreno, cualquiera que sea su plazo; los contratos de lease back o retroarriendo, cualquiera que sea el activo fijo objeto de arrendamiento y el plazo de los mismos; y los contratos de arrendamiento financiero que versen sobre los bienes mencionados en el numeral anterior, pero cuyos plazos sean inferiores a los allí establecidos; **tendrán para efectos contables y tributarios, el siguiente tratamiento:**

(...)

c) Los cánones de arrendamiento causados a cargo del arrendatario deberán descomponerse en la parte que corresponda a abono a capital y la parte que corresponda a intereses o costo financiero. La parte correspondiente a abonos de capital, se cargará directamente contra el pasivo registrado por el arrendatario, como un menor valor de éste. La parte de cada canon correspondiente a intereses o costo financiero será un gasto deducible para arrendatario (sic).

(...)

3. Para el arrendador, en cualquiera de los casos aquí contemplados, los activos dados en leasing tendrán la naturaleza de activos monetarios. El arrendador deberá incluir en sus declaraciones de renta la totalidad de los ingresos generados por los contratos de arrendamiento. Para

tal efecto, se entiende por ingresos generados por el contrato de arrendamiento la parte de los cánones que corresponda a intereses o ingresos financieros, así como los demás ingresos que se deriven del contrato.

(...)

5. Los registros contables y fiscales a que se refiere el presente artículo en nada afectan la propiedad jurídica y económica de los bienes arrendados, la cual hasta tanto se ejerza la opción de compra pactada, seguirá siendo del arrendador (...) (resaltamos).

Los cánones de arrendamiento causados a cargo del arrendatario deberán descomponerse en la parte que corresponda a abono a capital y la parte que corresponda a intereses o costo financiero.

En cuanto al leasing habitacional, es del caso señalar que -como se detallará en la siguiente inquietud- dentro de las obligaciones del locatario (usuario) se encuentra la de efectuar el pago de un canon periódico durante el plazo convenido.

Es de observar que el mencionado canon incluye un componente de amortización, cuyo porcentaje se acordará entre las partes de acuerdo con el sistemas de amortización que apruebe esta Superintendencia en cumplimiento de lo dis-

puesto en el artículo 5 del Decreto en cuestión y que adopte la entidad financiera autorizada, y un componente de costo financiero, tal como se deduce del texto del artículo 12, literal b) del Decreto 777 del 2003, que prevé que dentro de la información que debe suministrar la entidad autorizada al locatario es preciso incluir "(...) la discriminación de las amortizaciones, el costo financiero y los seguros pagados por el locatario en el año inmediatamente anterior".

¿4. Como ya gestioné mi compra de vivienda con el sistema casi tradicional, es decir

una cuota inicial y posterior un crédito a cinco años, pregunto si ese crédito que va a ser cancelado en cuotas mensuales se pueden transformar en cánones mensuales con opción de compra?”.

La Ley 795 del 14 de enero del 2003, artículo 1° reglamentada por el Decreto 777 del 28 de marzo del mismo año prevé el leasing habitacional, entendido como tal “(...) el contrato de leasing financiero mediante el cual una persona denominada entidad autorizada (de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo 1° del Decreto 777 de 2003 tales entidades son los establecimientos bancarios y las compañías de financiamiento comercial) 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 este último decide ejercer una opción de adquisición pactada a su favor y paga su valor” (paréntesis fuera de texto).

Este mecanismo puede ser aplicado a vivienda de cualquier estrato, sin importar el valor del inmueble y no podrá ser utilizada para un fin distinto a la habitación del beneficiario.

Se trata de una alternativa para adquirir vivienda nueva o usada sin necesidad de cuota inicial; como una medida para los deudores en mora, presentando a la entidad financiera acreedora la posibilidad de celebrar un contrato de leasing y convertirse en locatario sin salir de su lugar de habitación hasta que puedan ejercer la opción de compra, previa la entrega del inmueble en dación en pago o para recuperar la entregada bajo esta misma modalidad.

Esta última opción esta prevista en los artículos 10 y 11 del decreto ya citado y consiste en que los deudores de vivienda que hayan entregado en dación en pago su inmueble, tendrán la prioridad para celebrar el contrato de leasing habitacional durante los tres meses siguientes a la expedición del decreto mencio-

nado, recuperándolo, si la vivienda no ha sido vendida o prometida en venta, siempre y cuando se determine la capacidad de pago del beneficiario. Si la vivienda fue vendida, la entidad financiera podrá ofrecer otro inmueble para que se realice el leasing.

Ahora bien, en punto a su interrogante, es de observar que en el crédito aludido en su consulta se pagó una cuota inicial y se amortiza el excedente del valor del inmueble que es de su propiedad a través de un crédito de cinco años; en el contrato de leasing se adquiere un bien en calidad de tenedor del mismo para su uso y goce y pasados diez años, aproximadamente, podrá tomar la opción de comprarlo para lo cual deberá cancelar el valor del mismo o su excedente, según el monto del mismo que haya amortizado.

Dado todo lo expuesto, le sugiero establecer la procedencia de la transformación de las cuotas -según precisa en su consulta- y si de acuerdo con su capacidad económica, la evaluación del riesgo y demás aspectos, considera que resulta benéfico a sus intereses podrá dirigirse a la entidad financiera acreedora, para presentarle su propuesta y de ser aceptada, acordar las condiciones en que se efectuará la operación (...).

(...) los deudores de vivienda que hayan entregado en dación en pago su inmueble, tendrán la prioridad para celebrar el contrato de leasing habitacional durante los tres meses siguientes (...), siempre y cuando se determine la capacidad de pago del beneficiario.

Revisor fiscal

Concepto 2003023414-1 del 16 de junio de 2003

Síntesis: *Alcance de la firma e importancia del Revisor Fiscal. Firmas de los estados financieros. Ejercicio del suplente.*

«(...) Consulta si es correcto que la persona designada por una firma elegida como revisor fiscal de una institución vigilada no esté obligada a manifestar que pertenece a dicha sociedad de contadores, especialmente cuando suscribe estados financieros de publicación o de corte de ejercicio.

Sobre el particular, proceden los siguientes comentarios:

(...) Para los estados financieros dictaminados de que trata el artículo 38 de la Ley 222 de 1995 se exige estar suscritos por el representante legal y el revisor fiscal, en cuyo caso éste último debe indicar al pie de su firma y tarjeta profesional, la leyenda “ver opinión adjunta” u otra similar.

1. Consultada la normatividad vigente en la materia, especialmente el Código de Comercio, las Leyes 43 de 1990 y 222 de 1995, así como los instructivos proferidos por esta Entidad de obligatoria aplicación para sus vigilados, no se encuentra exigencia legal alguna que obligue a la persona natural -contador público- designado por la firma de contadores que, a su turno, fue elegida por la respectiva asamblea de accionistas como revisor fiscal, a manifestar la circunstancia de que pertenece a esta persona jurídica o que es miembro de ella.

Es así como para los estados financieros dictaminados de que trata el artículo 38 de la Ley 222 de 1995 se exige estar suscritos por el representante legal y el revisor fiscal, en cuyo caso éste último debe indicar al pie de su firma y tarjeta profesional,

la leyenda “ver opinión adjunta” u otra similar. En efecto, la citada norma indica:

“Art 38. *Estados financieros dictaminados.* Son dictaminados aquellos estados financieros certificados que se acompañen de la opinión profesional del revisor fiscal o, a falta de éste, del contador público independiente que los hubiere examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas.

Estos estados deben ser suscritos por dicho profesional, anteponiendo la expresión ‘ver opinión adjunta’ u otra similar. El sentido y alcance de su firma será el que se indique en el dictamen correspondiente, (...)”.

Al respecto la Superintendencia de Sociedades, en punto al alcance de la firma del revisor fiscal, en concepto 220-69702 de octubre de 1998, manifestó:

“Ref. Firmas estados financieros

Me refiero a su escrito radicado en este Despacho con el número 311,450,0, por medio del cual pregunta sobre las implicaciones que tiene la no-presentación de la firma del contador y/o revisor fiscal en los estados financieros de las personas naturales o jurídicas obligadas a ello.

Previo a resolver, se hace indispensable hacer algunas consideraciones que avienen al caso planteado.

1. Importancia del revisor fiscal

La gestión del revisor fiscal se identifica con el hecho de que ésta debe ser libre de todo conflicto de intereses que le reste independencia, y ajena a cualquier tipo de subordinación respecto de los administradores que son, precisamente, los sujetos pasivos de su control (art. 210 y S. S. del C. de Co.), y tener las calidades exigidas por la ley para cumplir las funciones expresamente previstas en el Código de Comercio, tales como ser contador público, no tener ninguna clase de intereses con la sociedad ni con los administradores, actuar con ética profesional, etc.

El revisor fiscal da seguridad sobre el patrimonio de la empresa, pues de su control y análisis depende que aquél se encuentre protegido, conservado y utilizado, al buscar que las operaciones se ejecuten con la máxima eficiencia posible. Además, da seguridad a los asociados sobre el sometimiento de los administradores a las normas legales y estatutarias.

Como se desprende de lo último dicho, igual circunstancia se predica de la conducta que ha de observar en procura de la fidelidad de los estados financieros.

(...)

