

SISTEMA FINANCIERO Y BURSÁTIL

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA
Vicepresidenta

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO
MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
ÉDGAR CARLOS SANABRIA MELO
JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
“RODRIGO LARA BONILLA”

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
“Rodrigo Lara Bonilla”

DAVID AUGUSTO ECHEVERRY BOTERO

SISTEMA FINANCIERO Y BURSÁTIL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ISBN: 978-958-5570-08-5

© CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2019

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9A-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

TABLA DE CONTENIDO

Presentación	11
Sinopsis profesional y laboral del autor	14
Justificación	15
Resumen	16
Convenciones	17
Mapa conceptual del módulo.....	18
Mapa conceptual de cada unidad.....	19
Objetivos del módulo	21

Unidad 1

CONCEPTOS BÁSICOS DE ECONOMÍA Y GENERALIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO Y BURSÁTIL.....	23
1.1 Conceptos básicos de economía de mercado, formación de precios, precio de equilibrio, fallas del mercado y posición dominante	24
a) El Derecho y la Economía - Regulación.....	24
b) Formación de precios y fallas del mercado.....	29
1.2 Conceptos básicos del dinero, origen e historia de los títulos valores, intermediación, intereses y relación entre solvencia y liquidez como base del sistema financiero.	36
a) El dinero, los títulos valores y el origen de los intereses.....	36
b) Intermediación y relación entre solvencia y liquidez como base del sistema financiero.....	43
c) Cómo se forman las tasas de interés	46
1.3 Funciones y naturaleza de la actividad financiera y bursátil, y concepto de consumidor financiero.	54
a) Los Sistemas financiero y bursátil	54

b) La bolsa de valores	58
c) Actividad de interés público	62
d) Características especiales de los contratos financieros y bursátiles.....	65
e) Operaciones bancarias	67
f) Libertad de configuración del legislador en materia de actividades financieras.....	70
g) Consumidor Financiero	75
h) Aplicación de la filosofía constitucional respecto del consumidor financiero a los contratos	81

Unidad 2

CONTEXTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FINANCIERO Y BURSÁTIL	89
2.1 Constitucionalización del derecho civil y comercial: definición y aplicación de <i>ratio decidendi</i> , <i>obiter dicta</i> y precedente judicial	90
a) La Constitucionalización del derecho privado	93
b) <i>Obiter dicta</i> , <i>ratio decidendi</i> y precedente judicial.....	98
c) Constitucionalización del sistema financiero y bursátil	105
2.2 <i>Hábeas data</i> , buen nombre y su aplicación frente a la información reportada a las centrales de riesgo	106
a) Lista Clinton.....	106
b) <i>Habeas data</i> y reportes negativos.....	108
2.3 Acción de tutela contra entidades del sistema financiero y bursátil: casos de especial relevancia.....	116
a) Principio constitucional de democratización del crédito	116
b) Pago anticipado de obligaciones financieras	117
c) Aplicación de los principios constitucionales esbozados a casos específicos del contrato de seguros	120
d) De lo concerniente al crédito hipotecario.....	127

Unidad 3

CASOS PRÁCTICOS DE ANÁLISIS EN MATERIAS FINANCIERA Y BURSÁTIL, Y ASPECTOS PROCEDIMENTALES RESPECTO A LAS ACCIONES DEL CONSUMIDOR FINANCIERO.....	131
3.1 El leasing y la responsabilidad derivada de este frente a terceros	132
3.2 Consumidor financiero: cobros no pactados, tarjetas de crédito y reversión, y responsabilidad por fraude bancario, prelación de embargos	138
a) Casos respecto a las órdenes impartidas y perfil de Riesgo.....	139
b) Contrato de apertura de Crédito	140
c) Penalidad por Pago Anticipado	142
d) Cheques.....	142
3.3 Aspectos procedimentales respecto a las acciones por consumidor financiero	143
4. Casos de autoevaluación.....	146
Caso 1.....	148
Caso 2.....	149
Caso 3.....	150
Caso 4.....	151
Caso 5.....	154
Caso 6.....	155
Caso 7.....	156
Caso 8.....	157
Caso 9.....	158
Caso 10.....	160
Caso 11.....	161
Caso 12.....	162
Caso 13.....	163
Caso 14.....	164
Caso 15.....	164

Caso integrador.....	166
5. Bibliografía	169
5.1 Referencias Bibliográficas	169
5.2 Normatividad.....	171
5.3. Jurisprudencia.....	172

PRESENTACIÓN

El presente Módulo de Sistema Financiero y Bursátil se aparta de la forma clásica en que los programas académicos abordan la temática planteada. En este sentido, no pretende ser un estudio del Derecho Financiero y Bursátil a partir de la normatividad existente y las instituciones que lo componen, como lo es la generalidad en los programas de derecho de pregrado y posgrado que los ofrecen; sino partiendo de una perspectiva metodológica diferente, exponer los elementos básicos del sistema económico y de mercados escogidos por la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, con la finalidad de dar herramientas a los funcionarios y funcionarias de la Rama Judicial para entender el origen y el contexto general que inspira las normas de estas dos materias del derecho.

Partiendo de lo anunciado, se propende por dilucidar la naturaleza, objetivos y fines del sistema financiero y bursátil, así como sus componentes esenciales para entender la forma en que están construidos, teniendo en cuenta su importancia para el desarrollo económico del país y el carácter de interés público que le otorgó la Constitución Política.

Ahora bien, nuestro sistema de derecho conocido como el Civil law, se deriva de herencia romana posterior a la Ley de las 12 tablas, en donde, a partir de un sistema deductivo, la codificación de la ley se constituye en la premisa máxima para la resolución de controversias entre los particulares. En consecuencia, el juez interpretaba y aplicaba dicha ley al caso concreto para impartir justicia.

En contraste, en otras legislaciones como la norteamericana, canadiense, inglesa y australiana, a pesar de compartir una herencia común con Roma respecto a las instituciones del derecho, no existe un régimen de codificación estricto, por lo que los jueces se convierten en creadores de normas de obligatorios cumplimiento a partir de un sistema inductivo: partiendo de un caso en concreto y buscando la mejor forma de resolverlo, se genera una regla de conducta que, con base en la doctrina del precedente y el stare decisis, va a ser aplicable a los demás casos analógicos al resuelto.

Estos dos sistemas tienen perspectivas de análisis diferentes y metodologías diferenciadas frente a la ley y la forma de resolver los conflictos dentro de una sociedad, en donde a algunos autores consideran que el uno

o en el otro permite una mejor adaptabilidad de las normas jurídicas a la realidad cambiante de las sociedades.

Ahora bien luego de la creación de la Corte Constitucional y de su desarrollo jurisprudencial, en el ordenamiento jurídico colombiano existe una mixtura de ambos métodos de análisis: A pesar que partimos de la normatividad como base y fuente de la resolución de los conflictos en la sociedad, el papel de los jueces ha cambiado paulatinamente a creadores del derecho más que interpretadores y aplicadores del mismo.

Por lo anterior, partiendo del estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es necesario analizar el contexto de la constitucionalización del derecho privado y ver cómo este proceso afecta las normas y la forma de entender los sistemas financiero y bursátil en Colombia frente a principios constitucionales, dentro de un marco de primacía de los derechos fundamentales, lo que cambia en últimas la forma de ver las materias específicas del derecho que nos ocupa.

Finalmente, luego de esbozar el contexto en que el presente Módulo se desarrolla, sin pretender analizar la totalidad de las materias que están conociendo los jueces en la actualidad, se aterriza en el contexto práctico del estudio de casos puntuales referido a problemáticas relacionadas con este tipo de derecho que se están debatiendo en los estrados judiciales, para concluir con los aspectos procedimentales y las acciones que son de conocimiento de los operadores y operadoras de la Rama.

Por lo anterior, el Módulo de Sistema Financiero y Bursátil es una oportunidad para el fortalecimiento de las competencias del “saber” en el contexto del “saber hacer”, desde el “saber ser”. En cuanto al saber, contiene las herramientas de conocimiento básicas que les permiten a los operadores y operadoras abordar problemáticas complejas que impliquen multiplicidad de variables a aplicar a un mismo caso.

Desde el saber ser, tendrán elementos de discusión que fundamenten las posturas esgrimidas, para ser debatidas con otros operadores judiciales, propendiendo por generar un conocimiento grupal de dichas instituciones. Con dichos elementos, se busca implementar una cultura de mente abierta que a partir de la discusión que logre mejorar la calidad de los argumentos de los y las operadores y operadoras judiciales en las materias objeto de estudio.

Desde el saber hacer, se pretende que, con base en el conocimiento recibido, tengan mejores herramientas para abordar los casos complejos que lleguen a su conocimiento toda vez que en la práctica jurídica, cuando se

presentan casos complejos que requieren conocimientos de índole económica y figuras que interactúan con otras ciencias, la decisión judicial se vuelve una tarea de difícil realización. Por lo anterior, de una forma didáctica, es necesario abordar dichos conceptos para que el juez o jueza obtenga un mejor entendimiento del caso puesto a su conocimiento.

El presente Módulo se desarrolla como resultado del taller de diagnóstico y planificación en el cual se identificaron las siguientes problemáticas:

- Existe un desconocimiento de los conceptos básicos de la economía como, por ejemplo, qué se entiende por un mercado, sus condiciones, las bases tanto del sistema financiero como del bursátil y otras materias necesarias para entender casos complejos relacionados con estos dos sistemas.
- Es necesario comprender las nuevas tendencias del derecho a partir de la “constitucionalización del derecho privado”, para saber cómo afecta a las instituciones clásicas de esta rama del derecho, como base de las instituciones de los sistemas a estudiar.
- Es necesario identificar casos puntuales en los que la jurisprudencia haya determinado cambios de la legislación, así como los presupuestos para acudir a los distintos mecanismos de protección.
- A partir de las teorías del consumidor financiero, entender la interacción de los dos regímenes existentes frente a la protección del consumidor, las acciones y los procedimientos aplicables a los casos concretos.

El Módulo se enfoca en el referente conceptual de la Constitución Política como el documento fundante del ordenamiento jurídico interno, en el cual se articulan las bases teóricas del sistema económico en su conjunto y cómo estos principios irradian el sistema financiero y bursátil.

SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DEL AUTOR¹

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Cuenta de igual forma con una maestría en Derecho Económico de esta misma Universidad y con un “Master of Commercial Law” (LL.M) de la Universidad del Melbourne (Australia) en donde realizó estudios en “Banking and Finance Law: Principles and transactions”.

Se ha desempeñado en labores tanto en el sector público como en el privado en donde se destaca su participación en el estudio sobre la Viabilidad Económica y Financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana, así como asesor del perito económico en el proceso de Tribunal de arbitramento Telecom –PAR– en liquidación contra Plescom.

Ha combinado la docencia con el ejercicio profesional, desempeñándose al mismo tiempo como docente de la Maestría en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana y Maestría en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás, así como abogado asesor y litigante dentro del sector privado. De igual forma, dentro del sector público ha desempeñado labores como abogado externo en defensa judicial del Instituto para la Economía Social (IPES), organismo administrativo del Distrito de Bogotá.

1 Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana, Magíster en derecho Económico de esta misma Universidad, y Máster of Commercial Law (LL.M) de la Universidad de Melbourne. Docente de la Maestría en derecho Económico de la Universidad Javeriana en las materias de Investigación científica y Seminario de investigación. Director de proyectos de investigación en la maestría en derecho contractual público y privado de la Universidad Santo Tomás. Se desempeña igualmente como docente de las materias de Derecho Comercial General, Sujetos de Derecho Privado y Economía Política en la facultad de derecho de la misma universidad.

JUSTIFICACIÓN

De acuerdo con los principios formativos de la EJRLB, como son las *pedagogías transformadoras*² el *modelo pedagógico sistémico y holista*³ y el *constructivismo cognitivo*⁴ se considera pertinente desarrollar el Módulo de Sistema Financiero y Bursátil.

Teniendo en cuenta la complejidad de tanto el Sistema Financiero así como del Bursátil y su gran dimensión, considerando las bases económicas que los inspiran y la interacción de principios jurídicos y económicos en estos sistemas, se hace relevante la generación de un Módulo; el cual, con base en las problemáticas que están conociendo los jueces, sirva como fundamento tanto teórico como práctico que brinde herramientas necesarias para entender las variables que están implicadas en la resolución de los distintos casos que lleguen a su conocimiento.

Para ello, más que un curso de especialización en estas dos materias, se parte de los principios básicos de la economía para que, explicándolos de una forma sencilla, sea posible comprender los conceptos que inspiran ambos sistemas. En consecuencia los temas de la intermediación, origen de los intereses, sistemas económicos, posición dominante, mercados, riesgo de inversión y perfiles de riesgo se convierten en pilares fundamentales para entender su funcionamiento desde un punto de vista económico y los conceptos que contiene la regulación dentro de un punto de vista jurídico.

De igual forma, las nuevas tendencias y visiones del derecho a partir de la llamada “*constitucionalizarán del derecho privado*” ha producido que muchos de esos conceptos adquieran unas especiales connotaciones en el marco de Estado Social de Derecho que modifican la concepción clásica que tienen dichas figuras, por lo que se partirá del análisis de casos que ya han sido fallados para dilucidar su aplicación práctica.

Por lo anterior, el Módulo a elaborar pretende ser un estudio práctico de casos concretos, que partiendo de los conceptos generales, se convierta en guía que les permita a los operadores y operadoras judiciales enfrentar las problemáticas que lleguen a su conocimiento.

2 Gordillo, Carmen Lucía. *Manual de autores y autoras para la construcción de Módulos de aprendizaje auto dirigido*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2015. p. 9; Gordillo, Carmen Lucía. *Aprender a Aprender en el modelo pedagógico de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”*. Actualización Versión Final. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (s. f.).

3 Ibíd., p. 10.

4 Ibíd., p. 17.

RESUMEN

El Módulo de Sistema Financiero y Bursátil se erige como una herramienta para que los funcionarios de la Rama Jurisdiccional del Estado colombiano tengan las bases necesarias para entender problemas complejos con miras a tomar la mejor decisión posible; lo que implica un entendimiento de la relación entre la economía y el derecho, aplicada concretamente a la normatividad existente frente al sistema financiero y bursátil.

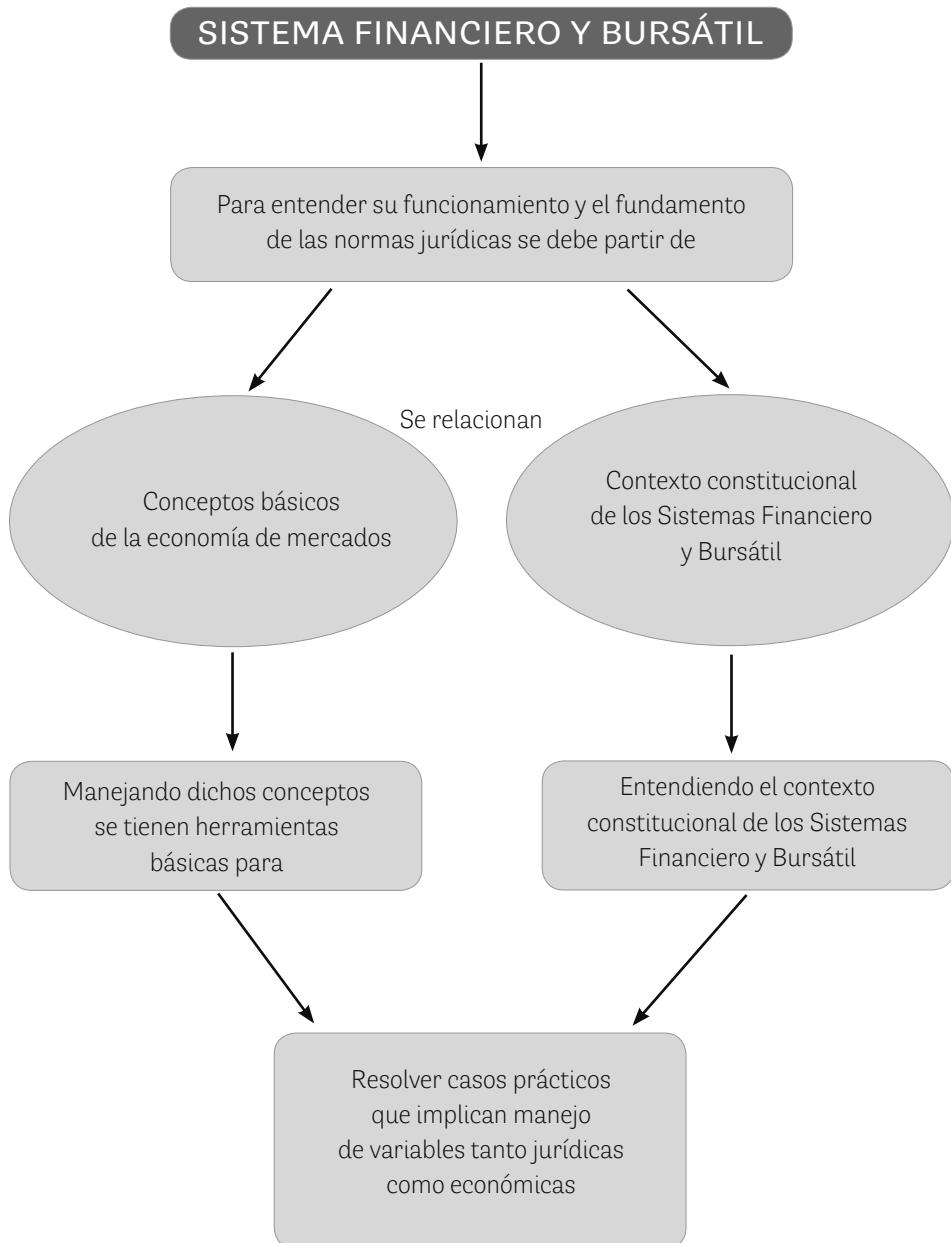
Comprendiendo que tanto al Derecho Financiero como el Bursátil son una expresión de la Rama entendida como el Derecho Económico en donde “*(...) la relación entre el derecho como ciencia y la economía como institución pretende dar cuenta del estudio de la acción del hombre que se desarrolla en la economía como institución (en el mercado). De estas dos relaciones surge, a nuestro parecer, el derecho económico, pues se desarrolla el estudio científico de un conjunto de normas –institución jurídica– que regulan la actividad económica*”⁵, por lo tanto, se expondrá de forma sencilla la interacción que existe entre estas dos ciencias del saber con la finalidad de otorgar las herramientas de análisis necesarias para la comprensión de las figuras propias del Derecho Financiero y Bursátil, con la finalidad que sean aplicadas a los casos objeto de estudio.