4. Estados financieros - firmas

La Ley 222 de 1995, reformativa del libro segundo del Código de Comercio, hace especial diferencia entre sus artículos 37 y 38. Así, dispuso en el primero citado el que representante legal y el contador público bajo cuya responsabilidad se hubiesen preparado los estados financieros son quienes deben certificarlos al ponerlos a disposición de los asociados y de terceros. **El 38, por su parte determina que son dictaminados aquellos que además de estar certificados, se acompañan con la opinión profesional del revisor fiscal, o a falta de éste, del contador público independiente que los haya examinado de conformidad con las normas de auditoría generalmente aceptadas.**

En resumen, los estados financieros son de dos clases: Certificados, cuando se encuentran suscritos por el representante legal y el contador de la sociedad y Dictaminados, **los suscritos por el representante legal, el contador y el revisor fiscal, en cuyo caso éste último debe indicar al pie de su firma y tarjeta profesional, le leyenda ver opinión adjunta u otra similar.**

La gestión del revisor fiscal se identifica con el hecho de que ésta debe ser libre de todo conflicto de intereses que le reste independencia, y ajena a cualquier tipo de subordinación respecto de los administradores que son, precisamente, los sujetos pasivos de su control.

Pero para llegar a ello, esto es el cumplimiento de las formalidades legales para aceptar dichos estados financieros, debe inicialmente el contador elaborarlos, haciéndose de esa forma responsable **y posteriormente el revisor fiscal firmarlos o rendir informes sobre éstos, con lo cual se presume que dichos estados se ajustan no solo a la ley sino que igualmente reflejan la real situación de la persona jurídica.**

En este orden de las cosas podemos concluir que Ley 222 de 1995 lo que hizo fue centrar más el artículo 33 del Decreto 2649, al señalar que el dictamen se presenta sobre aquellos estados financieros certificados por el revisor fiscal de la sociedad, y si no se ha designado, el competente entonces es aquel que actúa como contador público independiente.

De otro lado, traemos al texto lo consignado por el artículo 207 (7) del Código Mercantil, al establecer como funciones del revisor fiscal la de autorizar con su firma cualquier balance que se haga, con su dictamen o informe correspondiente” (se resalta).

2. A su turno la Superintendencia Bancaria mediante la expedición de la Circular Básica Jurídica (Circular Externa 007 de 1996¹) profirió perentorias instrucciones de obligatorio acatamiento para sus vigiladas en torno a la importancia, características y objetivos que debe comportar la revisoría fiscal en instituciones vigiladas. Al respecto, cabe destacar lo señalado en el Título Primero, Capítulo Cuarto, Numeral 4, subnumeral 4.16 en punto al ejercicio de la revisoría fiscal por parte de las firmas de contadores:

“4.16 Ejercicio del suplente

Dada la especial importancia de las funciones atribuidas a los revisores fiscales al tenor de lo dispuesto por el artículo 207 del Código de Comercio, en concordancia con las previsiones consagradas en los numerales 4.1 a 4.9 del presente capítulo, este Despacho considera conveniente efectuar las siguientes precisiones en torno al ejercicio de la Revisoría Fiscal por quienes desempeñan el cargo como principales o suplentes.

El artículo 207 del Código de Comercio exige que el Revisor Fiscal, en el desempeño de sus funciones, desarrolle su labor de manera integral con el propósito de cerciorarse de que la gestión social se celebre y ejecute de conformidad con lo pactado en los estatutos sociales, con las órdenes e instrucciones impartidas por los órganos de administración y con lo previsto en la ley. Es así como las funciones de la Revisoría Fiscal trascienden el ámbito privado en interés de la comunidad y de los asociados, por las evidentes consecuencias que el debido ejercicio de la fiscalización tiene dentro de la órbita social y en la conservación del orden económico.

Cabe resaltar que por la importancia de las funciones asignadas al Revisor Fiscal, la responsabilidad que se deriva de su cumplimiento impone el deber de obtener una evidencia válida y completa por medio del análisis, inspección, observación y confirmación, con el objeto de que la fiscalización y la rendición de informes, dictámenes y certificaciones tengan la virtud de alcanzar los cometidos que señala la ley.

La Superintendencia Bancaria ha venido observando de tiempo atrás que las funciones atribuidas al Revisor Fiscal vienen siendo ejercidas de manera simultánea por las personas designadas para dicho cargo como titulares y suplentes, lo cual conlleva a diluir la responsabilidad inherente al control y fiscalización de la gestión de los negocios sociales con expresa contravención a la previsión consagrada en el artículo 215 del Código de Comercio que exige el desempeño personal del cargo y, tan sólo a falta del titular, faculta la actuación de los suplentes designados para el efecto. Por ello, se ha dicho con razón, que la función del suplente es suplir y no suplantar al principal.

1 El texto de esta circular puede consultarse en nuestra página Internet: www.superbancaria.gov.co ícono normatividad.

En consecuencia, sobre la base de que el artículo 215 del Código de Comercio impone el ejercicio personal del cargo de Revisor Fiscal, en aquellas instituciones vigiladas en donde exista uno o más suplentes del Revisor Fiscal, éstos, en su orden, sólo deben ejercer las funciones del titular única y exclusivamente ante la falta definitiva o temporal del titular del cargo, para lo cual deberán haber tomado previamente posesión ante la Superintendencia Bancaria.

Lo anterior significa que el suplente o suplentes del Revisor Fiscal en manera alguna podrán desempeñar simultáneamente tales funciones y, por ende, se encuentran imposibilitados para expedir dictámenes, certificaciones y demás documentos relacionados con el ejercicio de la revisoría si no es como consecuencia de la ausencia definitiva o temporal del Revisor Fiscal titular.

Esta Superintendencia entiende que, en aquellos casos en los cuales hayan sido elegidas sociedades de contadores públicos como Revisores Fiscales, los contadores que se designen para desempeñar el cargo como lo dispone el artículo 4o de la Ley 43 de 1990 deberán ejercerlo durante el periodo correspondiente, salvo causa justificada que amerite su reemplazo definitivo. En sus ausencias, que se suponen igualmente justificadas, actuará el suplente conforme lo señalado en el numeral anterior. Todo ello sin perjuicio de que la firma correspondiente pueda designar un contador diferente para que ejerza personalmente el cargo.

Empero, no puede escapar al buen criterio de las asociaciones o firmas que su labor profesional hace necesaria una estabilidad mínima en el Contador Público que ejerce la revisoría, la cual se ve obstaculizada ante los continuos cambios de la persona a quien se ha encargado esta labor.

En tal sentido, la Superintendencia estima que las asociaciones o firmas de contadores en las cuales haya recaído la elección de Revisor Fiscal de una institución financiera, deben propugnar porque dentro de las naturales limitaciones que ello pueda suponer en ciertos casos, las personas naturales designadas para ejercer el cargo puedan permanecer en él por el periodo correspondiente, de suerte que en el cumplimiento de sus funciones pueda atender las características propias del cargo y, ante todo, las que dicen relación con la permanencia, la cobertura total y la función preventiva” (resaltamos).

Como se observa en caso de que la revisoría fiscal se designe por la asamblea general “(...) conforme a las previsiones contenidas en el artículo 204 del Código de Comercio y recae en una firma o asociación de contadores, presupone la consecuente obligación para la firma nombrada de designar a uno de sus miembros para que simultáneamente proceda a desempeñar **personalmente** el cargo; en estos términos, este último sujeto se torna en destinatario del régimen legal propio de los revisores fiscales, debiendo obviamente cumplir con los presupuestos fijados en el artículo 215 del Código de Comercio” (Memorando OJ-594 de agosto 31 de 1987²) -Las negrillas son del texto-.

3. Así las cosas, conforme lo expuesto, el manifestar la circunstancia de que la persona natural actúa en nombre o representación de la firma de contadores elegida como revisor fiscal queda a criterio de tal entidad y/o de la persona natural que haya sido designada para tal fin que suscriba los respectivos estados financieros (...).

2 Publicado en el Boletín Oficina Jurídica 085 , Julio- Diciembre de 1987 de la Superintendencia Bancaria de Colombia. Páginas 63 a 66.

Seguros

Concepto 2003007323-1 del 12 de junio de 2003

Síntesis: *Pólizas de garantía única de cumplimiento en contratación estatal. Posibilidad de que la fecha de iniciación de vigencia del seguro sea anterior a la fecha de expedición.*

«(...) Expone un problema que se está presentando en el otorgamiento de pólizas garantía única de cumplimiento que respaldan contratos estatales, con ocasión de la exigencia por parte de los funcionarios públicos y de los contratistas de una expedición con vigencia retroactiva, para cuyo efecto solicita “(...) se adopten medidas de gobierno, necesarias para modificar (...)” dicha situación.

Al respecto, se advierte que la observancia de las normas reguladoras del régimen de contratación estatal que definen los aspectos relativos a la aprobación de la garantía única de cumplimiento no implican el desconocimiento de las normas que regulan el perfeccionamiento y expedición de la póliza que contenga la mencionada garantía. Veamos:

1. La Ley 389 de 1997 al modificar el artículo 1036 del Código de Comercio introdujo la característica de la consensualidad en el contrato de seguro, cambiando el tratamiento que impartía la regulación anterior del estatuto mercantil que lo consideraba como un contrato solemne que se perfeccionaba desde el momento en que el asegurador suscribía la póliza, documento que tenía igualmente efectos probatorios respecto de la existencia del contrato.