5 Márquez Escobar, Pablo. *Introducción a la relación entre el derecho y la economía*. Centro de Estudios en Derecho y Economía, Universidad Javeriana.

CONVENCIONES

<i>Og</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>Oe</i>	<i>Objetivo específico</i>
<i>Co</i>	<i>Contenidos</i>
<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>Ae</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>J</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>B</i>	<i>Bibliografía</i>

Mapa conceptual del módulo



Mapa conceptual de cada unidad

SISTEMA FINANCIERO Y BURSÁTIL

Brindar herramientas básicas y necesarias, desde una perspectiva de interacción tanto económica como jurídica, que les permita a los operadores y operadoras judiciales contar con la información necesaria para analizar y resolver casos complejos relacionados con el Sistema Financiero y Bursátil.

UNIDAD 1

CONCEPTOS BÁSICOS DE ECONOMÍA Y GENERALIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO Y BURSÁTIL

Conceptos básicos de economía de mercado y de los Sistemas Financiero y Bursátil



Como determinan el Derecho y la Actividad Financiera y Bursátil, e influyen en el concepto de consumidor financiero.

UNIDAD 2

CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE LOS SISTEMAS FINANCIERO Y BURSÁTIL

Constitucionalización del Derecho Civil y Comercial como nuevo mecanismo de análisis y aplicación normativa en el ordenamiento jurídico.



Procedencia de la Acción de Tutela contra entidades del Sistema Financiero y Bursátil, y marco de aplicación constitucional a la forma de interpretación de las normas del Sector Financiero y Bursátil.

UNIDAD 3
CASOS PRÁCTICOS DE ANÁLISIS
EN MATERIAS FINANCIERA Y BURSÁTIL

Conceptos básicos de economía de mercado y de los Sistemas Financiero y Bursátil

Constitucionalización del Derecho Civil y Comercial como nuevo mecanismo de análisis

CASOS PRÁCTICOS

Acciones del consumidor financiero frente a la responsabilidad de los comisionistas e inversionistas, y las facultades derivadas de las medidas cautelares, suplantación y tipologías contractuales novedosas.

Procedimientos aplicables tanto para la protección del consumidor financiero como para la práctica de medidas cautelares, prelación de embargos, tráfico de activos ilícitos y modos de recuperación.

OBJETIVOS DEL MÓDULO

<i>Og</i>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Brindar herramientas básicas y necesarias, desde una perspectiva de interacción tanto económica como jurídica, que les permita a los operadores y operadoras judiciales contar con la información necesaria para analizar y resolver casos complejos relacionados con el Sistema Financiero y Bursátil.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivo específico</i></p> <ol style="list-style-type: none">1. Presentar de forma sencilla los fundamentos básicos económicos que permitan entender las generalidades del Sistema Financiero y Bursátil.2. Explicar y comprender lo que implica la constitucionalización del derecho privado y con ello aplicarlo al contexto de los sistemas financiero y bursátil.3. Dilucidar los casos prácticos que se están dando en materia financiera y bursátil más comúnmente. Así como presentar las acciones y procedimientos de protección al consumidor financiero para ser aplicadas por parte de los operadores judiciales.

Unidad 1

CONCEPTOS BÁSICOS DE ECONOMÍA Y GENERALIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO Y BURSÁTIL

Og

Objetivo general

Presentar de una forma sencilla los fundamentos básicos económicos que permitan entender las generalidades del Sistema Financiero y Bursátil.

Oe

Objetivo específico

1.1. Identificar los conceptos básicos de mercado y de la estructura económica del Estado, aplicable al sector financiero y bursátil.

1.2. Explicar de forma sencilla como están conformados el Sistema Financiero y Bursátil colombiano, así como sus funciones económicas y la naturaleza de sus actividades.

1.3. Explicar las relaciones del Derecho Financiero y Bursátil con otras materias, operaciones financieras y las nociones del consumidor financiero.

MAPA CONCEPTUAL DE LA UNIDAD 1

Conceptos básicos de economía de mercado y de los Sistemas Financiero y Bursátil



Cómo determinan el derecho y la actividad financiera y bursátil, e influyen en el concepto de consumidor financiero.

1.1 CONCEPTOS BÁSICOS DE ECONOMÍA DE MERCADO, FORMACIÓN DE PRECIOS, PRECIO DE EQUILIBRIO, FALLAS DEL MERCADO Y POSICIÓN DOMINANTE

a) El Derecho y la Economía - Regulación

La economía de mercado ha generado un gran debate en razón a la forma de su aplicación, especialmente, la relacionada con los principios de redistribución con crecimiento, que muchas veces se aparta de lo que está conceptualizado en los modelos o en el ordenamiento jurídico. Si bien tanto el derecho como la economía son ciencias sociales que propenden por el estudio de la naturaleza humana, cada una de ellas analiza al hombre desde una perspectiva distinta, buscando ambas el mejor estado de cosas para la sociedad.

Su relación es innegable, en palabras de Pablo Márquez:

Así pues, podemos decir que ha sido la comunidad académica la que ha hecho patente una relación, sea cual sea, entre las palabras 'derecho' y 'economía', la cual hace que tome sentido preguntarnos por esa relación. Claro está que, si somos estrictos, estos hechos en el ámbito mundial no son cosa de hoy, sino que hacen parte de la tradición jurídica y económica de algunos países desarrollados durante más de dos siglos⁶.

Más allá de las discusiones filosóficas que se dan entorno a lo que significa el derecho y sus diferentes acepciones históricas, de conformidad con su definición etimológica consiste en un "Conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva (...) y La Ciencia que estudia estos principios y preceptos". (RAE) o en palabras de Cornelutti es "Un conjunto de leyes que regula la conducta de los hombres"⁷.

Estas acepciones y finalidades, tan conocidas por los togados, son de especial relevancia cuando nos acercamos, desde una perspectiva jurídica, al estudio de las instituciones económicas, en razón a que la ciencia jurídica, a partir de la existencia de una norma suprema (que controle el poder supremo de cualquier soberano - abandono de la monarquía) determina unas relaciones

6 Márquez Escobar, Pablo. *Introducción a la relación entre el derecho y la economía*, Centro de Estudios en derecho y Economía, Universidad Javeriana, p. 26.

7 Diccionario de la Real Academia Española. Cornelutti, Francesco. *¿Cómo nace el derecho?* Monografías Jurídicas, ed. Temis, 1998.

de poder que se materializa en la creación de leyes⁸. Ahora bien, las relaciones económicas o el buen desempeño de los agentes dentro del mercado generan también un tipo de poder económico que entra a coexistir con el poder del Estado materializado en las leyes.

Pero entonces, es necesario preguntarnos ¿Qué es la economía?, para saber cómo esta se relaciona con el derecho y cómo produce también una especie de normas, entendidas como las leyes del mercado, que también determina el comportamiento de los agentes o individuos dentro de una sociedad.

La economía:

En términos de la economía neoclásica, la economía es el estudio de la interacción de la acción de los agentes y de los modos de controlar dicha acción para lograr una asignación óptima o eficiente de los recursos escasos, la cual restringe el ámbito de aplicación de la economía⁹.

Ahora bien, con las definiciones transcritas empezamos a ver puntos de confluencia que nos van a determinar la estructura de los sistemas tanto jurídicos como económicos. Por una parte, ambas disciplinas buscan precisamente el controlar a los miembros de una sociedad o incentivar cierta clase de comportamientos deseables dentro de ella. Pero la perspectiva es diferente: mientras que el derecho está inspirado, conforme a Carnelutti y la definición planteada, en una idea de justicia –fuera de las discusiones en torno al término–, la economía busca en cambio una asignación óptima y eficiente de los recursos escasos.

La economía entonces parte de una premisa fundamental y es que precisamente las necesidades de los hombres son ilimitadas mientras que los recursos son limitados. Por ello, la escasez es la base y fundamento de la economía, porque ante esta situación es necesario tomar las mejores decisiones para que dichos recursos sean asignados de la forma más eficiente y a quienes más los valoren. Así, nacen otros de los dos principales problemas de la economía: Crecimiento con distribución del ingreso.

En este estado de cosas, sin el ánimo de convertir el presente escrito en un debate etéreo como en el que se enfrascaban en Bizancio acerca del sexo de los ángeles, hay que ser realistas, lo importante es llenar la nevera. ¿Pero si no hay suficientes bienes para llenar la nevera y mi vecino sí cuenta con

8 Márquez Escobar, Pablo. *Introducción a la relación entre el derecho y la economía*, Centro de Estudios en Derecho y Economía, Universidad Javeriana.

9 Ibid. p. 33.

algunos de ellos, no sería procedente para satisfacer mis necesidades quitarle lo suyo para hacerlo propio?

Nace entonces el concepto de propiedad como base y fundamento del sistema de mercados. Cuando Hobbes calificaba al hombre como un lobo, con el respeto que merecen los lobos¹⁰, se refería precisamente a ese deseo que tienen los seres humanos por satisfacer sus necesidades personales al punto que están dispuestos, si cuentan con la fuerza suficiente, a quitarle los bienes a los otros para satisfacer las propias necesidades, por lo que se hace necesario un leviatán que los controle.

Por ello, solo el reconocimiento del derecho de propiedad empieza a enmarcar a un sistema jurídico dentro de una economía de mercado en razón a que sin propiedad privada no pueden existir los mercados, entendidos como:

(...) fenómeno espacio-temporal, se habla de 'una economía' y nos referimos a un espacio y un tiempo en el cual concurren agentes, es decir: firmas y familias, bienes y servicios, producidos y prestados por la cooperación de firmas y familias, y, debido a la existencia de los mercados, se presentan los precios¹¹.

Así es como el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia de Colombia¹² es la base de todo el sistema económico de mercado que determina tanto al Sistema Financiero como al Bursátil, por la sencilla razón de que sin propiedad privada ningún agente tendría con que acudir a los mercados para realizar un intercambio.

Evidenciando entonces que el derecho y la economía están interrelacionados, partiendo de esas relaciones de poder que quiere regular el derecho mediante las leyes y la mejor asignación de los recursos que desea la economía en virtud de la escasez, surge entonces una pregunta que va a determinar las relaciones entre estas ¿Quién manda a quién?:

En primer lugar, cuando hablamos de la relación entre derecho y economía, Hablamos de una relación entre dos ciencias sociales que

10 Cuando dos lobos rivalizan por un mismo bien o por el liderazgo de la manada, luego del enfrentamiento, si uno de ellos pierde, se recuesta en el suelo mostrando su cuello en señal de sumisión, a lo que el otro lobo responde alejándose sin generarle un mayor daño, esa nobleza sería digna de ser replicada entre los hombres.

11 *Ibid.* p. 33.

12 Artículo 58. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Acto Legislativo 1 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> *Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.*

tienen como objeto de estudio la acción humana. Así, la acción humana que estudia la economía es género y la acción humana limitada, que estudia el derecho, es especie. De esta relación se ocupa el análisis económico de la teoría jurídica, pues se presentan como análisis lógico de la acción¹³.

Esperando de los abogados y abogadas no se sientan atacados en virtud del postulado anterior, partiendo de los axiomas clásicos de la economía Marxista, corroborados por Cornelutti, hay autores que consideran que los actos económicos son todos los que realiza el ser humano, por lo que el Derecho estaría subsumido dentro de la economía al ser esta la superestructura y el derecho, más concreto, la infraestructura¹⁴.

Sin embargo, siendo la ley la expresión del poder materializada del pueblo¹⁵ a través de unos representantes elegidos dentro del sistema democrático, hay otros autores, que consideran que es el derecho, con base en ese poder el que determina la economía, quien entra a limitar los excesos que los agentes económicos pueden desarrollar dentro de un sistema de mercados, en virtud del poder económico que estos puedan llegar a tener.

Entonces, detractores del sistema capitalista y de mercados o neoliberal si se quiere poner en términos que dichas personas consideran como peyorativos, afirman que la ley de oro dentro de la economía es que el que tiene el oro hace la ley:

Se decía que de no acabarse con el régimen anárquico de la libertad, de no darse al Estado la facultad de disponer, reglamentar, limitar e intervenir en la libertad, las consecuencias de ella, serían el abuso del poder económico, la manipulación de aquellos que como único medio de producción tienen el trabajo y la concentración en manos de pocos de los medio de producción¹⁶.

Lo anterior es el origen de las nuevas teorías, en el marco de un Estado Social de Derecho, acerca de la posición dominante tanto contractual como dentro del mercado que van a determinar una nueva forma de interpretación de las normas aplicables a los sistemas financiero y bursátil. Porque precisamente en la concentración de los factores de producción es en donde

13 Ibíd. Márquez, p. 34.

14 Cornelutti, Francesco. Monografías Jurídicas, ed. Temis, 1998.

15 Luego del rompimiento de las estructuras monárquicas en donde el poder tenía un origen divino, el poder, entendido como capacidad de sometimiento, tiene su origen en el pueblo, concepto que además acoge nuestro ordenamiento jurídico al catalogarlo como el constituyente primario.

16 Ibíd. Márquez, p. 44.

se encuentra en gran parte la posibilidad de abuso por parte de algunos agentes del mercado sobre otros.

Dentro de la economía clásica existen tres factores de producción principales: Tierra, trabajo y capital. La tierra entendida como los recursos naturales que son los elementos esenciales para, mediante la transformación, generar nuevos bienes que sean intercambiados en los mercados. El trabajo como las capacidades individuales que tienen las personas para hacer dicha transformación mediante la labor directa, y finalmente el capital como los recursos monetarios necesarios para emprender una actividad económica o empresarial, lo que le permite invertir. Este último es precisamente el que funge como base del Sistema Financiero y Bursátil, da origen a la intermediación financiera y a los mercados de capitales.

Ahora bien, el derecho tiene que reaccionar ante el abuso del poder económico, controlando la posición dominante que pueda tener un agente. Si bien la posición dominante no es castigada per se, su abuso si impide que los mercados funcionen correctamente o hace que los agentes con menor poder estén supeditados a los de mayor poder, por lo que el derecho entra como regulador de la economía: Derecho Económico.

Es interesante como desde una perspectiva de la economía neoclásica, el Estado tiene como obligación el respeto y protección a la propiedad privada para así posibilitar el intercambio de bienes y servicios, y solo hasta ahí debe ser su intervención (seguridad, justicia y obras públicas) porque el mercado se desarrolla como llevado por una mano invisible.