Así las cosas, el contrato de seguro se perfecciona por el solo consentimiento de las partes¹, tomador y asegurador, y se prueba

mediante confesión o por escrito², caso este último en el cual la póliza mantiene su trascendencia pues se constituye en el documento por excelencia para tal efecto, tanto así que la legislación establece que para “fines exclusivamente probatorios” debe entregarse por el asegurador dentro del término de quince días a partir de la fecha de la celebración del contrato.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la póliza de seguro con la nueva regulación de la precitada ley no perfecciona el contrato de seguro, pero sirve de prueba del mismo, debe entenderse que sus condiciones particulares y generales apuntan exclusivamente a dejar constancia escrita del contrato perfeccionado con anterioridad por el solo consentimiento de las partes.

La Ley 389 de 1997 al modificar el artículo 1036 del Código de Comercio introdujo la característica de la consensualidad en el contrato de seguro.

¹ Véase artículo 1500 del Código Civil.

² Véase artículo 1046 del Código de Comercio modificado por el artículo 3° de la Ley 389 de 1997.

Por tanto, si nos referimos a la vigencia del seguro como una de las condiciones particulares de este, prevista en el numeral 6 del artículo 1047 del Código de Comercio, la póliza probará el acuerdo de voluntades en relación con “(...) las fechas y horas de iniciación y vencimiento, o el modo de determinar unas y otras”.

Así las cosas, es factible que en la póliza de seguro la fecha de iniciación de vigencia del seguro sea anterior a la fecha de expedición de esta, toda vez que el acuerdo de voluntades o consentimiento de las partes precede al documento escrito y son las partes las llamadas a determinar el momento a partir del cual el asegurador comience a asumir los riesgos trasladados por el tomador; mientras que la expedición de la póliza indicará la fecha en que se produjo el documento que prueba, entre otros, el contrato de seguro³.

En este orden de ideas, debe agregarse que en armonía con las normas analizadas la Carta Circular 143 de 2002 emanada de esta Entidad, dispone que el registro de producción de primas se debe realizar “(...) cuando quiera que se celebre el negocio, independientemente de que la expedición de la póliza o el recaudo de la prima haya sido efectuado o no”, subrayando así que a partir del perfeccionamiento del contrato de seguro el asegurador debe registrar la producción de primas.

2. Ahora bien, respecto de la situación que refiere en su comunicación debe señalarse que la Ley 80 de 1993 al referirse al perfeccionamiento del contrato estatal establece en su artículo 41:

“Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes (...)”.

Del precepto legal transcrito se infiere que uno es el requisito para el perfeccionamiento del contrato estatal y otro distinto el relativo a la aprobación de la garantía como requisito para la ejecución del contrato

En este orden de ideas, debe enfatizarse que la observancia del inciso 2 de la norma en estudio y su aplicación adecuada en los procesos de licitación pública por parte de los servidores públicos y de los contratistas, evitaría que en la práctica se presenten situaciones como la descrita en su comunicación que no corresponden a la exigencia legal.

En efecto, no resultaría legalmente viable que so pretexto de procurar subsanar el incumplimiento de los deberes de servidores públicos o de contratistas una aseguradora preste su concurso para expedir una póliza consignando condiciones que no se ajustan a la realidad del negocio.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad de los servidores públicos y de los contratistas por el incumplimiento de los deberes que les impone la Ley 80, en los términos señalados en los artículos 50 a 59 de mismo precepto legal, así como del control de la gestión contractual a que aluden los artículos 62 y siguientes del citado ordenamiento legal.

Por ultimo es preciso anotar, atendiendo los términos de su petición que en las condiciones señaladas se estima que no resulta necesario adoptar “(...) las medidas de gobierno (...)” con el objeto de subsanar la situación descrita (...).

3 En efecto, según se desprende de lo señalado por el artículo 1046 del estatuto mercantil, aún en ausencia de la póliza de seguro es posible demostrar la existencia del contrato y, en su orden, las fechas de vigencia del mismo, mediante cualquier otro documento escrito que así lo permita establecer o incluso con la confesión del asegurador, que en los términos de lo establecido por el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil, puede ser judicial o extrajudicial.

Sistema general de pensiones

Concepto 2003024393-1 del 15 de julio de 2003

Síntesis: *Obligatoriedad de realizar aportes durante el periodo de huelga.*

«(...) Solicita el pronunciamiento de este Despacho “sobre la obligatoriedad de pagar o no los aportes pensionales (sic) a los diferentes fondos en donde se encuentran afiliados nuestros trabajadores”, tomando en cuenta que durante el mes de abril se presentó una huelga decretada por los trabajadores de la empresa.

En primer lugar es preciso resaltar que de conformidad con el literal d) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, al referirse a las características del Sistema General de Pensiones señala que “La afiliación (a tal sistema) implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en esta ley” (texto entre paréntesis nuestro).

Además de lo anterior, en el artículo 15 ibídem, modificado por el artículo 3° de la Ley 797 de 2003, se establece quiénes son afiliados obligatorios, mencionando, entre otros, a todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Lo anterior nos lleva a concluir de que todas aquellas personas vinculadas laboralmente a través de contrato de trabajo, por ser afiliados obligatorios, tienen la obligación de efectuar aportes al Sistema General de Pensiones, premisa que se reafirma en el artículo 17 de la referida Ley 100, modificado por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, en el que se advierte:

“Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen (...)” (resaltado fuera del texto).

Este criterio fue desarrollado por la Corte Constitucional en Sentencia C-1369 del 11 de octubre de 2000, en el sentido de que el derecho a la seguridad social es irrenunciable y el empleador debe garantizar el que corresponda a sus trabajadores mediante el pago de los aportes correspondientes.

En tal providencia, la Corte expresó:

“(...) las vicisitudes propias de un conflicto colectivo de trabajo que desemboca en una huelga, no pueden implicar el desconocimiento del derecho irrenunciable de los trabajadores a la seguridad social (art. 48 C. P.). Por lo tanto, **la garantía del derecho de huelga es compatible con la del derecho a la seguridad social y durante la cesación de actividades, debe el empleador entregar a las entidades a las cuales se encuentran afiliados éstos para salud y pensiones, tanto los aportes a su cargo como los de los trabajadores.** Claro está que una vez termine la huelga, puede el empleador deducir lo pagado de los derechos laborales causados o que se causen a favor de los trabajadores” (resaltado fuera del texto).

(...) la suspensión
del contrato de trabajo
por efectos de una
huelga no afecta el
deber de realizar las
cotizaciones al Sistema
General de Pensiones

En este orden de ideas, se considera que la suspensión del contrato de trabajo por efectos de una huelga no afecta el deber de realizar las cotizaciones al Sistema General de Pensiones y, en este sentido, este Despacho reafirma lo expresado en conceptos anteriores¹ sobre la obligatoriedad de realizar tales cotizaciones mientras la relación laboral se encuentre vigente.

Ahora bien, es importante recordar que según el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, sobre el empleador recae la obligación de realizar los aportes al Sistema General de Pensiones. En razón de ello, se considera que

éste tiene que responder por la totalidad de la cotización durante el tiempo que dure la huelga, en la medida en que durante este periodo aún cuando no se produce cancelación de salarios, persiste la obligatoriedad de cotizar al Sistema y, una vez el trabajador se reintegre a laborar, deberá cancelar al empleador el porcentaje correspondiente pudiendo, en todo caso, este último, repetir contra el trabajador, sea en uno solo o varios instalamentos (...).

1 Conceptos 2001002049-1 del 21 de junio de 2001, 2001038253-3 del 3 de diciembre de 2001 y 2001038253-5 del 15 de enero de 2003.

Temas de Consulta

Acciones en garantía

ACCIONES EN GARANTÍA

Por considerarlo de interés, a continuación publicamos el Concepto Interno de fecha 5 de agosto de 2003 del Director Jurídico al Superintendente Delegado para la Seguridad Social y Otros Servicios Financieros de la Superintendencia Bancaria.

Síntesis: *Las acciones dadas en garantía mediante pacto expreso de prenda con usufructo confiere todos los derechos de accionista al acreedor prendario. Configuración de ineffecticia de la cesión de dichos derechos cuando no se cuenta con previa autorización de la Superintendencia Bancaria.*

«(...)

1. Naturaleza de la autorización impartida por la Superintendencia Bancaria para la constitución de una entidad vigilada y para la adquisición de sus acciones.

Al respecto, es necesario precisar que los legisladores de las diferentes épocas han expedido leyes que contemplan una serie de exigencias y requisitos para el ejercicio de la actividad financiera, señalando unas condiciones específicas que deben observar las personas que pretenden participar en ella, ya sea como dueños o administradores de las empresas que la desarrollan, las cuales deben cumplirse no solamente a su ingreso sino durante su permanencia en el mercado, a fin de mantener la estabilidad y confianza en el sistema al procurar que las instituciones estén debidamente administradas por individuos que posean la probidad, pericia y solvencia moral necesaria para su manejo.

Es así como la Ley 45 de 1923, ley pilar del sistema bancario, señaló los parámetros que debían ser tenidos en cuenta para lograr un sistema bancario sólido y organizado, dada la naturaleza de interés público que posee la actividad, los cuales deberían ser cumplidos por los particulares que pretendieran el ejercicio de la misma.

En tal sentido, el artículo 27 de la Ley 45 de 1923 consagraba:

“Cuando tal acta haya sido presentada para su revisión, el Superintendente se cerciorará, por cualesquiera investigaciones que estime necesarias, **si el carácter, responsabilidad e idoneidad de la persona o personas** expresadas en dicha acta son tales que inspiren confianza, y si el bienestar público será fomentado con otorgarle a tal establecimiento la facultad de emprender negocios.

Quando el Superintendente se haya cerciorado por tal investigación si es conveniente o no permitir el proyectado establecimiento (...) deberá (...) poner (...) bajo su firma oficial, la palabra ‘aprobada’ o la palabra ‘rehusada’ con la respectiva fecha (...)”¹ (se resalta).

¹ La inclusión de dicho precepto, a voces de lo dispuesto en la exposición de motivos, tuvo como fin mantener en el país bancos sólidos y eficientes evitando que hombres poco honorables o incapaces ejecuten negocios bancarios.

Por lo tanto, se exigía que el Superintendente investigara y determinara, antes de expedir la autorización para el establecimiento de un nuevo banco, las calidades personales y morales de las personas naturales y jurídicas accionistas con el propósito de determinar si tales personas le inspiraban la confianza necesaria y si el público quedaba bien servido por tal institución.

Por su parte, la Ley 45 de 1990, aunque tuvo como propósito efectuar cambios al sistema financiero ajustándolo a las nuevas condiciones de mercado a fin de que fuera más eficiente y moderno, mantuvo un marco regulatorio que resultara más seguro, señalando para el efecto unas reglas relativas a la constitución² y organización de entidades que deben ser observadas por aquellos individuos que pretenden ingresar o participar del mercado a fin de obtener la autorización correspondiente por parte del Superintendente Bancario para el desarrollo de la actividad.

Así mismo, la Ley 510 de 1999 concibió la necesidad de introducir algunos ajustes a las normas legales en materia de condiciones de ingreso al sistema financiero incluyendo lo referente a la exigencia sobre la solvencia moral³ de quienes participen en la constitución de una entidad financiera y de quienes posteriormente sean sus dueños, adicionando los casos en que una persona no puede participar en una entidad financiera, precisamente porque realizaron conductas que derivan en pérdida de confianza en el manejo de la actividad financiera.

Ahora bien, en punto específico a la transferencia de acciones de entidades vigiladas, desde la vigencia del Decreto 2994 de 1981 (artículo 5º) se consagró lo siguiente:

“Toda transacción que tenga por objeto la cesión de acciones de bancos comerciales, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda y compañías de financiamiento comercial, ya se realice mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, que supere el 10% del capital suscrito de la entidad, requerirá la aprobación del Superintendente Bancario quien examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas. El Superintendente, además, se cerciorará de que el bienestar público será fomentado con la transferencia de acciones, todo ello en los términos de la Ley 45 de 1923.

(...)

Parágrafo. Toda operación celebrada sin el cumplimiento del requisito anterior, será ineficaz de pleno derecho sin necesidad de declaración judicial. En tal virtud el representante legal de la compañía

2 El inciso segundo del artículo 9º de la Ley 45 de 1990 señalaba: “En todo caso, previamente al otorgamiento de la autorización de constitución u organización de cualquier institución financiera el Superintendente Bancario se cerciorará, por cualesquiera investigaciones que estime pertinentes, del carácter, responsabilidad e idoneidad de la persona o personas mencionadas en el acta de constitución, o de los accionistas o administradores de quienes participen en la operación. Con base en el resultado de estas investigaciones el Superintendente Bancario adoptará la decisión pertinente”.

3 La Ley 510 de 1999 estableció en el numeral 2.3 del artículo 2º lo siguiente:

“Los numerales 5 y 7 del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero quedarán así:

5. (...)

El Superintendente negará la autorización para constituir la entidad cuando la solicitud no satisfaga los requisitos legales. Igualmente la negará cuando a su juicio los solicitantes no hayan acreditado satisfactoriamente el carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación, de tal manera que éstas le inspiren confianza sobre la forma como participarán en la dirección y administración de la entidad financiera (...).”.

emisora se abstendrá de registrar la transferencia de las acciones en el libro de registro correspondiente, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias establecidas en las disposiciones actualmente vigentes.”

Pos su parte, el Decreto 3604 de 1981 en su artículo 5° también exigió tal requisito, en el siguiente sentido:

“Toda transacción que tenga por objeto la adquisición del 10% o más de las acciones suscritas de los Bancos Comerciales, Corporaciones Financieras, Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Compañías de Seguros y Compañías de Financiamiento Comercial, ya se realicen mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas, o aquellas por medio de las cuales se incremente o disminuya ese porcentaje, requerirá la aprobación del Superintendente Bancario, **quien examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter** de las personas interesadas en adquirirlas. El Superintendente, además, se cerciorará de que el bienestar público será fomentado con la transferencia de acciones, todo ello en los términos de la Ley 45 de 1923.

Parágrafo 1°. Toda operación celebrada sin el cumplimiento del requisito establecido en este artículo, será ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial. En tal virtud, el representante legal de la compañía emisora se abstendrá de registrar la transferencia de las acciones en el libro de registro correspondiente, sin perjuicio de las sanciones pecuniarias establecidas en las disposiciones actualmente vigentes” (se resalta).

Posteriormente, la Ley 74 de 1989 estableció en el artículo 6° el requisito de obtener autorización del Superintendente Bancario a fin de examinar la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirir acciones, así:

“Toda transacción de inversionistas nacionales o extranjeros que tenga por objeto la adquisición del 10% o más de sus acciones suscritas de cualquier entidad financiera sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, ya se realice mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas o aquellas por medio de las cuales se incremente dicho porcentaje, requerirá so pena de ineficacia, la aprobación del Superintendente Bancario, quien examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas. El Superintendente, además, se cerciorará que el bienestar público será fomentado con la transferencia de acciones, todo ello en los términos de la Ley 45 de 1923”.

Dicho precepto fue incorporado en el artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 3° de la Ley 510 de 1999, cuyo texto reza:

“1. Negociación de acciones. Toda transacción de inversionistas nacionales o extranjeros que tenga por objeto la adquisición del diez por ciento (10%) o más de las acciones suscritas de cualquier entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, ya se realice mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas o aquellas por medio de las cuales se incremente dicho porcentaje, requerirá so pena de ineficacia, la aprobación del Superintendente Bancario, quien examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas. El Superintendente, además, se cerciorará que el bienestar público será fomentado con la transferencia de acciones.

Para efectos de impartir su autorización, el Superintendente Bancario deberá verificar que la persona interesada en adquirir las acciones no se encuentra en alguna de las situaciones mencionadas en los incisos 3° y 4° del numeral 5 del artículo 53 del presente estatuto y, adicionalmente, que la inversión que desea realizar cumple con las relaciones previstas en el inciso 5° del citado numeral 5.”

En torno a la negociación de acciones de casas de cambios -que es el caso que nos ocupa-, el parágrafo del artículo 63 de la Resolución 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República dispuso que “Toda transacción de acciones de las casas de cambio, cualquiera sea el porcentaje, requerirá, so pena de

ineficacia, la autorización previa del Superintendente Bancario en los términos del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.

Como se observa, las normas anotadas dejan ver claramente la importancia de establecer las condiciones de las personas que ingresan a la formación y funcionamiento de las entidades vigiladas -siendo incluso más estricta tratándose de casas de cambio- en razón a que la actividad por ellas realizada compromete la confianza del público en el sector financiero y el interés común.

Las disposiciones legales transcritas tienen como objetivo que la Superintendencia Bancaria pueda establecer las condiciones personales de los involucrados en la constitución de la entidad y, en particular, su carácter, responsabilidad e idoneidad. Ello se traduce en una facultad para evaluar la conducta de los solicitantes, su trayectoria personal y profesional, su seriedad y moralidad.

Para tal efecto, el Superintendente Bancario realiza un examen del interesado sobre su carácter, esto es, establece el conjunto de cualidades o circunstancias propias de esa persona que la distinguen por su modo de obrar de los demás; de la idoneidad, valga decir que la persona es la adecuada para el desempeño de la función dada su experiencia y profesionalidad; y su responsabilidad, o sea, que el desempeño que ha tenido en el ejercicio de otras tareas sea ajustado a los lineamientos legales y de prudencia necesarios para el manejo de los negocios.

En ese sentido, de conformidad con el numeral 5 del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el caso de la autorización para la constitución de una entidad financiera el Superintendente Bancario negará dicha autorización cuando la solicitud no satisfaga los requisitos legales y “(...) cuando **a su juicio** los solicitantes no hayan acreditado satisfactoriamente el carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación, **de tal manera que éstas le inspiren confianza sobre la forma como participarán en la dirección y administración de la entidad financiera**” (resalto).

Así las cosas, debe precisarse que con tales disposiciones se busca prevenir a futuro situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público en el sistema financiero, pues permitir el ingreso al mismo de personas que puedan afectar la confianza pública en la nueva institución o en su administración, puede constituirse en un escollo para el desarrollo normal de la actividad de ésta, con lo cual se verá comprometida no solo la suerte de la misma sino de los ahorradores, usuarios e inversionistas de la sociedad naciente o en marcha.