Lo anterior está fundamentado en la idea de que existen unas leyes del mercado que dan solución a los problemas económicos sin necesidad de regulación. Smith¹⁷ creía entonces que el hombre, al ser un individuo racional está motivado por la maximización de utilidades personales acorde con su plan de vida; es egoísta por naturaleza y ese egoísmo termina en la cooperación de los agentes cuando no puede individualmente lograr sus objetivos.

En palabras sencillas, implica que si cada persona va por su pedazo de pastel se generan unas fuerzas que controlan la asignación de los recursos dentro de una economía, funcionando como un organismo vivo, siendo llevado por una mano invisible, por lo que el Estado no debe intervenir en la economía.

17 La Riqueza de las Naciones.

Ahora bien, la experiencia nos demuestra otra cosa. Una de las enseñanzas que nos han dejado la Revolución Industrial y las crisis económicas de 1929 y 1998 es que el mercado no siempre se autorregula de forma correcta, deviniendo en abusos de algunos en contra de otros o llevando prácticamente el Sistema Financiero y Bursátil a la banca rota¹⁸.

b) Formación de precios y fallas del mercado

¿Pero porque se presentan esas crisis? ¿Smith estaba acaso equivocado? ¿Será cierto que el capitalismo, en palabras de Marx, tiene imbuido el germen de su destrucción? Todo radica en lo que los autores definen como las fallas del mercado¹⁹.

Para que un mercado de competencia perfecta, dentro de la doctrina neoclásica, funcione de manera correcta y puedan las fuerzas del mismo generar una autorregulación que solucione sus problemas, es necesario que se den unos supuestos. Todo modelo económico está basado en unos supuestos sin los cuales no se dan los resultados esperados.

Ahora bien, para que funcione la economía de mercado es necesario, conforme al modelo competitivo y de mercados planteado por Smith, Walras, Arrow y Debreu, que²⁰:

- Haya unos demandantes y unos oferentes de bienes o servicios que interactúan entre sí a través de los precios.
- Cada agente toma sus decisiones pensando en maximizar su utilidad individual sin contar con los planes del otro agente del mercado.
- El precio se determina en el punto de equilibrio en donde la oferta es igual a la demanda.

Para que se dé lo anterior, son condiciones necesarias las siguientes:

- Que exista multiplicidad de compradores (demandantes) quienes actúen racionalmente.
- Que exista multiplicidad de vendedores (oferentes) quienes actúen racionalmente.

18 Si bien en Colombia el concepto de banca rota o quiebra ya fue extraído del ordenamiento jurídico en virtud al cambio de la concepción de comerciante y los ciclos económicos, es un concepto importante para explicar el punto que se está desarrollando.

19 Véase: Spulber, Daniel. *Regulation and Markets*, Massachusetts, MIT Press, 1989.

20 Véase: Spulber, Daniel. *Regulation and Markets*. Massachusetts, MIT Press, 1989.

- Tanto compradores, como vendedores son tomadores de precios, esto es, no tienen la capacidad de determinar el precio por sí solos.
- El precio surge de la puja entre los unos y los otros por obtener un bien escaso.
- Los productos son homogéneos.
- No hay barreras de entrada y salidas en el mercado.
- Existe información simétrica y conocida por todos los agentes del mercado.
- Existe una clara y correcta asignación de los derechos de propiedad.
- La normatividad es clara, está bien definida y el Estado la hace cumplir.

Cuando dentro de una economía de mercado no se dan los supuestos planteados, se presentan esas llamadas fallas que hacen que la “mano invisible” no funcione para generar autorregulaciones que corrijan los problemas del sistema.

Para entender estos supuestos, es necesario definir qué es oferta y demanda, qué se entiende por precio de equilibrio, posición dominante, en qué consiste la asimetría de la información y qué se entiende por barreras de entrada y salida de los mercados como fundamento de la regulación en materia de Derecho Financiero y Bursátil.

La demanda²¹ consiste en la cantidad de una mercancía que los compradores están dispuestos a adquirir. Por esto la demanda se determina comparando los precios y las cantidades disponibles de un bien y servicio dentro del mercado, representando esta una relación inversamente proporcional entre las dos variables mencionadas. En palabras sencillas, a mayor precio menores cantidades demandadas de un bien y servicio y viceversa.

Esto lo vemos todos en nuestra vida diaria. Si por ejemplo un bien o servicio está caro, vamos a adquirir menos cantidades de dicho bien o comprar otro que nos supla la misma necesidad. Por ejemplo, si nos gusta tomar jugos en la mañana y el precio de las naranjas está muy alto, no vamos a comprar naranjas sino mandarinas para hacer el jugo.

21 Ver video en YouTube para mayor claridad <https://www.youtube.com/watch?v=79wn4dsVWfY>

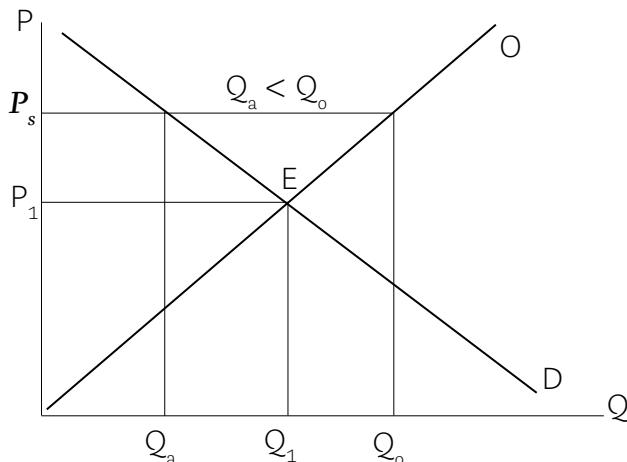
Visto desde el lado de la demanda y para relacionarla con los conceptos jurídicos, los demandantes somos todos los consumidores que adquirimos un bien o servicio para satisfacer una determinada necesidad.

Ahora bien, por el otro lado, tenemos la oferta. Esta actúa de forma inversa a la demanda, siendo directamente proporcional. En el lado de la oferta tenemos a los productores de los bienes y servicios. En este sentido, podemos definir la oferta como cantidad de productos que los vendedores están dispuestos a vender en el mercado.

Por ejemplo, si yo soy un empresario de prendas de vestir y veo que las camisas se están vendiendo a un buen precio voy a querer producir e introducir en el mercado una mayor cantidad de camisas, para lograr una mejor ganancia.

Ahora bien, dentro de la economía de mercado el precio de un bien y servicio se determina por la interacción de la oferta y la demanda, lo que se traduce en que tanto oferentes como demandantes sean precio-aceptantes, toda vez que ninguno por sí solo puede de manera unilateral determinar o imponer un precio dentro del mercado, lo que se gráfica así:

Gráfica 1. Interacción de oferta y demanda



Fuente: https://www.google.com/search?q=precio+de+equilibrio&source=lnms&tbo=isch&sa=X&ved=0CAgQ_AUoAmoVChMITf_v2vKKyAIVTKUeCh2f4wdr&biw=1366&bih=659&imgrc=Iuc3NTeAgwigWM%3A

En este sentido, el equilibrio de mercado (o precio de equilibrio) se presenta cuando la cantidad del bien que los compradores quieren y pueden comprar es exactamente igual a la cantidad que los vendedores quieren y pueden vender.

Si el precio de mercado es superior al precio de equilibrio, la cantidad ofrecida es mayor que la cantidad demandada existiendo un exceso de oferta lo que genera una fuerza para que los precios bajen. Ahora bien, si el precio de mercado es inferior al de equilibrio, la cantidad demandada va a ser mayor a la cantidad ofrecida existiendo escasez, lo que genera una fuerza para que los precios aumenten. Estas fuerzas son un ejemplo del porque Adam Smith consideraba que la economía en su conjunto es *“como llevada por una mano invisible”*.

Para que se dé ese juego de fuerzas, es necesario que exista tanto una multiplicidad de oferentes como de demandantes, de lo contrario, estaremos en presencia de un poder sobre los precios que, no va permitir el ajuste automático de los mercados. Como ejemplo de precios decisores tenemos el monopsonio, duopsonio, oligopsonio, monopolio, duopolio y oligopolio que se constituyen como fallas dentro de los mercados.

Desde el punto de vista de la demanda se presentan el monopsonio, duopsonio y oligopsonio, que consisten en que existe un solo demandante, dos demandantes, o un número plural reducido de demandantes, respectivamente, que pueden imponer a los oferentes el precio al cual van a adquirir los distintos bienes y servicios.

Desde el punto de vista de la oferta se presentan el monopolio, duopolio y oligopolio, que consisten en que existe un solo oferente, dos oferentes, o un número plural reducido de oferentes, respectivamente, que pueden imponer a los demandantes el precio al cual tienen que adquirir los distintos bienes y servicios.

Por lo anterior, cuando se presentan estas fallas del mercado, el bienestar se ve reducido mientras aumenta la ganancia monopolística o la ganancia del monopolista, lo que a su vez disminuye la eficiencia del mercado a costa del bienestar de tanto los oferentes como de los demandantes, dependiendo del punto de vista en que se vea.

En especial, y acudiendo al ejemplo más común, que es el monopolio, se genera una discriminación de precios el tener un poder de mercado y conocer el máximo a pagar del consumidor. Por lo anterior, existe dentro de la economía un desperdicio de recursos, son pocos los que deciden, existe

una mayor capacidad de corrupción por los grupos de presión, aumenta el precio y bajan las cantidades producidas, existen barreras de entrada y no hay alternativas al consumo. Finalmente, tienen un poder extremo dentro del mercado.

Lo anterior es el fundamento del artículo 336 de la Carta Suprema en donde se establece que *“Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”*. Teniendo en cuenta este poder de mercado, se justifica la existencia de un Derecho de la Competencia (Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992 y Ley 1340 de 2009) que lo controle (por el lado de la oferta) y un Derecho del Consumidor (Leyes 14080 de 2011 y 1328 de 2009) por el lado de la demanda, propendiendo porque el mercado funcione correctamente.

Entonces, cuando se presentan este tipo de fallas, es común que la parte precio-determinadora ostente una posición dominante tanto contractual como de mercado al ser la parte fuerte de la relación contractual.

La posición dominante dentro del mercado está definida en el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 en donde se establece que la posición dominante consiste en “La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”²². Dicho concepto fue desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia T-375/97, con M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz, considerando que:

La posición dominante se refiere a un poder de mercado que le permite a un agente económico actuar con independencia de sus competidores, por lo menos dentro de un grado relativamente amplio y apreciable. El poder de mercado implica menos participación colectiva en la fijación de precios y cantidades y, correlativamente, mayor unilateralidad y relevancia de las decisiones que sobre estos extremos adopten las fuerzas dominantes que, de llegar a ser avasallantes, sustituyen los mecanismos de mercado. (...) lo que en modo alguno se puede permitir es que, además de este factor de pérdida de competitividad, las personas o empresas en esa situación hagan un uso abusivo de su posición dominante o restrinjan y debiliten aún más el nivel de competencia existente²³.

En este sentido, la posición dominante puede ser una condición natural del mercado en razón a que un agente es más eficiente que otro (el mejor se convierte en el más grande), se prohíbe el abuso de esa posición en detrimento

22 Artículo 45. Definiciones (Dc. 2153 del 1992).

23 Sentencia T-375/97, con M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

de los demás agentes participantes en el mismo, tanto como oferente o como demandantes, por lo que el Estado puede entrar a regular dicha materia. Ahora bien, al tener una posición dominante dentro del mercado, es común que a la par se tenga una posición dominante contractual.

Frente al sistema financiero y bursátil, la Corte Constitucional en Sentencia C-313/13, M. P., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, citando las sentencias T- 1085 de 2001 y Sentencia T -173 de 2007, consideró que:

(...) es claro que las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero. En efecto, son ellas quienes fijan los requisitos y condiciones de los créditos, tasas de interés, sistemas de amortización, etc. Son ellas las depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan, y sus actos gozan de la presunción de veracidad por parte de los clientes (...)’ (Sentencia T-1085 de 2002, M. P. Araújo Rentería).

Apreciación reiterada en otros casos:

‘(...) las entidades bancarias tienen una posición dominante frente a los usuarios del sistema financiero, lo cual impone que el Estado controle su actividad y evite cualquier posibilidad de abuso (art. 333 Const.). En efecto, son ellas quienes fijan los requisitos y condiciones de acceso y operación de los créditos (...) siendo depositarias de la confianza pública por el servicio que prestan y gozando sus actos de credibilidad por parte de los clientes (...)’ (Sentencia T -173 de 2007, M. P. Pinilla Pinilla)²⁴.

En consecuencia y aplicando dichos conceptos al Derecho Financiero y Bursátil, se encuentra que las entidades que hacen parte del mismo, si bien no siempre existe siempre una posición dominante del mercado frente al consumidor financiero, toda vez que esa relación se predica frente a los demás competidores dentro de un determinado mercado, si se presenta comúnmente una posición dominante contractual al poder imponer las cláusulas contractuales unilateralmente a la otra parte, quien solo puede aceptar las condiciones propuestas por dichas entidades, por lo que los precios de las tarifas, intereses y demás podrían estar fuera de las condiciones de mercado.

Ahora bien, pasando a otra de las principales fallas del mercado, la asimetría de la información “(...) se presenta dentro de la economía cuando dos partes dentro de un mercado tienen diferente información acerca de los

24 Sentencia C-313/13, M. P., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*bienes y servicios que se están negociando*²⁵. Este tipo de falla es muy común dentro de los mercados y en especial afecta a los consumidores de bienes y servicios, por lo que se justifica la existencia de un derecho especializado que ofrezca una solución a la problemática planteada.

Si bien dentro del Derecho Civil y Comercial la teoría contractual considera a las partes contratantes equivalentes quienes, amparadas bajo el principio de la autonomía de la voluntad privada²⁶, a través del artículo 1602²⁷ del Código Civil y 4 del Código de Comercio²⁸, generan leyes en sentido estricto que las gobiernen, la realidad económica muestra relaciones contractuales en donde una parte, además de tener una posición dominante tanto de mercado como contractual, detenta una mejor información respecto a los bienes y servicios objeto de la transacción económica.

Lo anterior genera un problema respecto a la correcta asignación del precio de dichos bienes y servicios prestados, a la par de la posibilidad de un abuso del derecho por parte de quienes tienen mejor información sobre los productos que ofrecen²⁹. La presente falla, aunada a la posición dominante, justifica la existencia de un Derecho del Consumidor en general y de un Derecho del Consumidor Financiero en especial, que parten de la desigualdad de los contratantes, apartándose de los supuestos clásicos del derecho civil, para, entre particulares participantes dentro de un mercado, regular unas relaciones de desigualdad.

Finalmente, y respecto a las barreras de entrada y salida de un mercado, los supuestos del modelo propenden que para que funcione el mercado de competencia perfecta es necesario que cualquiera de los agentes del mercado puedan ingresar o retirarse en cualquier momento con la finalidad que exista una mayor competencia en el mismo y se garantice la multiplicidad de oferentes y demandantes.

25 Traducción propia; el texto original es el siguiente: “*Asymmetric information arises in economics when two sides of the market have different information about goods and services being trade*”. Intermediate Public Economics, Jean Hindriks and Gareth D. Myles, Chapter 9.

26 “*Consiste en la delegación que el legislador hace a 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*”. Ospina, G. & Ospina, A. E. Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos. Ed. Temis, 2a ed.

27 “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

28 “*Las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles*”.

29 Ver Akerlof, George, The market for lemons. Quality uncertainty and the market mechanism. *The quarterly journal of economics*, 1970, n° 84

Frente a este punto es menester mencionar que las actividades financiera y bursátil son de interés público, están ligadas con el desarrollo económico y merecen una especial atención en la medida que se hace una captación de los recursos del público.

Por lo anterior, a pesar de existir elementos de competencia dentro de los Sistemas Financiero y Bursátil, es una actividad eminentemente regulada, por lo que no existe un libre ingreso y salida a dichos mercados (hay barreras de entrada y salida). Acorde con el artículo 335 de la Constitución Política de Colombia:

Artículo 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

En consecuencia, en el siguiente acápite se expondrá las razones que justifican dichas previsiones legales en relación con la finalidad que tienen los Sistemas Financiero y Bursátil en la consecución de recursos para la inversión, lo que a la postre influencia todo el desarrollo y crecimiento económico de un país.