Recuérdese que unos de los objetivos de la Superintendencia Bancaria, conforme a los literales a) y e) del numeral 1 del artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero,

Las disposiciones legales transcritas tienen como objetivo que la Superintendencia Bancaria pueda establecer las condiciones personales de los involucrados en la constitución de la entidad y, en particular, su carácter, responsabilidad e idoneidad.

(...) la autorización que la Superintendencia Bancaria imparte a una persona natural o jurídica para participar en la constitución o administración de una entidad financiera tiene el carácter de “*intuitu personae*”, en razón que se expide teniendo en cuenta las condiciones específicas de la persona: calidad, profesión, solvencia y responsabilidad moral y económica, o lo que es lo mismo, se imparte en consideración a la persona misma.

sustituido por el artículo 1° del Decreto 2359 de 1993, es asegurar la **confianza** pública en el sistema financiero y prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe.

Por otra parte, el control sobre la participación de personas en la constitución de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria tiene entre sus fines el garantizar que los participantes inspiren la confianza necesaria para la adecuada inserción de la nueva entidad en el mercado. De otro modo, permitir que una persona que no la inspire participe en la constitución de un nuevo intermediario financiero, no es más que prohiar el riesgo de no contar con tal confianza en la nueva institución. Igual consideración puede realizarse respecto de entidades financieras en marcha o en funcionamiento.

Con fundamento en todo lo anterior, es dable afirmar que la autorización que la Superintendencia Bancaria imparte a una persona natural o jurídica para participar en la constitución o administración de una entidad financiera tiene el carácter de “*intuitu personae*”, en razón que se expide teniendo en cuenta las condiciones específicas de la persona: calidad, profesión, solvencia y responsabilidad moral y económica, o lo que es lo mismo, se imparte en consideración a la persona misma.

Ahora bien, recordemos que en este tipo de actos la habilidad, el talento y la calidad de la persona son tenidas en cuenta para entregar a ellas la autorización para el desarrollo o ejecución de una actividad, en este caso la financiera; de ahí que no pueda realizarse por otro sin el consentimiento de quien ha impartido la autorización.

En este punto se considera oportuno traer a colación lo expuesto por algunos doctrinantes sobre las obligaciones “*intuitu personae*” que si bien hacen referencia a un tema diferente, las consideraciones expuestas son aplicables respecto de la autorización expedida por la Superintendencia Bancaria, así:

“La labor o la obra pueden ser consideradas personalmente indiferentes cuando el interés del acreedor radica en ellas mismas y no en quién las realice, sabiendo que, de todas

maneras no puede esperar o exigir su satisfacción de nadie distinto del deudor, pero que eventualmente un tercero puede ejecutarlas; o, por el contrario, puede haber de por medio un *intuitus personae* vel *qualitatis personae*, en cuanto que para el acreedor, cierta y legítimamente, no sea indiferente quién realice el hecho, toda vez que las condiciones personales, científicas, profesionales, técnicas, artísticas y aun morales del deudor están íntimamente ligadas a la prestación y la determinan y califican. (...) De todos modos, aun siendo personalísima o personal la prestación y, por lo mismo, pudiendo el acreedor rehusar su ejecución por un tercero (art. 1630 /2/ c.c.), **está a su discreción el pedir y obtener que el trabajo o la obra sean realizados por persona distinta del deudor**⁴ (se resalta).

Así pues, las consideraciones sobre la calidad de la persona misma son el elemento fundamental para impartir la autorización por la Superintendencia Bancaria de Colombia para obtener la condición de accionista de una institución vigilada. Luego, la sustitución de esa condición o de cualquier acto que permita a otro la participación, la dirección o la administración del ente societario, no sería posible sin el previo aquiescencia de este órgano de control una vez evaluadas las condiciones morales y profesionales del interesado, de allí que dicho permiso no pueda ser negociado, transferido y que resulta de la esencia de la actividad la autorización de cualquier negociación. Se insiste, este es un mecanismo establecido en la legislación financiera Colombiana desde la expedición de la Ley 45 de 1923 y hasta la fecha, que tiene por finalidad asegurar la confianza del público en el sector financiero y proteger el interés común o público involucrado en su actividad.

2. Alcance del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y del artículo 63 de la Resolución 8 del 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Como se expuso, la norma en comento establece la exigencia de que “toda transacción (...) que tenga por objeto la adquisición” de acciones de entidades vigiladas en el porcentaje allí señalado (o cualquier porcentaje en el caso de las casas de cambio) debe contar con la autorización de esta Superintendencia.

Del texto anterior podría deducirse, en principio, que la norma está encaminada a exigir el examen de idoneidad, responsabilidad y carácter para otorgar la autorización previa de la Superintendencia Bancaria sólo cuando el negocio jurídico tenga por objeto o resultado la “adquisición” de las acciones de una entidad vigilada, esto es, la transferencia de la propiedad de las mismas dejando de lado cualquier otro negocio jurídico en que se pretenda fungir la calidad de accionista.

Sin embargo, teniendo en cuenta el propósito del legislador al expedir este precepto, aspecto tratado en precedencia, es dable concluir que la autorización contenida en el artículo 88 citado se aplica no sólo a la negociación de acciones que pretende su transferencia, sino también a todas aquellas en que se ceda la calidad de accionista o por lo menos algunos de sus derechos, tal como se verá más adelante.

4 Fernando Hinestrosa Forero, Tratado de las Obligaciones, Tomo I, Editorial Universidad Externado de Colombia, año 2002, pág. 209.

Así mismo, efectuando una interpretación sistemática⁵ del mismo, esto es, como parte integrante de un conjunto o sistema jurídico, analizándolo en todo su contexto y no en forma aislada, se llegaría a idéntica conclusión. En otras palabras, tal como quedó expuesto, de tiempo atrás las normas que regulan el sistema financiero han exigido a quienes pretenden participar en él, el cumplimiento de requisitos de idoneidad, carácter y, responsabilidad, cuyo examen debe ser realizado por el Superintendente Bancario; por ello, el artículo 88 en mención no puede ser interpretado en forma aislada ni exegética sino en función de la institución jurídica de la que hace parte, es decir, de todo el contexto de normas que regulan la materia financiera.

En tal virtud, se considera que la autorización de la que trata la citada disposición debe solicitarse e impartirse no sólo para aquellos negocios en los que se transfiere la propiedad, sino en todos aquellos en los que se ceden derechos políticos inherentes a la calidad de accionista o se permiten ejercer actos propios de tal calidad.

Ahora bien, en punto específico a la interpretación del artículo 63 de la Resolución 8 del 2000, valga recordar que la norma establece que: **“Toda transacción de acciones de las casas de cambio, cualquiera sea el porcentaje, requerirá, so pena de ineficacia, la autorización previa del Superintendente Bancario en los términos del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.** (se resalta).

Sobre este precepto se estima que la remisión que hace al artículo 88 está referida a la manera cómo debe otorgarse tal autorización, valga decir, al examen previo que debe realizarse sobre los interesados y no al tipo de negociación.

Como se aprecia de la legislación para las casas de cambio, la ley exige que toda transacción de acciones, cualquiera sea su cuantía o porcentaje, debe ser autorizada por la Superintendencia Bancaria, regulación que encuentra su fundamento en el hecho de que por la delicada actividad económica que desempeñan tales entidades el legislador ha querido una inspección y vigilancia por parte de este organismo de control mucho

(...) la autorización de la que trata la citada disposición debe solicitarse e impartirse no sólo para aquellos negocios en los que se transfiere la propiedad, sino en todos aquellos en los que se ceden derechos políticos inherentes a la calidad de accionista o se permiten ejercer actos propios de tal calidad.

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

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

más exigente. Por consiguiente para una casa de cambio “toda transacción de acciones, cualquiera sea el porcentaje”, requerirá de la autorización previa de esta Superintendencia.

3. Derechos inherentes a la calidad de accionista y transferencia de los mismos en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

Sobre el particular cabe precisar que la organización de las instituciones financieras como sociedades comerciales conduce a señalar que las mismas se encuentran sometidas al régimen propio de este tipo de contrato societario, en especial al régimen de las sociedades de capital o anónimas de las que trata el Código de Comercio.

Sin embargo, debe señalarse que al tiempo que las instituciones financieras por su carácter de sociedades se encuentran sujetas al estatuto mercantil, también se encuentran sometidas a un régimen especial dictado por razones de orden público, dada la actividad que desarrollan. Así, además, lo dispone expresamente el artículo 2034 ibídem.

En claro lo anterior y en punto específico a los derechos inherentes a la calidad de accionista, importa destacar que el artículo 379 del Código de Comercio señala los derechos que otorga la calidad de accionista, así:

“1º. El derecho de participar en las deliberaciones de la asamblea general de accionistas y votar en ella.

2º. Los de percibir una parte proporcional de los beneficios sociales establecidos por los balances de fin de ejercicio, con sujeción a lo dispuesto en la ley o en los estatutos;

3º. El de negociar libremente las acciones, a menos que se estipule el derecho de preferencia a favor de la sociedad o de los accionistas, o de ambos.