1.2 CONCEPTOS BÁSICOS DEL DINERO, ORIGEN E HISTORIA DE LOS TÍTULOS VALORES, INTERMEDIACIÓN, INTERESES Y RELACIÓN ENTRE SOLVENCIA Y LIQUIDEZ COMO BASE DEL SISTEMA FINANCIERO

a) El dinero, los títulos valores y el origen de los intereses

Hasta en la Biblia se reconoce en Mateo 6, versículo 24, que el dinero reviste una especial importancia, al punto que existen personas que lo toman como un fin en sí mismo: *“Nadie puede servir a dos señores, pues menospreciará a uno y amará al otro, o querrá mucho a uno y despreciará al otro. No se puede servir a la vez a Dios y al dinero”*.

Pero, ¿Qué es lo que hace que el dinero sea tan importante para las transacciones económicas en la actualidad? ¿Por qué es la base y el fundamento de los sistemas financiero y bursátil? ¿En qué medida el dinero propende por los objetivos económicos del crecimiento con distribución de

los ingresos y fundamenta el desarrollo económico, teniendo en cuenta su papel como factor de producción y la existencia de mercados de capitales?

La historia del dinero se remota a las sociedades más primitivas en las cuales existía un problema de equivalencia de las mercancías. Como se expresó en el acápite anterior, las necesidades humanas son ilimitadas mientras que los recursos son limitados. En este sentido, con la finalidad de satisfacer dichas necesidades (evitando la guerra que se puede formar si alguien le quita lo suyo al otro) era necesario comerciar con otras sociedades primigenias para poder, solo de esa forma, satisfacer la multiplicidad de las necesidades existentes entre los hombres.

Lo anterior genera un problema al realizar el intercambio: ¿Cuánto de mi mercancía corresponde a la mercancía de la otra persona? Pongamos un ejemplo, si mi sociedad es agrícola y produce tomates, no solo con dicho producto puedo satisfacer las necesidades de alimentación de mi comunidad. Pero si la comunidad aledaña produce ganado, que a la postre se convierte en carne, pues la alimentación mejora notablemente. Ahora bien, el problema radica fundamentalmente en cuántos tomates hacen una vaca o corresponden a un kilo de carne.

En consecuencia, fue necesario crear un sistema de pago que tasará equivalentemente y con aceptación general, que permitirá dichos intercambios. En ese sentido es necesario que el dinero tenga una aceptación general para que pueda servir como fuente de las transacciones económicas³⁰.

Revisando la historia del dinero, se encuentra que muchas mercancías fungieron como tal: la sal, por ejemplo, fue una fuente de dinero conocida en la edad antigua por su utilización para la de los alimentos, al no haberse inventado la refrigeración. El problema devenía en qué pasaba con nuestra sal-dinero si caía un aguacero.

Por ello es necesario para que una mercancía sirva como moneda que esta, además de su aceptación social, sea fácilmente transportable, no se desgaste por el intercambio y sea fraccionable para que sea posible comerciar en unidades pequeñas³¹.

Ahora bien, los metales y en especial el oro, la plata y el cobre cumplían con estas características necesarias para ser considerados como monedas. Su

30 Baena, Diego - Hoyos Walteros, Hernán y Ramírez Osorio, Jorge H., *El Sistema Financiero Colombiano*. Ecco Ediciones, Segunda edición, 2016.

31 Ibid.

durabilidad e inalterabilidad, divisibilidad y fungibilidad los hacía adecuados como fuente de referencia para las transacciones comerciales.

En Roma, utilizando el dinero como mercancía, nace el concepto occidental de moneda³². Se crearon monedas que provenían del latín “(...) *moneta, en razón a que en el templo de Juno Moneta estaba la ceca (casa de acuñación de moneda) de Roma*”³³. De esta manera nace el patrón oro que fundamentó la emisión de la moneda hasta aproximadamente 1914, antes de la Primera Guerra Mundial.

El patrón oro significaba que, la masa monetaria (o cantidad de dinero circulante) dependía específicamente de la cantidad de oro que tuviera un determinado Estado en sus arcas³⁴. En este sentido, el banco emisor solo podría acuñar y emitir dinero en la medida que el oro soportara dicha emisión, lo que impedía que existieran baches inflacionarios (aumento generalizado del nivel de precios en una economía en virtud del exceso de masa monetaria).

Sin embargo, el patrón oro (que en Colombia se veía reflejado en los billetes donde existía la leyenda de “*Pesos Oro*”, no permitía tener una política monetaria en razón a que, al depender las emisiones de nuevos descubrimientos de oro, el dinero circulante iba a ser restringido.

Ahora bien, luego de la Segunda Guerra Mundial, y a partir de los acuerdos de Bretton Woods, se abandona el patrón oro dentro de la economía internacional y se adopta una política monetaria libre en donde el valor de una moneda depende necesariamente de la fuerza de una economía.

En este sentido, y visto el dinero como una mercancía, el valor de una moneda va a depender de la fuerza de la economía de ese país, y en términos de mercado internacional va a depender de su aceptabilidad internacional –la cual parte de esa fuerza económica del Estado-. Por ello, dependiendo de la fuerza de la economía en su conjunto, la moneda puede tener comparativamente un valor mayor frente a otra moneda (revaluación) o perder poder adquisitivo respecto de otra moneda (devaluación).

Toda vez que Estados Unidos de América fue el gran vencedor en la Segunda Guerra Mundial, su moneda, el dólar, se convirtió como referente de las transacciones internacionales así como la base del Sistema Internacional

32 Se encuentran antecedentes de existencias de monedas en China y otros pueblos primitivos donde el emperador era quien determinaba el valor de la equivalencia funcional de la moneda.

33 Ibid.

34 Eicher, Theo; Mutti, Jhon and Turnovsky, Michelle. *The International Monetary System: A Brief History*, International Economics, 7 Edición, 2009, cap. 21.

de Intercambio. Ahora bien, existen otras divisas que tienen gran aceptación internacional y pueden ser la base del intercambio comercial como el euro, la libra esterlina, el yuan, entre otras.

En Colombia, se dieron tres momentos respecto a la tasa de cambio internacional: El primero en donde el Banco de la República, luego de la misión Kemmerer, determinaba cuál era la tasa de cambio del peso frente a otras monedas y, en especial, el dólar.

Un segundo momento en el que se impuso una banda cambiaria disponiendo el Banco unos máximos y unos mínimos entre los cuales la tasa de cambio podía fluctuar libremente sin sobrepasar dichos límites, y un tercer momento en donde se abolió la banda cambiaria y se dejó que la tasa de cambio fluctuara libre de acuerdo con los movimientos del mercado en razón a que el valor de la moneda depende precisamente del mercado monetario internacional³⁵.

En resumen, el dinero puede entenderse como:

- i) cualquier cosa que los miembros de una comunidad están dispuestos a aceptar como pago de bienes y deudas,
- ii) un medio de pago de aceptación general que proviene de la autoridad pública y de las costumbres,
- iii) los billetes y monedas en circulación legal en un país, en poder del público, más los depósitos bancarios y
- iv) un activo que cumple las funciones de medio de pago, reserva de valor y unidad de cuenta³⁶.

En este contexto existen varios tipos de dinero: i) El dinero mercancía, ii) el dinero material o metálico, iii) el dinero fiduciario y iv) el dinero electrónico³⁷.

El dinero mercancía consiste en aquellos bienes que fueron utilizados como referentes para realizar transacciones económicas, como por ejemplo la sal, rocas, aceite entre otras materias. El dinero material o metálico, que reemplazó al dinero mercancía, eran esas piezas metálicas acuñadas y divisibles que servían como referente y base de las negociaciones.

35 Uno de los mercados en los que se puede invertir en bolsa es precisamente el de divisas internacionales

36 Baena, Diego - Hoyos Walteros, Hernán y Ramírez Osorio, Jorge H., *El Sistema Financiero Colombiano*, Ecco Ediciones, Segunda edición, 2016.

37 Ibid.

El dinero fiduciario consistente en un documento avalado por un emisor (billetes) que otrora representaba la cantidad de metales preciosos que tenía el Estado y en la actualidad representa la fuerza de la economía en su conjunto. Este tipo de dinero configura la moneda de curso legal, y es la reconocida por los distintos gobiernos como el medio oficial de pago.

Finalmente, el dinero electrónico está representado en las diferentes formas de pago que no necesitan un bien material, sino que se realizan a través de medios electrónicos como por ejemplo el sistema PSE, las tarjetas de crédito y las tarjetas débito.

Ahora bien, en razón a que el comercio internacional estaba teniendo un desarrollo incipiente, es necesario exponer brevemente la forma en que se hacía el comercio o la industria comercial, como punto de partida para entender las necesidades de financiación de las personas en dicha época y en la actualidad, ya que en últimas son las mismas.

A quienes les gusta la literatura, recuerdan la gran obra de Shakespeare titulada *El Mercader de Venecia*. Ambientada en la Italia de los grandes mercaderes, encontramos a uno de los personajes centrales con el que es fácil explicar el origen de la banca como mecanismo para la satisfacción de las necesidades de financiamiento – consecución de recursos de capital. El autor mencionado demuestra en sus obras las animadversiones que existían en contra de esta población, Shylock, el judío, nos releva los fundamentos de la intermediación en las épocas del medioevo.

El pueblo Judío, en general, se ha dedicado a las actividades bancarias y de intermediación desde las épocas más antiguas. Lejos de tomar posición frente al antisemitismo, la historia nos muestra cómo este pueblo ha sido objeto de exclusiones sucesivas por las distintas comunidades en que se asentaron. En Europa eran considerados como orientales y en oriente como una raza diferente. En razón a sus especiales costumbres de aseo, eran marginados de la realización de cualquier actividad económica productiva.

Por ello, necesitando generar una actividad económica que les representaran ingresos, los judíos, proscritos de las actividades económicas y comerciales, se dedicaban a realizar préstamos de dinero sentados en una *banca*, sobre la cual recibían depósitos de personas con la finalidad de ser colocados a otras que las necesitaran, con la finalidad de financiar actividades empresariales o comerciales productivas. De ahí proviene el concepto de la banca que conocemos en la actualidad.

De igual forma, el concepto de la *banca rota o quiebra* se remota a dichos tiempos. Cuando el comerciante que estaba realizando la actividad de intermediación y se portaba de formas contrarias a las buenas prácticas comerciales, literalmente le rompían el asiento en el cual realizaba sus negocios, impidiéndole de esta forma continuar con su actividad.

En la actualidad el concepto de *bancarrota o quiebra* fue modificado al de insolvencia empresarial, mediante el cual se pretende como primera medida el salvamento del negocio productivo (o en algunos casos la toma de control) en razón a la generación de trabajo y réditos económicos que esto implica³⁸.

Toda vez que el libro sagrado de los judíos³⁹ estipulaba que depositaran sus talentos en los bancos con la finalidad de obtener intereses, mientras que para los cristianos el hecho de cobrar intereses era una práctica mal vista por la religión, eran los judíos entre ellos, nuestro amigo Shylock, quienes realizaban las actividades de intermediación financiera cobrando una tasa de intermediación, llamando al cobro de intereses, *usura*⁴⁰.

Ahora bien, se encuentra dentro de esta historia el antecedente que fundamenta el Sistema Financiero como el Bursátil. Teniendo en cuenta que el capital es un factor de producción, y partiendo de la ecuación clásica en donde el ahorro es igual a la inversión, es necesario contar con este para acometer actividades empresariales que generen réditos económicos, cuando no se cuenta con los suficientes recursos propios para realizarla.

Como en la historia del mercader, Antonio es garante de Bassanio sobre la deuda que contrae con Shylock, en un crédito de gruesa ventura (con un nivel alto de riesgo), la cual va a ser cancelada con el éxito de una empresa mercantil a partir del comercio marítimo. Sin embargo, la empresa fracasa y el judío puede reclamar su garantía que corresponde a una libra de carne del cuerpo de Antonio.

38 Ley 1116 de 2006 sobre Insolvencia Empresarial.

39 Madriñán de La Torre. *Principios de derecho Comercial*. Octava Edición, Ed. Temis.

40 La figura de la usura existe en la actualidad en nuestro sistema jurídico, ya no entendida como el simple cobro de intereses monetarios en razón a una intermediación financiera, sino como el límite máximo permitido por la ley al cual pueden ascender dichos intereses. Así se entiende la tasa de usura que a su vez determina la aplicación del Artículo 305 del Código Penal Colombiano: “*USURA. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*”

Más allá de la obra, que constituye una de las piezas maestras de la literatura, el negocio descrito muestra los elementos básicos y fundamentales de la actividad de intermediación: Un intermediario que capta recursos de personas superavitarias de liquidez (personas que cuentan con capacidad de ahorro y tienen sobrantes luego de satisfacer sus necesidades básicas) con la finalidad de colocarlos en otras personas deficitarios de liquidez, recibiendo a cambio un monto en razón a la intermediación (representado en los intereses)⁴¹.

Ahora bien, volviendo a los tiempos del comercio primitivo, es necesario contextualizar la realidad social con la finalidad de explicar el origen de los títulos valores, base y fundamento tanto del sistema financiero como del bursátil.

Como en dichas épocas, en la actualidad el transporte de grandes sumas de dinero implica un riesgo. Los bárbaros en oriente y occidente, los ladrones y los piratas en el mar (luego del descubrimiento de América) demostraban cómo los amigos de lo ajeno han estado siempre presentes en la historia.

Por ello, a pesar de que ya existía desde esas épocas el dinero representado en metales preciosos, llevar bolsas de estos metales por los caminos y carreteras de la antigüedad, y porque no en la actualidad, implica el gran riesgo de ser asaltados. En este contexto nacen los títulos valores como documentos que incorporan un derecho literal y autónomo que contienen, siendo más fácil su transporte, negociación y ocultamiento⁴².

Como lo muestra de forma didáctica en su obra Baena Toro y otros:

(...) nos reunimos con nuestros proveedores en el Oriente y les propusimos que aceptaran títulos expedidos por la nobleza con asiento en nuestras regiones y en la cual ellos confiaban. Estos títulos –continuaron mientras sacaba algunos papeles de su cartera– certifican que antes de salir hemos entregado una cantidad de oro y plata a algún noble de nuestra comarca, además, que quien presente el título, debidamente firmado por nosotros, le será traspasado el oro y la plata que tiene bajo su

41 Baena, Diego - Hoyos Walteros, Hernán y Ramírez Osorio, Jorge H. *El Sistema Financiero Colombiano*, Ecco Ediciones, Segunda edición, 2016.

42 Código de Comercio, Artículo 619. <Definición y Clasificación de los Títulos Valores>. Los títulos-valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación y de tradición o representativos de mercancías.

custodia. De esta manera estamos seguros que si nos asaltan en el camino, un desconocido no podrá reclamar nuestro dinero tan fácilmente⁴³.

Con lo anterior nacen las operaciones de descuento y redescuento así como las operaciones bursátiles a partir de la negociación de los títulos valores. Por ello, y dependiendo del tiempo necesario para convertir dichos títulos en dinero, existen los llamados cuasi dineros que son aquellos bienes que reemplazan por un periodo de tiempo el dinero en alguna de sus funciones y pueden sustituir al mismo en ciertas operaciones. Son ejemplos de cuasidinero los depósitos a plazo en las entidades financieras, los títulos privados y públicos, los pagarés y las letras de cambio.

b) Intermediación y relación entre solvencia y liquidez como base del sistema financiero

Como ya se expuso, la intermediación financiera consiste en que las instituciones financieras realizan la captación y la colocación de activos financieros. En consecuencia, el intermediario financiero es:

(...) toda empresa dedicada a captar dineros del público, a través de diversas modalidades, excedentes de fondos de las unidades económicas (ahoradores) con el objeto de prestarlo a otras unidades económicas con necesidades de recursos (inversionistas y consumidores). Se puede decir, que el intermediario financiero es la conexión entre el ahorro y la inversión⁴⁴.

En este sentido, el margen de intermediación financiera, que constituye el ingreso de mayor importancia de las entidades del Sistema Financiero, es la diferencia que existe entre el interés cobrado por el intermediario en razón a la colocación de activos económicos y la tasa pagada al ahorrador en virtud de la entrega de sus recursos:

$$\text{Tasa de intermediación} = \text{tasa de colocación} / \text{la tasa de captación}^{45}.$$

En este sentido, la intermediación es una actividad permitida por el Estado con la finalidad de financiar operaciones y empresas productivas a través de la entrega de la liquidez necesaria para adelantar dichos negocios.