4º El de inspeccionar, libremente, los libros y papeles sociales dentro de los quince días hábiles anteriores a las reuniones de la asamblea general en que se examinen los balances de fin de ejercicio, y,

5º. El de recibir una parte proporcional de los activos sociales al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad”.

Como se desprende de la norma trascrita, son dos las clases de derechos que surgen de la calidad de accionista: los económicos o patrimoniales con los cuales se obtiene un lucro o ganancia y los políticos o personales que permiten participar en la organización legal de la sociedad, en la dirección y control de la compañía (derecho a votar, a impugnar, a tomar decisiones y a orientar los designios de la empresa).

Sobre el tema la doctrina ha manifestado:

“La relación jurídica que representa la calidad de accionista es fuente de diversos derechos, de los cuales unos tienen un contenido indiscutiblemente patrimonial, como el de percibir utilidades repartibles a título de dividendo, el de participar en la distribución de los activos al tiempo de la liquidación del patrimonio social y el de suscribir las acciones de nueva emisión; **mientras que otros son estrictamente personales o solo se manifiestan en actos de intervención en la administración o en la vigilancia de los negocios sociales**”. (resaltado extratextual)⁶

6 Gabino Pinzón, Sociedades Comerciales, Volumen II, Tercera Edición, Editorial Temis, 1989, pág.219.

En el evento de transferirse sólo los derechos que confieren las acciones mas no su propiedad deberá determinarse cuál de éstos se está cediendo, pues en el caso de los derechos políticos (...) su cesión requiere de la previa autorización de este organismo (...) con el fin de garantizar de manera permanente un adecuado control sobre la ética que debe presidir la actividad bancaria encaminada a resguardar o asegurar la confianza del público en el sector financiero y el orden público económico.

El ejercicio de dichos derechos puede ser transferido totalmente, mediante la enajenación de las acciones en virtud de la cual se sustituye la propiedad de las mismas, o parcialmente con la celebración de negocios jurídicos, como el usufructo o la prenda, por los cuales se entrega a un tercero el ejercicio de determinados derechos.

Ahora bien, en el caso de las entidades financieras los derechos inherentes a la calidad de accionista, en principio, pueden ser cedidos por sus titulares. No obstante, cuando son transferidos comportando el cambio de propiedad de las acciones se debe solicitar autorización conforme al artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, toda vez que como se ha demostrado a lo largo de este escrito tal autorización tiene el carácter o naturaleza de “*intuitu personae*” y, por ende, no puede ser transferida a través de dicho negocio.

En el evento de transferirse sólo los derechos que confieren las acciones mas no su propiedad deberá determinarse cuál de éstos se está cediendo, pues en el caso de los derechos políticos y teniendo en cuenta que los mismos confieren la posibilidad de participar en la gestión de la sociedad, de controlarla, de decidir sus destinos, de opinar respecto de la marcha y los negocios de la misma, de elegir administradores, de trazar directrices y recomendaciones, su cesión requiere de la previa autorización de este organismo en los términos del artículo 88 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con el fin de garantizar de manera permanente un adecuado control sobre la ética que debe presidir la actividad bancaria encaminada a resguardar o asegurar la confianza del público en el sector financiero y el orden público económico.

Si se aceptara la conclusión de que un acto jurídico, cualquiera que este fuera, que no implicara la transferencia de propiedad pero que permitiera ejercer los derechos políticos de accionistas en una entidad financiera fuera ajustado a las disposiciones legales comentadas, aplicables a sociedades comerciales de esta naturaleza, la misma tendría como efecto pretermitir toda la regulación legal a que se ha hecho referencia en este escrito, razonamiento que no podría estar acorde con el ordenamiento por estar en oposición con dicha

normatividad o ir en contra vía del mismo. Es claro que las aparentes contradicciones del ordenamiento legal deben superarse acudiendo a la finalidad u objetivo perseguido por la regulación y mediante una interpretación integral o contextual de ella.

De lo contrario, se reitera, sería tanto como afirmar que a través de este mecanismo la legislación permita que funjan como accionistas de las vigiladas personas sobre las cuales no se ha efectuado el examen correspondiente a fin de determinar si cumplen con las exigencias necesarias para intervenir en la ejecución de los negocios bancarios, en otras palabras, si sus calidades personales y profesionales inspiran la confianza necesaria sobre la forma como es posible prever participarán en la dirección y administración de la entidad financiera.

Situación diferente se presenta en tratándose de la cesión de derechos económicos, pues el requisito del que venimos de hablar no sería necesario por cuanto resulta irrelevante para el interés público quién perciba los dividendos o participe en la distribución del activo al tiempo de la liquidación del patrimonio social.

De lo expuesto se concluye que en esta materia la legislación ha establecido una regulación diferente para el caso de sociedades típica o puramente comerciales de las sociedades comerciales que realizan actividades financieras, aseguradoras, previsionales y cambiarias, por tal hecho sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

4. Prenda y usufructo sobre acciones en entidades vigiladas

Sobre el particular, importa destacar que, de conformidad con lo señalado en el artículo 410 del Código de Comercio, la prenda y usufructo sobre acciones nominativas se perfecciona mediante el registro en el libro de accionistas.

Así mismo, a voces del artículo 411 *ibidem*, la prenda no conferirá al acreedor los derechos inherentes a la calidad de accionista sino en virtud de pacto expreso. Es claro entonces que por estipulación expresa el acreedor prendario puede gozar de los derechos derivados de la calidad de accionista (percibir utilidades, deliberar y votar decisiones en la Asamblea) otorgados por quien es su titular.

De igual manera, el artículo 412 del Estatuto Mercantil consagra que “Salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista, excepto el de enajenarlas o gravarlas y el de su reembolso al tiempo de la liquidación.

“Para el ejercicio de los derechos que se reserve el nudo propietario bastará el escrito o documento en que se hagan tales reservas, conforme a lo previsto en el artículo anterior”.

De las normas trascritas se deduce que por regla general, tratándose de sociedades comerciales, no sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria es viable celebrar los contratos de prenda o usufructo sobre las acciones por medio de los cuales el accionista cede al acreedor prendario o al usufructuario algunos de sus derechos frente a la sociedad.

Sobre estos negocios jurídicos y sus efectos la doctrina ha manifestado que:

“Ya se ha dicho que los diversos derechos que son inherentes a la calidad de accionista son susceptibles de ser separados, para hacer de ellos objeto de negocios jurídicos distintos; que tales derechos han llegado a adquirir en la vida del comercio una importancia y una entidad tan objetivas económicamente como las que tienen las cosas corporales; y que deben distinguirse entre esos derechos los que tienen un carácter estrictamente patrimonial y los que carecen de esa índole. Y estas ideas son las que explican los negocios que, como el usufructo y la prenda, dan origen a verdaderos derechos reales sobre las acciones, jurídicamente idóneos para ser objeto de diversos negocios que han sido ya suficientemente tecnificados por las costumbres comerciales, como el usufructo y la prenda, expresamente previstos en el artículo 410 del Código de Comercio.

El usufructo de acciones implica una separación entre el goce de ellas y su nuda propiedad, que suele practicarse en la vida de los negocios y que ha venido siendo aceptada en la doctrina, sin dificultades de orden conceptual. Las dificultades han ocurrido en cuanto a la comprensión del derecho de usufructo, esto es, en cuanto a las facultades que se confieren al usufructuario y las que se entienden naturalmente reservadas al propietario, si entre ellos no se regula expresamente la cuestión”.

(...)

Estas dificultades han sido resueltas expresamente en los artículos 410, 411 y 412 del Código de Comercio, siguiendo en esto la orientación prevista ya en el Decreto 2521 de 1950. Según la primera de estas disposiciones legales, ‘la prenda y el usufructo de acciones nominativas se perfeccionarán mediante el registro en el libro de acciones; la de acciones al portador mediante la entrega del título o títulos respectivos al acreedor o al usufructuario’. Con lo cual queda claramente regulada la forma de perfeccionar estos dos contratos, en los cuales, como ya se dijo, se separan o pueden separarse los derechos reales -de carácter patrimonial- y los derechos meramente personales y accesorios que se derivan de las acciones. En los artículos 411 y 412 se determina y regula, aunque en forma meramente supletiva, el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones por parte del acreedor prendario y del accionista deudor, lo mismo que los del nudo propietario y del usufructuario de las acciones, en el sentido de que ‘la prenda no conferirá al acreedor los derechos inherentes a la calidad de accionista sino en virtud de estipulación o pacto expreso’ y de que, ‘salvo estipulación expresa en contrario, el usufructo conferirá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista, excepto el de enajenarlas o gravarlas y el de su reembolso al tiempo de la liquidación’ ”⁷.

Conforme a lo expuesto, con la prenda o el usufructo podrán conferirse los derechos inherentes a la calidad de accionista; pero en el caso de acciones de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria se requiere para la cesión de los derechos políticos contar con la previa autorización de este organismo consagrada en el artículo 88 del Estatuto en mención, so pena de aplicar la consecuencia prevista en dicha norma.

5. Caso sometido a estudio

5.1 Hechos

De acuerdo con su información, con ocasión de la evaluación de los estados financieros de una casa de cambios y previa constatación con la revisoría fiscal de la misma, se evidenció que se efectuó a favor de un tercero no accionista el registro de dos contratos de mutuo con garantía prendaria y usufructo sobre acciones suscritas de la sociedad.