Se hace procedente entonces aclarar los conceptos de solvencia y liquidez. La *solvencia* mide el número de veces que un intermediario puede

43 Ibid., p. 9.

44 Ibid. p. 50.

45 Ibid.

comprometer el patrimonio respecto a los negocios de activos. En este sentido, y partiendo de la base que los ahorradores no retiran inmediatamente su dinero, por cada unidad de dinero depositada y contenida en el patrimonio de la institución financiera⁴⁶, el intermediario puede realizar una colocación un número de veces determinado en la norma, lo que es conocido como el apalancamiento y justifica la existencia del tipo penal de pánico financiero o pánico económico⁴⁷.

La *liquidez*, relacionada con las empresas, se entiende entonces como la mayor o menor facilidad que tiene el tenedor de un título o un activo para transformarlo en dinero en cualquier momento, lo que también se conoce como el nivel de negociabilidad. En sentido práctico se entiende como el dinero en efectivo que debe asegurarse para asumir los compromisos de la entidad en un periodo corto de tiempo, en los bancos funciona de una forma similar. Por lo anterior:

El coeficiente, o relación de liquidez de una empresa está dado por el porcentaje de activos corrientes [convertibles en dinero en un plazo menor a un año] sobre sus pasivos corrientes [deudas que tiene que pagar en periodos menores a un año]: para un banco, este estará determinado por la porción de activos en efectivo sobre el total de activos y a veces está sujeto a la regulación gubernamental⁴⁸.

Para interiorizar el conocimiento, el presente trabajo propone un ejemplo práctico que permite entender la relación entre solvencia y liquidez. Tomemos para el ejemplo un carro Toyota Land Cruiser de esos que tienen un motor 4.5. Toda vez que la solvencia está relacionada con el patrimonio, esta se puede entender como la capacidad del motor, que teniendo 4.5, presenta una potencia suficiente para los peores caminos y terrenos, pudiendo sobreponer las más duras escarpadas, por eso a Toyota nada le pasa. Sin embargo, de nada nos sirve esa capacidad del motor si no se cuenta con la gasolina para mover el carro, siendo la gasolina la liquidez.

46 Lo anterior justifica los requerimientos de capital que exige el Estatuto financiero. En consecuencia, si se tiene un patrimonio alto, se puede realizar un mayor número de colocaciones, siendo el patrimonio el respaldo que tienen los ahorradores respecto a los dineros depositados en las instituciones financieras.

47 Artículo 302. Pánico Económico. *<Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1º de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un Fondo de Valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

48 Ibid. p. 10.

En este sentido, si un intermediario del sector financiero, por ejemplo, un banco comercial detenta un buen patrimonio pero carece de liquidez, acude al Banco de la República con la finalidad de obtener la misma mediante la solicitud de créditos, realiza operaciones sobre los títulos que están en su poder (operaciones de descuento y redescuento) o busca captar estos recursos del público a través de ofrecimiento de tasas de interés pasivas.

Ahora bien si es una empresa la que teniendo una fuerza patrimonial (gran solvencia) carece de dinero circulante o activos fácilmente convertibles en dineros, acude al banco comercial con la finalidad de obtener dicha liquidez, emite acciones o bonos (mercado bursátil), o realiza otras operaciones de financiamiento.

Por ello y a pesar de los principios constitucionales que propendan por la democratización del crédito, la realidad económica nos muestra que los bancos le prestan es a aquellas personas que tienen con qué responder.

Partiendo del concepto de liquidez enunciado, los depósitos a la vista (aquellos que los depositantes pueden retirar en cualquier momento) son de alta volatilidad e implican riesgo, mientras que depósitos a término (en los que se pacta previamente un plazo en el cual los recursos no van a ser retirados de la institución financiera) representan un depósito más estable, por lo que de ello va a depender el requerimiento patrimonial a la entidad y una menor relación de apalancamiento.

Ahora bien si no es posible o no se desea acudir a los canales financieros para la obtención de recursos de capital (cuando se carece de liquidez), es posible, a juicio del demandante de dichos recursos, acudir al mercado público de valores, el cual funge como un intermediario entre los inversionistas (que al igual que los ahorradores cuentan con superávit de liquidez) y las empresas que la necesitan, operación en la cual cobran un margen de ganancia por la operación.

Para ello, el mercado de capitales requiere una estructura especializada con plataformas tecnológicas avanzadas que permitan realizar las operaciones de colocación de bonos y otros títulos valores (como las acciones) a inversionistas que a cambio del capital invertido, después de un tiempo determinado, reciben una utilidad con base en la operación de la empresa.

Ahora bien, ya entendido en qué consiste la relación entre solvencia y liquidez, es relevante aclarar en qué consisten las operaciones de *descuento* y *redescuento* que se realizan en los mercados de capitales. Lo primero es aclarar que la colocación primaria de acciones, bonos u otros títulos valores

consiste, precisamente, en esa emisión y adquisición directa que realiza el inversionista de los títulos valores emitidos por aquellos agentes deficitarios de liquidez por primera vez, mientras las operaciones secundarias, en la renegociación de esos títulos dentro del mercado bursátil.

Ahora bien, si un propietario de uno de estos títulos a término necesita liquidez y no puede esperarse hasta el vencimiento del plazo, realiza una operación de *descuento* la cual consiste en trasmisir la propiedad del mencionado título valor a otro inversionista, quien descontando parte de dicha ganancia, lo adquiere para ganarse el diferencial. Las operaciones de redescuento son las negociaciones sucesivas que se realicen con dichos títulos valores dentro de los mercados secundarios (después de la primera emisión).

c) Cómo se forman las tasas de interés

Las tasas de interés hacen parte de la ganancia que obtienen los intermediarios del mercado financiero en razón a su actividad de intermediación. Estas, bajo los principios de la oferta y de la demanda por recursos de capital para la financiación de actividades productivas, tienen una fijación conforme a las reglas del mercado, con la particularidad que tienen relación con la política monetaria que realiza el Banco de la República.

La política monetaria:

Es una parte de la política económica que se encarga por velar porque el país se mantenga la cantidad de dinero que garantice la estabilidad de la economía nacional, se entiende de forma directa con el mercado de dinero⁴⁹.

En este sentido, la política monetaria se relaciona con las tasas de interés y con la inflación en razón al artículo 373 de la Constitución Política de Colombia, siendo todo esto un sistema relacionado, del cual también depende el valor moneda y parte de la estabilidad macroeconómica:

Artículo 373. El Estado, por intermedio del Banco de la República, velará por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda. El Banco no podrá establecer cupos de crédito, ni otorgar garantías a favor de particulares, salvo cuando se trate de intermediación de crédito externo para su colocación por medio de los establecimientos de crédito, o de apoyos transitorios de liquidez para los mismos. Las operaciones de financiamiento a favor del Estado requerirán la aprobación unánime

49 Baena, Diego - Hoyos Walteros, Hernán y Ramírez Osorio, Jorge H. *El Sistema Financiero Colombiano*, Ecco Ediciones, Segunda edición, 2016. p. 41.

de la junta directiva, a menos que se trate de operaciones de mercado abierto. El legislador, en ningún caso, podrá ordenar cupos de crédito a favor del Estado o de los particulares.

En este sentido, fue el deseo del Constituyente de 1991, que el Banco de la República fuera un ente autónomo que contara con la independencia suficiente para tomar decisiones sin sujeción alguna a las demás Ramas del Poder Público.

Fue así como entonces se estableció que la Junta Directiva del Banco de la República, como máxima autoridad monetaria crediticia y cambiaria, que, en coordinación con los demás órganos del poder, está a cargo de mantener el poder adquisitivo de la moneda, esto es controlar la inflación, por las consecuencias nefastas que esta tiene frente a la economía en su conjunto⁵⁰.

En consecuencia, la Constitución y la ley le otorgaron a la Junta instrumentos con los que se materializa dicha obligación: Las operaciones del mercado abierto, el coeficiente obligatorio de reserva, el encaje bancario y la tasa de interés de referencia.

En este sentido las operaciones de mercado abierto consisten en la colocación de títulos de deuda pública (Títulos Valores) en los mercados tanto internos como externos con la finalidad de obtener recursos para el Estado Colombiano (liquidez), a través de los mercados de capitales, mediante las operaciones de colocación, descuento y redescuento. Para ello es fundamental la calificación otorgada por las calificadoras de riesgo, de lo que finalmente depende el éxito de la operación.

Toda vez que la solvencia –el patrimonio– de las entidades del sector financiero, constituye la base y garantía de los recursos captados del público que posteriormente son colocados; es esta entidad estatal la encargada de determinar el *encaje bancario*, que es ese dinero que tienen que guardar las entidades financieras con miras a mitigar el riesgo crediticio (riesgo de impagos frente a los dineros colocados).

En consecuencia, cuando la Junta directiva del Banco de la República aumenta el encaje bancario o las reservas, en la práctica está reduciendo la cantidad de dinero que los bancos pueden colocar dentro de la economía y viceversa.

50 Ver videos sobre la inflación y el Banco de la República en <https://www.youtube.com/watch?v=gkDQGribCfc> y https://www.youtube.com/watch?v=_DpyCXNiY7E

Finalmente, al ser el Banco de la República el “Banco de los Bancos”, este le realiza préstamos de dinero a las entidades financieras que sean solventes, con la finalidad que obtengan la liquidez necesaria para la realización de operaciones de colocación con base en los títulos que ellas posean.

En este sentido, la tasa de interés de referencia corresponde a la tasa que el Banco de la República le cobra a los bancos comerciales, de la cual parten las tasas de interés que los bancos cobran a sus clientes, siendo siempre mayor a la segunda con la finalidad de obtener un margen de intermediación o ganancia.

En consecuencia, si el Banco de la República aumenta las tasas de interés, el valor monetario de las mismas aumenta proporcionalmente, siendo un componente para la determinación de su valor, en donde los demás componentes van en condiciones de mercado.

Por lo anterior:

[i]nicialmente se requiere que dentro del mercado de fondos participen aquellas personas o empresas que presentan excedentes de tesorería o alta liquidez en sus actividades diarias (oferentes del mercado de fondos) ya sea de forma temporal o permanente. También se requiere en un sentido opuesto de otras personas o empresas que presente insuficiencia de dinero, liquidez o baja solvencia para la ejecución de sus diferentes inversiones programadas y que redundará en la actividad operacional a la que se dedican (demandantes de fondos) ya sea esta de forma temporal⁵¹.

Esta interacción entre la oferta y la demanda por recursos de capital es la base, junto con la tasa de interés de referencia, que determina la formación de las tasas de interés. Ahora bien ¿Por qué existe una tasa de interés? Visto desde el punto de vista de la economía del mercado, estas tasas corresponden al costo de oportunidad.

El costo de oportunidad es definido como el “*Costo o pérdida que supone no emplear una cosa en otro uso*”⁵². Lo anterior se traduce en el hecho que usar esos excedentes de liquidez en una determinada operación, implica que no puedan ser usados en otra. Por ejemplo, si del ahorro anual que realiza una persona encuentra que le queda un excedente de \$1.000 pesos, él decidirá si lo deposita en el banco para obtener la tasa de interés pasiva o si

51 Baena, Diego - Hoyos Walteros, Hernán y Ramírez Osorio, Jorge H. *El Sistema Financiero Colombiano*. Ecco Ediciones, Segunda edición, 2016. p. 41.

52 Economía planeta, diccionario enciclopédico, costo de oportunidad, vol. 3.

con eso invierte en acciones de una compañía que le puede generar mejores dividendos, o si por el contrario invierte en un CDT (certificado de depósito a término) en razón a los intereses que este tipo de instrumento está pagando a los ahorradores⁵³.

Ahora bien, para calcular el costo de oportunidad de una cosa se cuenta el beneficio máximo que se obtendría dedicándola a otro fin:

Tabla 1. Cálculo del costo de oportunidad

	Trabajo 1	Trabajo 2	Trabajo 3
Tiempo de 8 horas	\$1.000.000	\$600.000	\$400.000

Fuente: Elaboración propia

En consecuencia, el oferente espera una tasa de interés atractiva por el uso de los recursos, *so pena* de dedicarlos en otro tipo de actividades que le generen mejores ingresos. Por su parte, el demandante de esos recursos espera una tasa favorable y preferiblemente baja para la financiación de sus inversiones, o en caso contrario buscar otras fuentes de financiación que le permitan el acceso a mejores tasas. Entre esas dos tasas se mueve el intermediario.

Visto desde el punto de los demandantes de recursos de capital, cuando la tasa de interés es baja, la demanda por recursos será alta. Así mismo, si la tasa de interés de colocación es alta, la demanda por dichos recursos disminuirá aumentando o disminuyendo de esta forma la masa monetaria (Cantidad de dinero circulante).

Existen otras teorías que explican el monto de las tasas de interés⁵⁴:

- i) La teoría de la productividad señala que cuando el capital implica un aporte al proceso productivo, la tasa corresponde al valor de participación que realizó el aportante al valor creado de producción.
- ii) La teoría del sacrificio, relacionada con el costo de oportunidad, sostiene que la tasa es la retribución que obtiene el oferente de los bienes y servicios en razón al abstenerse de realizar un consumo actual.

53 Para una explicación didáctica ver el video <https://www.youtube.com/watch?v=4Wnf09UWPCE>

54 Ibid.

- iii) La teoría de la escasez, dentro de esta misma línea, considera que al ser los recursos de capital un factor de producción escaso es consecuente que se pague un precio por su utilización al propietario de dicho capital.
- iv) Finalmente, la teoría del riesgo señala que “(...) este interés es el premio que debe recibir quien arriesga su capital confiando en que otra parte lo usará”⁵⁵. En este sentido, se parte del principio general de la economía en donde a mayor riesgo mayor rentabilidad.

Existen varios tipos de interés: El interés simple, el interés compuesto, el interés nominal, el interés efectivo, el interés real, la tasa efectiva combinada, la tasa de interés primaria y la tasa de interés secundaria.

El *interés simple* consiste en la contraprestación por el uso del capital que no implica dentro del monto a pagar una magnitud correspondiente a la capitalización, en razón a un tiempo otorgado. En consecuencia, se paga la tasa de interés sin que se esté realizando ningún tipo de amortización al crédito recibido.

En consecuencia, al ser el interés más básico cobrado, la fórmula para su cálculo es la siguiente:

$$Is = P * i * t^{56}$$

En donde:

Is = Interés simple.

P = Capital o Valor recibido para la inversión.

i = Tasa de interés pactado.

t = Periodo de tiempo acordado.

Por otro lado, tomando el concepto del *interés compuesto*, este presenta una mayor complejidad para su tasación comparativamente hablando con el simple. Este tipo de interés se refiere a “(...) la existencia de una capitalización de intereses, en otras palabras, cuando se pagan intereses sobre los intereses causados y no pagados”⁵⁷.

⁵⁵ Ibíd.

⁵⁶ Baena, Diego - Hoyos Walteros, Hernán y Ramírez Osorio, Jorge H., *El Sistema Financiero Colombiano*, Ecco Ediciones, Segunda edición, 2016. p. 52.

⁵⁷ Ibíd. 54.

El interés compuesto consiste en la utilidad del capital invertido más la capitalización o reinversión periódica de los intereses, teniendo en cuenta que los intereses son capitalizados, generando un valor acumulado.

A saber la fórmula del interés compuesto es la siguiente:

$$Ic = P [(1 + i) - 1]^{58t}$$

En donde:

Ic = Interés compuesto

P = Capital

1 = Constante

i = Tasa de interés

t = Periodos de tiempo

Cuando nos referimos al *interés nominal*, implica que es una tasa pactada en un determinado título con la finalidad de realizar una liquidación específica y con una base determinada. En este sentido, hay que tener en cuenta que al hablar de tasa nominal no se está ajustando la misma en razón a la inflación ni una reinversión de los intereses.

A saber, la fórmula del interés nominal es la siguiente⁵⁹:

Vencido

$$ipv = (1 + iea) - 1^{1/m}$$

Anticipado

$$ipa = 1 - (1 - iea) - (1/m)$$

En donde:

ipv = Interés periódico vencido

ipa = Interés periódico anticipado

1 = Constante

iea = Interés efectivo anual

m = periodos de tiempo

58 Ibid. p. 54.

59 Ibid. 54.

Por su parte, el *interés efectivo*⁶⁰

“(...) es una tasa efectiva cuando partiendo de la existencia del interés compuesto, se efectúa el cálculo de la rentabilidad que se devenga en un determinado periodo. En este sentido, la tasa de interés se sujeta a un proceso de composición de manera anual siendo una expresión anual del interés nominal que implica una reinversión o capitalización de intereses.”

La fórmula sería la siguiente:⁶¹

Vencido:

$$ipv = (1 - iea) - 1^m$$

Anticipado:

$$ipa = (1 - iea) - 1^{-m}$$

En donde:

iea = interés efectivo anual

1 = constante

ipv = interés periodo vencido

ipa = interés periodo anticipado

m = periodo de tiempo

El interés real, a diferencia del interés nominal, “(...) realiza una comparación entre la inflación y otras tasas de interés, sean estas de tipo nominal o efectivo, con el propósito de determinar si la inversión realizada en determinado tiempo, ha alcanzado su poder adquisitivo del dinero.”⁶² Resulta entonces después de descontar a la tasa de interés efectivo, la inflación, mostrando la verdadera ganancia del inversionista en términos reales.

La tasa efectiva combinada, aplicable a las divisas, se ve afectada por dos variables: la tasa de interés pactada y el cambio de la TRM (Tasa Representativa del Mercado) al momento de constitución y liquidación, por lo que lleva imbuido el riesgo cambiario.

60 Ibid. pp. 54 y 55.

61 Ibid. pp. 54 y 55.

62 Ibid. p. 55.

Su fórmula de cálculo es la siguiente⁶³:

$$TEC = (Ie + Dev) + (Ie * Dev)$$

Siendo:

TEC = Tasa efectiva combinada

Ie = Interés efectivo

Dev = Devaluación de la moneda local frente a la moneda sobre la que se hace la inversión. Cuando no hay devaluación sino revaluación, es necesario que la variable dev sea negativa.

La *tasa de interés primaria* o también conocida como *interbancaria* es la que se cobran las entidades entre sí, cuando realizan operaciones entre ellas a corto plazo. Esta tasa interbancaria funge como referencia para el nivel de liquidez dentro de la economía.

Las *tasas de interés secundarias* “son las conformadas en el mercado abierto, es decir, entre las entidades financieras y el público en general”⁶⁴. Entre ellas se encuentra la DTF, TCC, TBS y la UVR, como los ejemplos más reconocidos.

La DTF se calcula con el promedio semanal de la tasa de captación de los CDT (Certificados de Depósito a Término a 90 días). La TCC es la tasa de los CDT pero solo de las corporaciones financieras, calculada por el banco de la República. En cuanto a la TBS, es el promedio de captación a través de DCT y CDAT de las entidades financieras calculada diariamente por la Superintendencia Financiera para diferentes plazos.

La UVR por su parte, tiene dentro de sí un factor que permite la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda por lo que para su cálculo se tiene presente el Índice de Precios del Consumidor (IPC) y por ello depende de la inflación. En su jurisprudencia, la Corte Constitucional consideró que es la Junta Directiva del Banco de la República la entidad encargada de su cálculo.

Finalmente, se debe tener en cuenta que la tasa de interés, además de la ganancia por la intermediación, contiene un componente de indexación con la finalidad de mantener el poder adquisitivo de la moneda durante el tiempo que dure la colocación.

63 Ibid. p. 56.

64 Ibid. p. 56

La fórmula para realizar la indexación es la siguiente

$$\text{Valor actual} = \text{Valor a Indexar} * (\text{Ipc presente}/\text{Ipc inicial})$$

Siendo el IPC el índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

Para más información, ver los anexos 1 y 2 en donde se encuentran las fórmulas relevantes necesarias en el presente Módulo.

1.3 FUNCIONES Y NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD FINANCIERA Y BURSÁTIL, Y CONCEPTO DE CONSUMIDOR FINANCIERO

a) Los sistemas financiero y bursátil

La actividad financiera y el mercado bursátil tienen una relación íntima con la finalidad de canalizar dineros del público a actividades productivas. En este sentido, las finanzas son entendidas como “*(...) la forma de inversión o financiación, por parte de un individuo, sea persona natural, empresa o una entidad del Estado, de los fondos que necesita para sus operaciones y de los criterios con que dispone de sus activos*”⁶⁵.

Por ello, el sistema financiero y bursátil colombiano involucra dos grandes sectores, por una parte, las instituciones financieras (sector financiero) y por otro al mercado de capitales. La diferencia entre la actividad financiera y la bursátil consiste en la forma de intermediación de cada una de ellas.

Cuando se habla del sector financiero, existe un intermediario entre dos extremos del sector económico (ahorradores y tomadores de créditos), mientras que en el mercado de capitales no existe esa intermediación propiamente dicha, sino que existe un agente que busca dinero directamente en el mercado de capitales a partir de la utilización de unos títulos valores (es un mandato-corretaje). Sin embargo, ambos sistemas están supervisados, vigilados y controlados por la Superintendencia Financiera (Fusión entre la otrora Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores).

En este sentido, y sin entrar a describir cada una de las entidades que hacen parte del sector financiero⁶⁶, es menester aclarar que la diferencia entre los establecimientos de crédito y las sociedades de servicios financieros toda vez que las primeras son intermediarios propiamente dichos, mientras que las segundas ofrecen servicios especializados.

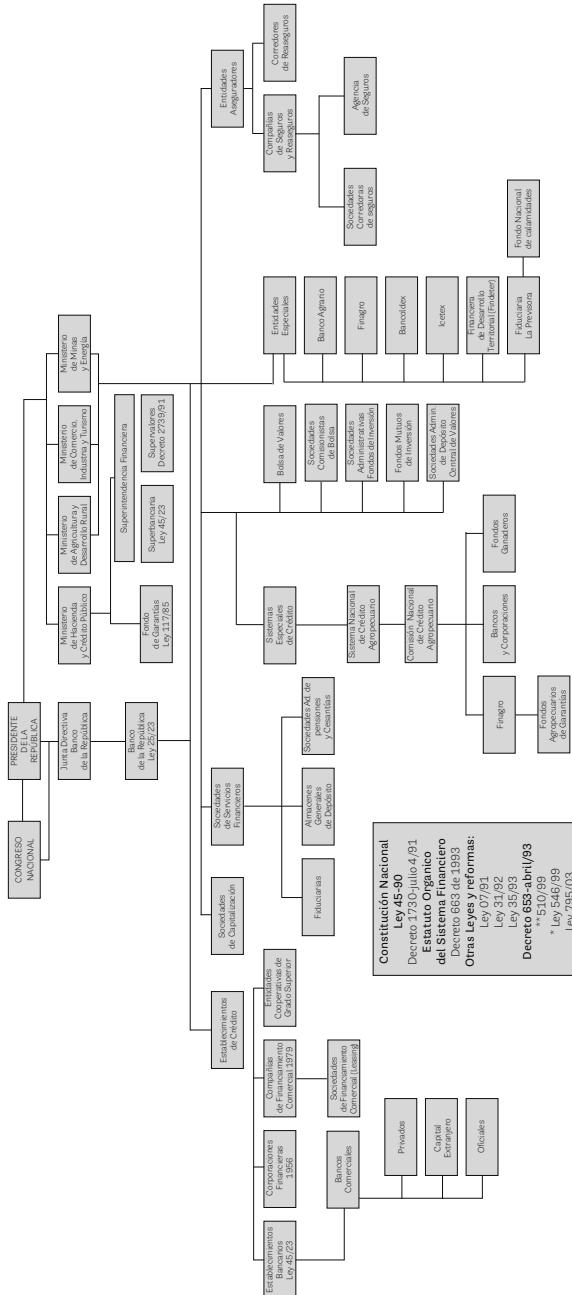
65 Ibid.

66 Ver Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 DE 1993 artículos 1,2 y 3, capítulo I y II.

CONCEPTOS BÁSICOS DE ECONOMÍA Y GENERALIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO Y BURSÁTIL

También es menester aclarar que las aseguradoras pertenecen al Sector Financiero en razón a lo cuantioso de los recursos que manejan. A continuación, se presenta el esquema general del sistema financiero:

Tabla 2. Esquema general del Sistema Financiero Colombiano



Fuente: Raena, Diego, Hovos, Walteros, Hernán & Ramírez Osorio. *El Sistema Financiero Colombiano. Ecco ediciones. Segunda edición 2016*. P. 77

Las funciones económicas del Sistema Financiero, dentro de este contexto, son la captación y concentración de recursos del público, la transformación del riesgo (en razón al riesgo de colocación e impagos, es posible diseminarlo), la transformación de plazos (pueden recibir a un determinado plazo y hacer colocaciones a plazos superiores con base en la relación de solvencia y liquidez que detentan) y servir como instrumento para la aplicación de políticas macroeconómicas a través de su relación con el Banco de la República.

Tabla 3. Esquema del Sistema Financiero y Mercado de Capitales



Fuente: Baena, Diego, Hoyos Walteros, Hernán & Ramírez Osorio, Jorge H. El Sistema Financiero Colombiano. Ecco Ediciones. Segunda edición. 2016, p. 75.

Los ámbitos del sector financiero son diversos. Desde el aspecto subjetivo el sector financiero y bursátil hace referencia al régimen legal que aplica a los sujetos intervenientes, en consecuencia se ocupa de determinar el nacimiento de la persona jurídica y los aspectos de capital (patrimoniales) que deben cumplir para poder desarrollar las actividades que se les asignan.

Por ello, son sujetos calificados toda vez que necesitan, como excepción al principio de la libre empresa consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política, autorización expresa del Estado para realizar dichas actividades. Sin dicha autorización estarán sujetos al régimen del Derecho Civil y Comercial, y al Derecho Penal por las infracciones que puedan cometer (delitos de captación masiva y habitual de dinero, por ejemplo).

Dentro del ámbito objetivo, se tienen que las entidades del sector realizan operaciones activas (otorgar créditos), pasivas (captación de dineros del público a partir de los depósitos) y neutras (servicios financieros que no suponen intermediación) estas operaciones generan contratos bancarios que reflejan operaciones masivas, habituales y profesionales. El sector bursátil, como se explicó anteriormente, actúa como colocador de títulos valores con la finalidad de obtener recursos de capital.

Ahora bien, se relaciona con el Derecho Constitucional en razón a que tiene imbuido la estabilidad económica del Estado y los principios del Estado Social del Derecho, la responsabilidad social y la democratización del crédito. También es una forma de expresión del Derecho Administrativo en razón a la inspección, vigilancia y control que se ejerce sobre la actividad. En cuanto al Derecho Penal, se encuentra que están protegidos los bienes jurídicos del orden público económico, castigando a quienes realicen dichas actividades sin autorización, la violación de los límites de crédito, el envío de información falsa al Estado o a los mercados, la violación a la reserva bancaria materializada en el uso de información privilegiada y la omisión a los regímenes de control de lavado de activos.

Con el Derecho Comercial tiene una relación de género a especie toda vez que lo no regulado en normas especiales, va a ser reglamentado por las normas del Derecho Comercial. Por ejemplo, el régimen de los contratos bancarios está contenido en el Código de Comercio en el Título XVII. Así mismo, en virtud de los artículos 1, 2 y 822 de la normatividad comercial, le son aplicables al sector las disposiciones del Derecho Civil. Además del régimen de conformación y personería jurídica especial, tienen un régimen diferente respecto a la escisión, fusión y transformación, así como normas especiales para los revisores fiscales y el régimen accionario.

Tanto el Derecho Financiero como el Bursátil son derechos mutables en la medida que deben estar en constante avance para acomodarse a las realidades económicas de las operaciones que se realizan. De igual forma son derechos con un carácter eminentemente profesional, que va más allá del concepto clásico de comerciante contenido en el Código de Comercio (artículos 10 y sub-

siguientes) porque se presenta imbuido el interés social en las operaciones que realizan, teniendo deberes especiales y en algunos casos, siendo necesario la aprobación de la Superintendencia para el ejercicio de ciertos cargos. A la par, es un derecho con tendencia a la internacionalización toda vez que los mercados están concatenados y se aplican principios de regulación internacional a las actividades (Basilea).

b) La bolsa de valores⁶⁷

El mercado público de valores está constituido por una serie de operaciones que realizan los inversionistas que, a partir de títulos valores, realizan inyección de capital en las entidades del sector productivo y el Estado. En este sentido comprenden dentro de sus operaciones:

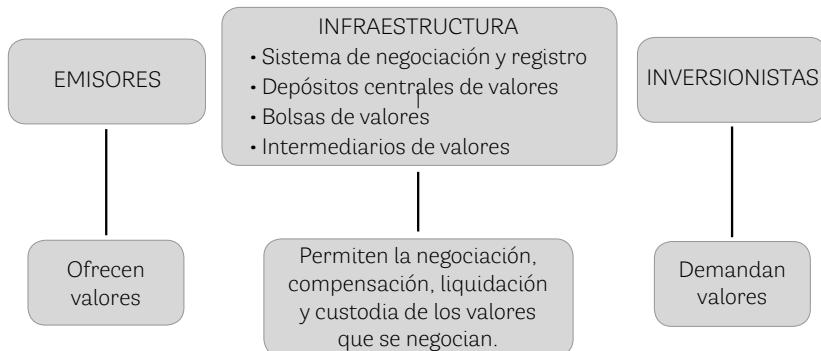
(...) la emisión, suscripción, intermediación y negociación de los documentos emitidos en masa, respecto de los cuales se realice una oferta pública, que otorguen a sus titulares derechos de crédito, de participación y de tradición o representativos de mercancías⁶⁸.

En consecuencia, dentro del mercado de capitales participan i) los inversionistas, quienes en este caso tienen los excedentes de liquidez y pretenden una ganancia a partir de los títulos en los que invierten; ii) unas personas demandantes de recursos que a partir de los títulos valores pretenden obtener en condiciones de mercado dichos recursos de capital y iii) los agentes del mercado público de valores que actúan como corredores en los términos del Código de Comercio quienes, en virtud a su especial conocimiento de los mercados, acercan a las dos puntas de la transacción⁶⁹.

67 Se recomienda ver la película *the big short* (la gran apuesta en español), que contiene una excelente explicación de cómo funcionan estos mercados.

68 Baena, Diego - Hoyos Walteros, Hernán y Ramírez Osorio, Jorge H. *El Sistema Financiero Colombiano*. Ecco Ediciones, Segunda edición, 2016.

69 AMV, *ABC del Inversionista, educación financiera para todos*. Segunda edición, 2012. Para que una empresa o el Gobierno puedan captar los recursos del público y financiar sus actividades, deben emitir unos instrumentos llamados Valores. Al invertir en una determinada entidad, la persona recibe a cambio estos instrumentos, los cuales respaldan la operación y la inversión que está realizando.

Tabla 4. Partícipes del mercado bursátil

Fuente: A, B, C del Inversionista, AMV, educación financiera para todos, segunda edición, 2012.

Es necesario para acudir a este mercado, que los valores sean tranzados a través de un intermediario de valores autorizado por la Superintendencia Financiera⁷⁰, de igual forma es necesario para la emisión de valores contar con la autorización debida. Son valores, entre otros, los siguientes:

Las acciones, los bonos, los papeles comerciales, los certificados de depósito de mercancías, cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización (es titularizable todo negocio que implique un flujo de efectivo ej. hipotecas), cualquier título representativo de capital de riesgo, los certificados de depósito a término, las aceptaciones bancarias, las cédulas hipotecarias, cualquier título de deuda pública⁷¹.

Dentro de esta operación es normal contar también con la participación de Calificadoras de Riesgo. Estas personas jurídicas son expertos en evaluar el riesgo que presenta cada uno de los títulos valores que se negocian dentro del mercado, comparando su negociabilidad con la probabilidad de impago, así la máxima calificación AAA implica que un título es tan seguro que su

70 AMV. ABC del inversionista educación financiera para todos. Segunda edición, 2012, en Colombia, las siguientes entidades se encuentran autorizadas para llevar a cabo actividades de intermediación en el mercado de valores:

- Sociedades Comisionistas de Valores
- Sociedades Fiduciarias
- Sociedades Administradoras de Inversión
- Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías
- Entidades Bancarias
- Compañías de Financiamiento
- Corporaciones Financieras
- Compañías de Seguros
- Algunas entidades de naturaleza pública

71 Ibíd.

riesgo de impago es mínimo. A partir de esa calificación, se producen otras con menor grado en donde los títulos son buenos, pero con un riesgo mayor.

La entidad en donde se realizan las transacciones (compra y venta de títulos) se llama la Bolsa de Valores de Colombia. La negociación de los títulos se realiza a través de un sistema electrónico, el cual consiste en:

Un mecanismo público para realizar transacciones de título valores llamada rueda, en la cual las ofertas, las demandas, las posturas y las adjudicaciones o calces, se efectúan a través de las estaciones de trabajo conectadas a la red computacional de la bolsa, a través del cual se permite consultar la información disponible en el mismo⁷².

Cuando el sistema falla o no está disponible, es posible realizar ruedas de viva voz, en donde es de manera oral que se realizan las transacciones económicas, en razón a las órdenes dadas por los intervinientes en dicho mercado.