7 Op.cit., pág. 219.

Manifiesta en tal sentido que en el contrato respectivo se pactó que el acreedor prendario y usufructuario tendrá todos los derechos inherentes a la calidad de accionista, excepto el de enajenarlas.

5.2. Adecuación del caso particular al artículo 88 del EOSF

En la hipótesis sometida a estudio se observa que si bien es cierto que con la negociación en cuestión no se transfirió la propiedad de las acciones de la casa de cambios, también lo es que a través de ella un tercero accedió al derecho de participar en la gestión de la sociedad, de controlarla, de decidir sus destinos, de opinar respecto de la marcha y los negocios de la misma, de elegir administradores, de trazar directrices y recomendaciones sin someterse previamente a la evaluación de la Superintendencia Bancaria respecto de sus condiciones personales, morales y profesionales, de que trata el artículo 88 citado, impidiéndose de esta manera que se efectuara el control exigido por el legislador sobre tales calidades en las personas que van a participar como accionistas en la constitución de la entidad financiera o en su administración, se insiste, función o mecanismo encaminado a asegurar la confianza del público en el sector financiero y resguardar el orden público económico, bienes jurídicos acerca de los cuales debe velar este organismo.

6. Conclusión (...)

Con fundamento en lo expuesto, esta Dirección comparte la conclusión de esa Delegatura acerca del tema en cuestión, toda vez que se considera que en razón a que mediante la celebración de un contrato de prenda con usufructo sobre acciones se cedieron a unas personas los derechos políticos que permitieron el acceso de éstas a la administración, dirección y control de una entidad vigilada, sin contar con la previa autorización de esta agencia gubernamental, se configura la consecuencia prevista en la ley, esto es, la ineficacia de la cesión de dichos derechos.

(...).

(...) se considera que en razón a que mediante la celebración de un contrato de prenda con usufructo sobre acciones se cedieron a unas personas los derechos políticos que permitieron el acceso de éstas a la administración, dirección y control de una entidad vigilada, sin contar con la previa autorización de esta agencia gubernamental, se configura la consecuencia prevista en la ley, esto es, la ineficacia de la cesión de dichos derechos.

Reseña General

Normas

Jurisprudencia

Otros pronunciamientos

NORMAS*

Congreso

Plan nacional de desarrollo

Ley 812 de 2003 (jun. 26). Aprueba el plan nacional de desarrollo 2003-2006, hacia un estado comunitario (*Diario Oficial* 45.231, jun. 27/03, pág. 19).

Revocatoria directa

Ley 809 de 2003 (jun. 6). Modifica el artículo 71 del Código Contencioso Administrativo -revocación directa-. Oportunidad (*Diario Oficial* 45.213, jun. 9/03, pág. 1).

Sistema de Seguridad Social

Ley 828 de 2003 (jul. 10). Las entidades estatales deberán incorporar en los contratos que celebren, como carga contractual, el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral. Cuando se presente incumplimiento de esta carga, por cuatro meses, la entidad podrá dar aplicación a la cláusula excepcional de caducidad (*Diario Oficial* 4.253, jul. 19/03, pág. 2).

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Dación en pago

Decreto 1915 de 2003 (jul. 10). Define condiciones para daciones en pago. Para que un bien sea aceptado como dación en pago debe estar libre de gravamen, embargos, arrendamientos y cualquier limitación al dominio. La dación en pago puede tener por objeto el pago de obligaciones tributarias (*Diario Oficial* 45.245, jul. 11/03, pág. 25).

Información contable del sector público

Decreto 1914 de 2003 (jul. 10). La información consignada en los estados contables

del sector público será objeto de depuración, con el fin de hacerla razonable. A los procesos de saneamiento de la información contable se le aplicarán las normas de auditoría que sean necesarias para reflejar la situación financiera, económica y patrimonial de los entes públicos (*Diario Oficial* 45.245, jul. 11/03, pág. 25).

Instituciones financieras públicas en liquidación*

Decreto 2066 de 2003 (jul. 24). Reglamenta parcialmente el artículo 93 de la Ley 795 de 2003. Procedimiento para extinción de obligaciones por concepto de multas de la instituciones financieras públicas en liquidación. Responsabilidad (*Diario Oficial* 45.259, jul. 25/03, pág. 1).

Prima individual para empleados públicos

Decreto 1752 de 2003 (jun. 26). Establece una prima individual para unos empleados públicos incorporados a las empresas sociales del Estado creadas en el Decreto-Ley 750 de 2003 (*Diario Oficial* 45.230, jun. 26/03, pág. 21).

Rentabilidad mínima

Decreto 1778 de 2003 (jun. 26). La rentabilidad mínima de las entidades administradoras de los patrimonios autónomos del FONPET no podrá ser inferior a la rentabilidad obtenida por un portafolio de referencia elaborado por la Superintendencia Bancaria para cada entidad, disminuida en el 10% (*Diario Oficial* 45.231, jun. 27/03, pág. 96).

SOAT

Decreto 2078 de 2003 (jul. 25). Establece las tarifas máximas que pueden cobrarse por el seguro obligatorio de daños corporales causados a las personas en accidentes de

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

tránsito, y el valor de la contribución al Fondo de Solidaridad y Garantía (*Diario Oficial* 45.262, jul. 28/03, pág. 3).

TES

Decreto 2095 de 2003 (jul. 28). Fija las fechas de expedición de los Títulos de Tesorería, TES, Ley 546 (*Diario Oficial* 45.263, jul. 29/03, pág. 17).

Títulos de deuda pública

Resolución 997 de 2003 (may. 29). Modifica parcialmente la Resolución 1 de 2003 que regula el programa de creadores de mercado para títulos de deuda pública y se dictan disposiciones relacionadas con el mismo (*Diario Oficial* 45.208, jun. 4/03, pág. 1).

Resolución 998 de 2003 (may. 29). Expide el instructivo para la medición de la labor y desempeño de los participantes en el programa de creadores de mercado para títulos de deuda pública (*Diario Oficial* 45.208, jun. 4/03, pág. 1).

Ministerio de la Protección Social

Actividades de alto riesgo

Decreto 2090 de 2003 (jul. 26). Una actividad de alto riesgo es aquella que, por su propia naturaleza genera una disminución de la expectativa de vida saludable del trabajador, independientemente de las condiciones en las que se realiza. Se establecen las actividades de alto riesgo (*Diario Oficial* 45.262, jul. 28/03, pág. 18).

ISS

Decreto – Ley 1750 de 2003 (jun. 26). Escinde el Instituto de Seguros Sociales y crea unas empresas sociales del Estado (*Diario Oficial* 45.230, jun. 26/03, pág. 21).

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Vivienda de interés social rural

Decreto 1042 de 2003 (abr. 28). Objeti-

vos de la política de vivienda de interés social rural. Ámbito de aplicación. Definición de vivienda de interés social rural. Subsidio familiar. Beneficiarios; requisitos y asignación (*Diario Oficial* 45.173, abr. 29/03, pág. 18).

Banco de la República

Posición propia en moneda extranjera

Resolución Externa 2 de 2003 (jun. 20).

La posición propia en moneda extranjera de los intermediarios del mercado cambiario se define como la diferencia entre todos los derechos y obligaciones denominados en moneda extranjera registrados dentro y fuera del balance, realizados o contingentes, incluyendo aquellos que sean liquidables en moneda legal colombiana (*Ámbito Jurídico* No. 133, jul. 27 – ago. 3/03, pág. 6A).

Superintendencia Bancaria

Dación en pago

Circular Externa 034 de 2003 (ago. 6).

Modifica el Capítulo III de la Circular Externa 100 de 1995 - reglas relativas a la adecuada administración de los bienes recibidos en dación en pago-. Imparte reglas para la adecuada administración y contabilización de los bienes que reciben en dación en pago los establecimientos de crédito y las sociedades de servicios financieros. Señala el deber de diseñar y poner en práctica un Sistema de Administración de BRDPS que le permita a las entidades gestionar adecuadamente el riesgo de pérdida vinculado a la realización de tales activos.

Carta Circular 114 de 2003 (sep. 10). En

relación con el régimen de transición de que trata la Circular Externa 034 de 2003, se aclara que cuando en los numerales 2 y 3 se lee “al momento de la expedición de la presente circular”, debe entenderse que se trata de los BRDPS cuya fecha de recepción a partir de la entrada en vigencia de dicha Circular (octubre 1° de 2003) sea de dos años o más y de cero a veinticuatro meses, respectivamente.

Fondos

Circular Externa 036 de 2003 (ago. 29).

Modifica el procedimiento de valoración de los Fondos Comunes Ordinarios, Fondos Comunes Especiales y Fondos de Pensiones Voluntarias. Imparte instrucciones en materia contable y de remisión de información a la Superintendencia Bancaria de Colombia.

Negocios fiduciarios

Carta Circular 110 de 2003 (sep. 4).

Informa que los negocios fiduciarios administrados por las sociedades fiduciarias, así como los patrimonios autónomos autorizados por la Superintendencia Bancaria a las entidades administradoras del sistema general de pensiones y entidades aseguradoras para la administración de los diferentes fondos, se deben clasificar en los tipos y subtipos que se enuncian en la circular.

Posición propia

Circular Externa 035 de 2003 (ago. 27).