Ahora bien, existen varios mercados en los que se pueden invertir de conformidad con las perspectivas del inversionista. El mercado de renta variable es aquel en el que las utilidades dependen de la operación realizada por las sociedades (acciones y bonos emitidos) o por las ganancias obtenidas en razón a la compra y venta de diferentes título valores.

Los mercados de renta fija, menos volátiles, son aquellos en donde la ganancia está sujeta a una tasa de interés fija con base en títulos representativos de deuda, dentro de estos títulos se destaca la inversión en deuda pública que tiene como base la emisión de bonos por parte del Estado entre otros bonos negociados. Finalmente, dentro del mercado cambiario se pueden realizar inversiones en divisas jugando con las tasas de cambio.

Cabe resaltar dentro de los negocios que se realizan en la bolsa, las operaciones de *forward* y las opciones. Las primeras consisten en:

(...) contratos personalizados de compra y venta en los cuales una de las partes se compromete a vender cierta cantidad de determinado bien en una fecha futura y la otra parte se compromete a comprar al precio pactado⁷³.

En los segundos, las opciones, más que un contrato, es el derecho que adquiere una persona de comprar o vender un activo en un futuro por un

72 Ibíd.

73 Diego Baena- Hernán Hoyos Walteros & Jorge H. Ramírez Osorio. *El Sistema Financiero Colombiano*. Ecco Ediciones, Segunda edición, 2016.

precio pactado. En consecuencia, es la opción de adquirirlo cuando este exista, a un precio estable, precaviendo las volatilidades del mercado.

En cuanto a las inversiones que se realicen en este mercado, existen dos obligaciones de especial importancia por parte de los intermediarios. Uno es el brindar la información respectiva para que el inversionista comprenda las implicaciones y riesgo que va a asumir en la operación, y el segundo, es la elaboración de un perfil de riesgo con base en la información proveída por el cliente, de lo que va a depender la responsabilidad del intermediario.

En este sentido, para identificar el perfil de riesgo, es necesario que el intermediario indague por las condiciones personales del inversionista así como las finalidades de la inversión, para determinar la tolerancia o propensión a ciertas inversiones.

Finalmente, es menester realizar una breve explicación sobre los entes reguladores. En el sector bursátil existe el autorregulador del Mercado Público de Valores o AMV. Esta entidad es de naturaleza privada, sin ánimo de lucro, que propende por verificar que las transacciones dentro del mercado cambiario se realicen de forma correcta, promoviendo buenas prácticas dentro del sector en coordinación con la Superintendencia Financiera.

Por lo anterior, realizan las siguientes actividades:

Supervisión: Con un enfoque preventivo, monitoreamos el mercado de valores y divisas en tiempo real y realizamos ejercicios de supervisión de manera periódica a las entidades que hacen parte del esquema de autorregulación. Nuestro objetivo es identificar riesgos y evitar situaciones que puedan afectar la integridad y las buenas prácticas de los agentes del mercado.

Disciplina: Buscamos disuadir las malas prácticas en los mercados de valores y divisas a través de una gestión disciplinaria justa y efectiva.

Profesionalización: Certificamos a los agentes que participan en las actividades relacionadas con el mercado de valores y divisas en Colombia.

Contribuimos a la profesionalización de estos mercados a través de exámenes de certificación que aseguran la idoneidad de las personas que intervienen en ellos. También contribuimos a la educación de inversionistas actuales y futuros a través de nuestro programa “Educación Financiera para Todos”⁷⁴.

74 <https://www.amvcolombia.org.co/acerca-de-amv/#1516389327970-952031b1-18f6>

Lo anterior se diferencia de las comisiones de regulación en cuanto a que estas últimas son instituciones de carácter estatal especializadas en ciertos sectores técnicos (telecomunicaciones, energía eléctrica, agua potable), en donde el devenir y las características especiales de dichos mercados hacen necesario un organismo regulador específico y experto que responda a las actividades cambiantes de su competencia, siendo entidades independientes. En este sentido, cabe mencionar que el legislador no es apto para dichas regulaciones en razón al término que dura la expedición de una ley y su carencia de experticia en temas tan técnicos, lo que contraviene a la actividad mutable de dichos servicios.

Finalmente, las Superintendencias tienen como origen constitucional el artículo 189, de la Constitución Política en donde se le encarga al Presidente de la República las facultades de inspección, vigilancia y control de ciertas actividades⁷⁵. Toda vez que el Presidente no puede realizarlas de forma directa, se crean este tipo de instituciones para desarrollar dichas funciones.

c) Actividad de interés público

Para realizar un análisis de las actividades del Sistema Financiero y Bursátil es menester ahondar en sus características especiales: Al ser consideradas como de interés público, los métodos de análisis y la interpretación de las normas especiales deben estar de acuerdo con esta característica especial. El interés público de la actividad se concreta en que:

- i) Definir que se trata de una actividad de interés público, y por ende, sólo puede ser ejercida previa autorización del Estado (artículo 335).
- ii) Establecer que corresponde al Congreso dictar por medio de leyes las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para efectos de regularla (literal d) del numeral 19 del artículo 150).
- iii) Determinar que corresponde al presidente de la República ejercer, de acuerdo con la ley a que se refiere el punto anterior, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que la ejercen (numeral 24, artículo 189)⁷⁶.

75 *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: 21. Ejercer la inspección y vigilancia de la enseñanza conforme a la ley.*

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

76 Sentencia T-136/13, Corte Constitucional, M. P., Jorge Iván Palacio Palacio.

Por lo anterior, el voto de confianza que existe dentro del sector es de vital importancia, las personas entregan sus recursos confiando en que las operaciones van a ser bien realizadas y las colocaciones van a estar soportadas correctamente por las entidades a las que se les entregan.

Hay que entender que la actividad bancaria y la intermediación en general, son servicios públicos por lo que está ligadas al interés de la comunidad y el crecimiento económico del Estado, lo que hace necesarias unas condiciones especiales de continuidad, permanencia y regularidad que den estabilidad a los sistemas, lo que a su vez justifica una especial regulación y la existencia de barreras de entrada a dichos mercados, en palabras de la Corte Constitucional:

A partir de los anteriores presupuestos, se entiende por qué, el Constituyente, en el caso específico de los establecimientos de crédito, le impuso al Estado el deber de regular su actividad, condicionándola y sometiéndola a unas reglas y controles específicos, que deben operar de manera tal que se realice el principio superior que señala la primacía del interés general sobre el particular; ese deber de regulación incluye, desde luego, el deber de hacer efectiva la responsabilidad de los agentes económicos proveedores de bienes y servicios, específicamente de los propietarios y administradores de los establecimientos de crédito⁷⁷.

De igual forma toda la actividad financiera está sujeta a la regulación estatal. Ahora bien, teniendo en cuenta que el ahorro es la base de la inversión y que esta ecuación, aparejada con el intercambio tecnológico, son de especial importancia para el desarrollo económico de una nación⁷⁸ la protección a los dineros del público se hace superlativa.

Lo anterior, entendido por el Constituyente, inspira todo el sistema financiero y evita precisamente que los amigos de lo ajeno realicen captaciones sin la estabilidad (solvencia o patrimonio) suficiente para soportar las operaciones realizadas. Pensemos en nuestro amigo Shyloc, ¿Qué tal que no tuviera los recursos suficientes para soportar la captación? Perderían entonces sus dineros los ahorradores:

La sujeción a la previa autorización del Estado de las actividades previstas en el artículo 335 de la Constitución, sujetas a un régimen de intervención estatal de carácter reforzado, encuentra su fundamento en que las mismas “comprometen el orden público económico y los

77 Sentencia C-122/99 – UPAC, Corte Constitucional, M. P., Fabio Morón Diaz.

78 Ver las claves del desarrollo de corea en <https://www.youtube.com/watch?v=lROTtJTpCNo>

intereses particulares de los usuarios, lo que exige garantizar la confianza en el sistema financiero. (...)", tal actividad ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Corporación, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como un servicio público⁷⁹.

Asimismo la actividad financiera, además de tener dentro de sí el interés general, es entendida como un servicio público, a pesar que sea prestado por particulares. En consecuencia, aunque las partes sean en principio personas privadas, en donde la regla general es la autonomía de la voluntad como fuente de las relaciones jurídicas, lo cierto es que las especiales características que implican los sistemas financieros y bursátiles y, en especial, la confianza de los ahorradores e inversionistas, hacen que la voluntad privada, como expresión de la libertad de las personas, tenga acepciones completamente distintas y aplicaciones diferenciadas cuando estamos en el marco de relaciones de este tipo⁸⁰:

Por estas razones, el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada en la actividad financiera no tiene el mismo campo de acción que ostenta en las actividades ordinarias y está sujeto a restricciones por causa del interés público y la protección constitucional de los derechos fundamentales, las cuales se imponen principalmente a las entidades prestadoras de esos servicios, como ocurre, por ejemplo, en materia de negación del acceso a los servicios o de terminación unilateral de los mismos⁸¹.

Lo anterior hace que las cláusulas clásicas del derecho privado y las estipulaciones contractuales cambien su naturaleza, no siendo equiparables o asimilables conmutativamente hablando, los contratantes que actúen dentro de dicho sistema. Por eso, principios como el acceso a los sistemas financieros, democratización del crédito, posición dominante contractual y el ejercicio unilateral de prerrogativas contractuales están relacionados con derechos fundamentales.

En este sentido, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los operadores del Sistema Financiero anulan los derechos de una determinada persona cuando⁸²:

- Cuando el cliente no cuenta con los medios necesarios (administrativo o jurídicos) para acceder al sistema financiero, siempre y cuando pueda demostrar la licitud de su capital.

79 Sentencia SU.447/11, Corte Constitucional, M. P., Mauricio González Cuervo.

80 Sentencia C-341/06, Corte Constitucional, M. P., Jaime Araújo Rentería.

81 Ibíd.

82 Ibíd.

- También existe un bloqueo financiero cuando las distintas entidades del sector rechaza las relaciones comerciales sin que exista una causa objetiva que sustente dicha decisión (incluyendo la negociación con los títulos valores), lo que a su vez va en contravía de los derechos a la personalidad jurídica y la igualdad respecto al acceso a los servicios que estas prestan.

De lo anterior se colige que la negativa al acceso a los sistemas financieros y bursátiles es una forma de trasgredir los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas quienes ven cercenadas la posibilidad de acceder a recursos de capital con los que puedan desarrollar sus actividades económicas. Ahora bien, el acceso a dichos servicios si se puede negar, pero para ello es necesario la existencia de una *causa objetiva*.

Esta causa objetiva es entendida como una justa razón que tengan las distintas entidades del sector financiero y los intermediarios del sector bursátil para negar los servicios a prestar. Por ejemplo, el hecho de manejar recursos de dudosa procedencia se constituye como una causa objetiva en razón a que existe una regulación estricta para que el sistema financiero no sea permeado con dineros ilícitos⁸³.

d) Características especiales de los contratos financieros y bursátiles

Es necesario como característica especial de los contratos que se celebren con entidades financieras y con las entidades bursátiles partir de su carácter *intuito personae*. Estos contratos se celebran en virtud de las condiciones especiales que tengan tanto los ahorradores (relacionados con la política en contra del lavado de activos), como los clientes y los inversionistas para evitar tanto la permeabilidad del sistema, como impedir un aumento en el riesgo de colocación (riesgo de impagos), o realizar inversiones acorde con el perfil de riesgo del inversionista⁸⁴.

Lo anterior se fundamenta en:

(i) El principio de confianza en el manejo del ahorro público, por virtud del cual las instituciones financieras deben velar por el mantenimiento de los índices de solvencia y de liquidez que les permitan asegurar el cumplimiento de sus operaciones financieras pasivas; (ii) El principio de buena fe, conforme al cual, las relaciones entre las entidades bancarias

83 Sentencia C-341/06, Corte Constitucional, M. P., Jaime Araújo Rentería citando Sentencia SU-157 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. En el mismo sentido pueden consultarse las Sentencias SU-167 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y T-468 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

84 Sentencia T-468/03, Corte Constitucional, M. P., Rodrigo Escobar Gil.

y los usuarios o clientes deben ajustarse a las exigencias éticas de lealtad, honestidad y colaboración recíproca y, por último; (iii) El servicio bancario como bien meritorio se encuentra sujeto al principio de exclusión, es decir, implica el cumplimiento de ciertos requisitos de acceso para lograr su efectiva prestación⁸⁵.

Por ello, existen medios de control para lograr el acceso a dichos servicios. En especial, dentro del sector financiero y bancario se han acogido por Colombia las recomendaciones dadas por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, con la finalidad de mitigar los riesgos presentes en dichas actividades.

A saber los riesgos presentes para la realización de dichos contratos son los siguientes:

- a) **Riesgos de reputación:** Consistentes en la publicidad negativa que puede afectar la confianza de los depositantes, como resultado de la ejecución de prácticas anormales o de la utilización de las entidades financieras como medios para la realización de actividades ilegales por parte de sus clientes.
- b) **Riesgos operativos:** Relacionados con la violación a los procedimientos de control y de debida diligencia previstos en la ley y desarrollados por las autoridades de control, los cuales pueden involucrar una afectación o alteración al ejercicio corriente de sus operaciones financieras activas, pasivas o neutras.
- c) **Riesgos legales:** Aquellos vinculados con los posibles multas, responsabilidades penales y sanciones administrativas impuestas por las autoridades de control, como consecuencia de la ausencia de la debida diligencia en el momento de identificar clientes y en la prestación corriente de sus servicios.
- d) **Riesgos de concentración:** Destinados a controlar la concentración indebida del crédito, es decir, tienen como propósito evitar la violación a los cupos individuales de crédito o su asignación a un prestatario único o a un grupo de prestatarios relacionados. Su fundamento constitucional se encuentra en la obligación de democratizar el crédito, de conformidad con el artículo 335 superior⁸⁶.

85 Sentencia T-468/03, Corte Constitucional, M. P., Rodrigo Escobar Gil.

86 Sentencia T-468/03, Corte Constitucional, M. P., Rodrigo Escobar Gil, En Colombia, el control a los citados riesgos se encuentran regulados en: (i) El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; (ii) La Circular Externa

Dentro del Sistema Bursátil, los riesgos se relacionan más, al ser una operación de corretaje, con la inversión en virtud de las condiciones naturales del mercado, la debida información o consejo que da el intermediario respecto a la inversión y el buen actuar de la empresa que emitió los títulos valores.

En consecuencia, existen formatos y funcionarios obligados a realizar una verificación de los clientes, ahorradores e inversionistas, ya que a partir de las declaraciones del Sarlaft aportan información a las entidades financieras y a las demás empresas del sector financiero y bursátil.

e) Operaciones bancarias

Para entender la forma en la que se realiza la colocación de los recursos y de forma estricta la operación de intermediación, es necesario ahondar respecto a las operaciones activas, pasivas y neutras que realizan estas entidades:

Rodríguez Azuero define la operación bancaria como *“la operación de crédito realizada por un banco caracterizada porque la entidad respectiva desarrolla su actividad en forma de intermediación o se lucra con los recursos obtenidos para su nueva colocación”*⁸⁷.

En las operaciones activas el establecimiento financiero se convierte en el acreedor del cliente en virtud de un contrato de mutuo o de apertura de crédito⁸⁸. En cuanto a las operaciones pasivas, es el banco quien funge como deudor del ahorrador, con base un contrato civil o comercial, destacándose especialmente el depósito y el depósito irregular⁸⁹.

En este sentido, los depósitos pueden ser a la vista (el ahorrador puede retirarlos en cualquier momento) o a término (en donde el acreedor se compromete a dejar los recursos por un plazo determinado, plazo que corre en favor de la entidad financiera, en principio).

Las últimas, las operaciones financieras neutras:

(...) son aquellas en las que el establecimiento crediticio o bancario no asume ningún riesgo, pero que adelanta en virtud de que son actividades

846 de 2002 de la Superintendencia Bancaria; (iii) La Ley 526 de 1999 y (iv) El Decreto 1497 de 2002.

87 Sentencia C-823/11, Corte Constitucional, M. P., María Victoria Calle Correa, citando a Rodríguez Azuero

88 El cual está regulado conforme a las reglas del Código civil colombiano en el Título XXX, El contrato de El Mutuo o Préstamo de Consumo está definido en el Artículo 2221. De la siguiente manera *“El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.”*

89 Estos contratos están regulados, sin perjuicio de las normas especiales sobre la materia, en el Título XVII, De los Contratos Bancarios, del Código de Comercio.

instrumentales a las demás, por cuya prestación el establecimiento bancario cobra una comisión. Entre estas se relacionan las cuentas corrientes, los giros y transferencias entre cuentas, las garantías bancarias, las cajillas de seguridad o la domiciliación de recibos para su pago periódico por parte del banco⁹⁰.