Modifica el numeral 8 del Capítulo XIII de la Circular Externa 100 de 1995, relacionado con posición propia y posición propia de contado en moneda extranjera.

Provisión por coeficiente de riesgo

Circular Externa 033 de 2003 (jul. 22).

Señala que los montos que aun permanezcan registrados en los códigos PUC como provisión por aplicación del coeficiente de riesgo, deben trasladarse a las cuentas PUC correspondientes a los conceptos de provisión general y provisión individual.

Superintendencia Bancaria

Resolución 0891 de 2003 (ago. 29).

Crea algunos grupos internos de trabajo en la Dirección Jurídica de la Entidad, bajo la responsabilidad directa de la Subdirección de Consultas.

Resolución 0921 de 2003 (sep. 3).

Modifica el artículo primero de la Resolución 0891 del 29 de agosto del 2003 en el sentido de indicar las funciones de los grupos internos de trabajo de consultas.

Resolución 0892 de 2003 (ago. 29).

Modifica el artículo primero de la Resolución 1470 del 19 de diciembre del 2002 en el sentido de indicar que los grupos de trabajo que funcionan en la Subdirección de Quejas, se denominarán así: Grupo de quejas uno, Grupo de Quejas dos, Grupo de Quejas Tres y Grupo de Apoyo.

Títulos de desarrollo agropecuario

Cartas Circulares 93 y 94 de 2003 (jul. 21).

Informa la relación de inversiones que los establecimientos de crédito deben realizar en títulos de desarrollo agropecuario clase “A” y “B”.

Superintendencia de Valores

Inversiones

Resolución 328 de 2003 (jun. 5).

Modifica la Resolución 1200 de 1995. Inversiones negociables. Inversiones para mantener hasta el vencimiento. Inversiones disponibles para la venta. Reclasificación de las inversiones (*Revista Legislación No. 1219, jul. 30/03, pág. 164*).

Seguro Social

ISS

Circular VP 546 de 2003 (abr. 11).

Documentos obligatorios para el trámite de solicitudes prestacionales (*Revista Legislación No. 1216, jun. 15/03, pág. 1375*).

Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria

Estructura

Decreto 1798 de 2003 (jun. 26).

Modifica la estructura del Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, Dansocial. Objetivos y funciones generales. Organismos de apoyo a la economía solidaria (*Diario Oficial 45.231, jun. 27/03, pág. 99*).

JURISPRUDENCIA*

Corte Constitucional

Administradoras de fondos de pensiones Sentencia T-529 del 26 de marzo de 2003.

Los conflictos entre entidades prestadoras de la seguridad social no pueden afectar a los usuarios. Pensión de invalidez, naturaleza y finalidad.

Cobro de créditos a secuestrados*

Sentencia T-520 del 26 de junio de 2003.

El cobro de créditos a secuestrados viola el principio de solidaridad. Las entidades bancarias no pueden exigir judicial o extrajudicialmente la pago de las cuotas del préstamo durante el término del secuestro y hasta un año después de la liberación. Obligación de renegociar intereses de la deuda.

Créditos de vivienda

Sentencia T-323 del 24 de abril de 2003.

Reliquidación. Financiación de vivienda. Posición dominante de las entidades financieras.

Cuenta única notarial

Sentencia C-574 del 15 de julio de 2003.

Obligación de abrirla. Exequibilidad del artículo 112 de la Ley 788 de 2002.

Exención tributaria

Sentencia C-250 del 25 de marzo de 2003.

Exención tributaria para el seguro por muerte y las compensaciones por muerte de los miembros de las fuerzas militares y de policía nacional. Cosa juzgada constitucional. Los ingresos laborales desde la perspectiva tributaria. Los gastos de representación.

Gravamen a los movimientos financieras

Sentencia C-572 del 15 de julio de 2003.

Naturaleza y fines. Gravamen a los movimientos financieros.

Pensión de invalidez

Sentencia T-259 del 26 de marzo de 2003.

Naturaleza, finalidad. Carácter fundamental. Afectación del mínimo vital.

Pensiones

Sentencia SU-120 del 13 de febrero de 2003.

Indexación de la primera mesada pensional -unificación jurisprudencial-.

Sentencia T-326 del 24 de abril de 2003.

Término para resolver el reconocimiento y pago de pensiones de acuerdo a la Ley 700 de 2001.

Sentencia T-575 del 16 de julio de 2003.

Pago oportuno de mesadas. Acción de tutela por pensionados en empresas en trámite concursal. Proceso de liquidación obligatoria y las acreencias laborales.

Régimen de cambios

Sentencia C-099 del 11 de febrero de 2003.

Principio de tipicidad en la infracción cambiaria. Sujeto activo en los tres eventos en que se presume que existe violación al régimen de cambios. Las infracciones al régimen cambiario hacen parte del derecho administrativo sancionador.

Corte Suprema de Justicia

Pensión de sobrevivientes

Sentencia del 4 de marzo de 2003. Expediente 19.610.

Pago extemporáneo de aportes. Deberes especiales del empleador. Indemnización sustitutiva (*Jurisprudencia y Doctrina* No. 377, may. /03).

* Las jurisprudencias indicadas con asterisco se publican en el presente Boletín.

Régimen de transición

Sentencia del 18 de marzo de 2003. Expediente 18.232. Régimen de servidores municipales. Empleados oficiales. Regímenes especiales (*Jurisprudencia y Doctrina* No. 377, may. /03, pág. 814)..

Sentencia del 23 de abril de 2003. Expediente 19.459. El ingreso base de liquidación para el régimen de transición se rige por la Ley 100 de 1993, pues este no hizo parte de la transición. Así se procede también para las pensiones de jubilación por aportes (*Jurisprudencia y Doctrina* No. 378, jun./03, pág. 1033).

Reintegro

Sentencia del 30 de abril de 2003. Expediente 19.222. El reintegro de una trabajadora despedida por causa de embarazo es imposible cuando la entidad se encuentra en trámite de liquidación (*Jurisprudencia y Doctrina* No. 378, jun./03, pág. 1032).

Consejo de Estado

Acciones de nulidad y restablecimiento

Sentencia del 4 de marzo de 2003. Expediente 5683-02. Antecedentes y características. Evolución jurisprudencial en esta materia. La acción de nulidad contra actos de contenido particular sólo procede para los casos excepcionales previstos en la ley o cuando el acto incide en un interés colectivo de alcance nacional. Notificación del acto de contenido particular (*Jurisprudencia y Doctrina* No. 378, jun./03, pág. 1098).

Bancos y corporaciones financieras

Sentencia del 4 de abril de 2003. Expediente 0110101. Por prestar un servicio público pueden ser sujetos pasivos de la acción de cumplimiento. Legitimación por activa y por pasiva. Renuencia (*Revista Tutela* No. 42, jun./03, pág. 1101).

Libros de contabilidad

Sentencia del 6 de marzo de 2003. Expediente 13.135. Inscripción de libros de contabilidad en el registro mercantil. He-

chos irregulares en la contabilidad; sanción (*Jurisprudencia y Doctrina* No. 378, jun./03, pág. 1091).

Pensión de invalidez

Sentencia del 13 de febrero de 2003. Expediente 2006-01. Cuando una persona no cumple los requisitos para ser pensionada por el régimen especial al cual pertenece, pero sí los cumple dentro del régimen general de la Ley 100, se aplica éste en aras de los principios de igualdad y favorabilidad (*Jurisprudencia y Doctrina* No. 379, jul./03, pág. 1319).

Pensión de sobrevivientes

Sentencia del 6 de marzo de 2003. Expediente 1707-02. Se deben aplicar las normas generales de la Ley 100 de 1993 cuando resultan mas favorables que las normas que gobiernan el régimen especial al que pertenece el empleado (*Jurisprudencia y Doctrina* No. 379, jul./03, pág. 1324).

Pensiones

Sentencia del 7 de marzo de 2003. Expediente 19.327. Actualización de la base salarial para liquidar pensiones. El ingreso base para liquidar las pensiones legales se ajusta cuando el requisito de la edad se cumple en vigencia del régimen de pensiones de la Ley 100 de 1993 (*Jurisprudencia y Doctrina* No. 377, may./03, pág. 818).

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Liquidación de entidades financieras

Sentencia del 22 de mayo de 2003. Expediente 2105. Toma de posesión; causales. Vigilancia especial. Revocación o suspensión del certificado de autorización.

Sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria

Sentencia del 5 de junio de 2003. Expediente 0560. Disminución de capital

social sin previa autorización de la Superintendencia Bancaria. Régimen patrimonial de las instituciones financieras. Márgenes de solvencia o niveles de patrimonio adecuado.

Sentencia del 24 de julio de 2003. Expediente 0834. Defectos de inversión de títulos de desarrollo agropecuario clase “A” y “B”. Término para realizar las inversiones obligatorias en TDA. Sanciones administrativas.

OTROS PRONUNCIAMIENTOS

Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Tres por mil

Concepto General 2 de 2003 (jul. 8).

Adiciona los nuevos hechos generadores del gravamen a los movimientos finan-

cieros, introducidos por la Ley 788 de 2002 -reforma tributaria-. El documento aclara, que el impuesto sobre los movimientos financieros es un tributo del orden nacional cuyo titular es la nación (*Ámbito Jurídico* No. 134, ago. 4-17/03, pág. 44).