Si bien, en virtud de dichas operaciones el establecimiento financiero puede realizar cobros al cliente, estas no pueden ser consideradas como parte de la intermediación financiera ni constituyen al banco en deudor. Por ello no están reguladas en el estatuto financiero sino en la legislación mercantil⁹¹:

Lo anterior significa que los negocios o contratos jurídicos que adelantan las entidades crediticias o bancarias no son esencialmente financieros, pero se engloban como una operación financiera, si son adelantadas por una entidad financiera. Dado el proceso de bancarización, existe una multiplicidad de entidades que realizan este tipo de operaciones, sin que su regulación y vigilancia corresponda al sector financiero⁹².

En consecuencia, y para claridad del discente, hay intermediación cuando estamos en presencia de actividades de captación y colocación. Así las cosas la captación se presenta cuando existe un número plural de pasivos (el banco como deudor) con un número plural de personas (superavitarios de liquidez), que tienen como base las operaciones de mutuo y depósito irregular con la finalidad de ser colocados.

Es necesario, dentro de las operaciones bancarias, hacer mención a cuales son los medios de pago, tanto los financieros como los que no tiene dicha calidad, para así ver como el dinero interactúa con los sistemas en general.

Los medios de pago son instrumentos que remplazan el dinero, siendo equivalentes para el cumplimiento de la prestación debida, que dentro de la materia que nos ocupa, es casi siempre monetaria. Como ejemplos tenemos los cheques y el dinero electrónico (tarjetas débito, de crédito y demás medios que implican el pago por transacciones electrónicas ofrecidos por las entidades (PSE), cajeros, etc.).

Por lo tanto, no es relevante la forma en que se realice la captación de recursos (consignación, transferencia, giro etc.) ni su colocación (desembolso en efectivo, abono a cuenta, transferencia electrónica) sino que exista, para

90 Sentencia C-823/11, Corte Constitucional, M. P., María Victoria Calle Correa.

91 Título XVII, De los Contratos Bancarios, del Código de Comercio.

92 Sentencia C-823/11, Corte Constitucional, M. P., María Victoria Calle Correa.

ser objeto de una regulación especial, una intermediación en el sentido anteriormente expuesto.

Cabe anotar que:

(...) la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales⁹³.

En la actualidad es un hecho notorio que los medios de pago no están exclusivamente en cabeza de los establecimientos financieros. Los comerciantes, en el ejercicio de su actividad, han comenzado a generar medios de pago generales o que sirvan en su negocio en específico, en virtud del mayor dinamismo que se genera en su actividad. Por ello, muchas de las grandes superficies, empresas prestadoras de servicios públicos y otras entidades han generado sus propias tarjetas de crédito, bonos, bonos de regalo, entre otras, que funcionan en la práctica como medios de pago, a pesar de no existir una captación⁹⁴.

Así que fue necesario que en ejercicio de las facultades otorgadas en el Estatuto Orgánico del Sistema financiero, se expediera el Decreto 1400 de 2005 para someter a la vigilancia, inspección y control a dichas entidades.

Por ende, en la actualidad el concepto de medios de pago fue ampliado y definido como los *“documentos físicos o mensajes de datos que permiten a una persona extinguir una obligación dineraria o transferir fondos a través de un sistema de pago”*⁹⁵.

A su vez, se entiende por sistema de pago, el:

conjunto organizado de políticas, reglas, acuerdos, instrumentos de pago, entidades y componentes tecnológicos, tales como equipos, software y sistemas de comunicación, que permiten la transferencia de fondos entre los participantes, mediante la recepción, el procesamiento, la transmisión, la compensación y/o la liquidación de órdenes de transferencia y recaudo⁹⁶.

93 Ibid.

94 Ibid.

95 Decreto 1400 de 2005.

96 Decreto 1400 de 2005.

En consecuencia, se estipuló, con miras a la protección del sistema en su conjunto, que las entidades que administren sistemas de pago, deben cumplir con las normas aplicables a las Compañías de Financiamiento Comercial para garantizar su solvencia. En consecuencia, existen unos medios de pago financieros y no financieros que van a determinar la competencia de la Superintendencia financiera respecto a la inspección, vigilancia y control que se haga sobre esos establecimientos.

f) Libertad de configuración del legislador en materia de actividades financieras

Para analizar la configuración de las libertades que tiene el legislador en materia financiera es necesarios partir de los conceptos indeterminados, toda vez que la normatividad y el legislador no los ha definido plenamente.

De este modo frente al examen de constitucionalidad realizado por la Corte bajo el supuesto enunciado, se ha precisado que:

El margen de libertad legislativa a la hora de precisar un concepto jurídico que aparece indefinido en la Constitución depende pues de la precisión de las referencias que la misma Carta contenga, relativas al concepto que el legislador pretende definir. A mayor precisión en las referencias constitucionales, menor libertad de configuración legislativa y viceversa. Correlativamente, la intensidad del control constitucional debe adecuarse a esta mayor o menor libertad de configuración legislativa⁹⁷.

En consecuencia, la Corte entra a determinar los límites del legislador partiendo de la especificidad que existe en la Carta Suprema respecto de dichos conceptos, con la finalidad que no vayan a trasgredir el ordenamiento jurídico:

Es claro que el constituyente ordena que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra que implique la captación de ahorro público deben ser reguladas por el Congreso e intervenida por el Gobierno de conformidad con la ley, así como estar sometida a la inspección, vigilancia y control estatales. Empero, la Constitución no se ocupa de definir en qué consisten dichas actividades, es decir, no suministra la definición de lo que se debe entender por actividad financiera, aseguradora o bursátil. Así, tales conceptos están indeterminados en la Constitución, siendo del resorte del legislador precisar su sentido y alcance⁹⁸.

97 Sentencia C-823/11, Corte Constitucional, M. P., María Victoria Calle Correa.

98 Sentencia C-823/11, Corte Constitucional, M. P., María Victoria Calle Correa.

Con respecto al sentido y alcance de los términos de la Constitución y teniendo en cuenta que estos no están desarrollados, el legislador tiene un amplio margen definitorio, pudiendo centrarse en la naturaleza misma de la actividad con base en la forma en que esta se desarrolla, o definir a partir de las diversas actividades que lo comprenden para de forma positiva o negativa, determinar dichas actividades. Finalmente, es posible realizar una definición de dichos conceptos a partir de los órganos que están inmersos en las mismas, partiendo de los principios constitucionales y los derechos fundamentales.

En consecuencia, se plantean por la Corte las siguientes problemáticas en razón al caso de constitucionalidad que se analizó, con miras a determinar entre otras, las competencias de la Superintendencia Financiera:

De lo dicho pueden extraerse las siguientes conclusiones de cara al problema jurídico que se plantea en la presente demanda: (i) de la Constitución no emana que la actividad financiera sea exclusivamente aquella que se desarrolla bajo la forma de intermediación; (ii) de la Constitución no se desprende que la actividad financiera sea exclusivamente aquella que desarrollan las instituciones financieras o las entidades que hacen parte del sector financiero; (iii) de la Constitución no emana que toda actividad que implique captación y colocación de recursos debe hacerse entre el público y para el público; (iv) de la Constitución sí emana que la actividad financiera conlleva el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos y que por esta razón, debe quedar sujeta a la intervención, vigilancia y control estatales, que se lleva a cabo mediante un reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo, a través del mecanismo de las “leyes marco”. (v) de la Constitución no emana que la intervención y vigilancia de la actividad financiera o de cualquier otra que involucre el manejo, aprovechamiento o inversión del ahorro público tenga que llevarse a cabo conforme a unas mismas reglas y bajo el control de un mismo órgano de supervigilancia estatal. Empero, las diferencias que se introduzcan en las modalidades de control deben aparecer justificadas, so pena de desconocer el principio de igualdad⁹⁹.

Sin embargo, partiendo de conceptos de índole técnico, no es necesario, conforme a lo dicho por la Corte Constitucional, que el legislador tenga necesariamente que restringir la actividad financiera a los establecimientos de crédito. Por ello, en materia de legislación financiera:

99 Sentencia C-823/11, Corte Constitucional, M. P., María Victoria Calle Correa.

Ha dicho la Corte que la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro-inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos. Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal¹⁰⁰.

En consecuencia, la estructura del Estado Social de Derecho ha reconocido que la actividad financiera y bursátil debe encaminarse a hacer efectivos los derechos fundamentales y la idea de Estado que consagró el constituyente, para así hacer efectivos derechos como la democratización del crédito, la destinación de los recursos al desarrollo común, y la distribución correcta del ingreso dentro de una economía de mercado. Por ello:

(...) más allá de este interés público, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financiera, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público¹⁰¹.

Por lo anterior existe línea jurisprudencial, reconocida por la Corte, en donde a pesar de no estar expresamente definidas como actividades financieras, se consideran como tal y en consecuencia les son aplicables los principios esbozados las siguientes:

1) la actividad bancaria, 2) la actividad bursátil, 3) la actividad aseguradora, 4) la actividad fiduciaria, 5) la intermediación de recursos financieros, 6) la actividad crediticia, 7) “la operación y gestión de las instituciones financieras en lo relativo a los créditos de largo plazo para adquisición y construcción de inmuebles destinados a vivienda”, 8) la actividad de los almacenes generales de depósito y de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, 9) la relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, entre otras¹⁰².

En este sentido, no es necesario que el legislador propenda por regular la totalidad de las actividades, siendo posible, en caso de espacios grises, que el legislador decida entre calificar a una actividad como financiera o excluirla.

100 Ibid.

101 Sentencia C-823/11, Corte Constitucional, M. P., María Victoria Calle Correa.

102 Ibid.

Teniendo en cuenta que la captación es regulada y de especial consideración para el mercado financiero, ha sido la Superintendencia Financiera que, en ejercicio de sus funciones, determinó el alcance del concepto:

Para la Superintendencia Financiera, existe actividad de captación cuando se presentan los supuestos previstos en el artículo 1 del Decreto 1981 de 1988, la cual sólo se puede realizar legalmente si se enmarca en una actividad previamente autorizada:

Bajo este contexto se precisa que la intermediación financiera es una actividad propia de las entidades vigiladas por este organismo y se entiende como la captación profesional de recursos del público mediante operaciones pasivas (recepción de dineros), y a su vez la transferencia de dichos recursos mediante la realización de operaciones activas (otorgamiento de créditos), gestión que por su naturaleza requiere previa autorización administrativa¹⁰³.

En últimas, las regulaciones apuntan a la actividad de captación como fundamento de los tipos penales existentes¹⁰⁴, así como a la protección de esos recursos como fuentes del desarrollo económico del país. En este contexto:

Artículo 1º. Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando su pasivo para con el público esté compuesto por obligaciones con más de veinte (20) personas o por más de cincuenta (50) obligaciones, en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de interpuesta persona.

Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquiera otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios.

2. Cuando, conjunta o separadamente, haya celebrado en un periodo de tres (3) meses consecutivos más de veinte (20) contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores a juicio del mandatario, o haya vendido títulos de crédito o de inversión con la

103 Ibíd.

104 Captación masiva y habitual de dinero, usura y pánico económico.

obligación para el comprador de transferirle la propiedad de títulos de la misma especie, a la vista o en un plazo convenido, y contra reembolso de un precio.

Para determinar el periodo de los tres (3) meses a que se refiere el inciso anterior, podrá tenerse como fecha inicial la que corresponda a cualquiera de los contratos de mandato o de las operaciones de venta¹⁰⁵.

Por lo anterior, la aplicación o adecuación del tipo penal al supuesto fático necesita que:

- a) Que el valor total de los dineros recibidos por el conjunto de las operaciones indicadas sobresepa el 50% del patrimonio líquido de aquella persona, o
- b) Que las operaciones respectivas hayan sido el resultado de haber realizado ofertas públicas o privadas a personas innombradas, o de haber utilizado cualquier otro sistema con efectos idénticos o similares.

Parágrafo 2°. No quedarán comprendidos dentro de los cómputos a que se refiere el presente artículo las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4° grado de consanguinidad, 2° de afinidad y único civil, o con los socios o asociados que, teniendo previamente esta calidad en la respectiva sociedad o asociación durante un periodo de seis (6) meses consecutivos, posean individualmente una participación en el capital de la misma sociedad o asociación superior al cinco por ciento (5%) de dicho capital.

Tampoco se computarán las operaciones realizadas con las instituciones financieras definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982¹⁰⁶.

En consecuencia, se pretende que las normas que relacionan el nivel patrimonial como garantía de la captación y colocación, obren como garante dentro del ordenamiento jurídico y el sistema económico, al mantener margen correcto entre solvencia, liquidez y colocación en dichas las actividades:

Ahora bien, con ocasión de la autorización otorgada por el Gobierno Nacional de ampliar la cobertura de los servicios de las entidades de crédito, se expidió el Decreto 2236 de 2006, por medio del cual se autoriza a las entidades vigiladas a suscribir contratos con corresponsales no bancarios, a fin de que estos puedan desempeñar algunas de las

105 Ibid.

106 Ibid.

tareas propias de los establecimientos de crédito, a nombre de la correspondiente entidad financiera¹⁰⁷.

Los corresponsales bancarios pretenden entonces llevar los servicios financieros a lugares en donde no ha podido llegar la entidad como tal, permitiendo así la democratización del crédito y la bancarización de sectores deprimidos buscando que pueda permitírseles el acceso a los recursos de capital. En este sentido es la entidad la que responde por las actuaciones del corresponsal.

g) Consumidor financiero

Respecto al derecho del consumidor y en especial del consumidor financiero, es necesario exponer que existe una normatividad especial que regula específicamente la materia (Ley 1328 de 2009). Ahora bien, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 1480 de 2011, en lo no regulado específicamente en las normas especiales, el estatuto del consumidor entra, como norma subsidiaria, a proteger a estas personas en razón a su debilidad y a la asimetría de la información que se presentan en las relaciones comerciales (falla del mercado).

En ese sentido, la Ley 1328 de 2009 reguladora del consumidor financiero establece en su artículo segundo lo siguiente:

Artículo 2º. Definiciones. Para los efectos del presente régimen, se consagran las siguientes definiciones:

- a) Cliente: Es la persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social.
- b) Usuario: Es la persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada.
- c) Cliente potencial: Es la persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta.
- d) Consumidor financiero: Es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas.
- e) Productos y servicios: Se entiende por productos las operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado

107 Ibid.

con el cliente o que tienen origen en la ley. Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros.

- f) Contratos de adhesión: Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.
- g) Queja o reclamo: Es la manifestación de inconformidad expresada por un consumidor financiero respecto de un producto o servicio adquirido, ofrecido o prestado por una entidad vigilada y puesta en conocimiento de esta, del defensor del consumidor financiero, de la Superintendencia Financiera de Colombia o de las demás instituciones competentes, según corresponda.
- h) Entidades vigiladas: Son las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

La Corte Constitucional, en su labor de guardiana de la Constitución, también ha abocado el conocimiento y analizado tanto el concepto de consumidor financiero como las implicaciones que este tiene dentro del ordenamiento jurídico, partiendo de la relación desigual existente entre las dos partes de la relación contractual:

La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato¹⁰⁸.

Bajo este presupuesto constitucional, se justifica precisamente, la interpretación diferenciada que se le da a los contratos con las entidades financieras y bursátiles, así como los matices que adquiere la autonomía de la voluntad bajo el principio *pro consumitore* que establece la misma Carta, siendo el consumidor el último eslabón en la cadena de consumo de productos financieros.

108 Sentencia C-313/13 Corte Constitucional, M. P., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Visto desde el punto de vista económico, los consumidores son aquellos que hacen parte de la demanda, entendida en su conjunto. Ellos están sometidos a una restricción del ingreso, la cual determina su capacidad para satisfacer las necesidades básicas dentro de una economía del mercado. Asimismo, el Derecho del Consumidor protege precisamente a aquellas personas con restricciones presupuestales fuertes, quienes son los que cuentan con una menor capacidad monetaria para adquirir bienes y servicios:

Dada la capacidad de las organizaciones económicas, el consumidor se hace no solo presa, sino víctima de frecuentes abusos en el mercado. La idea de autonomía, propia del liberalismo e incrustada en el derecho privado, resulta insuficiente para prestar protección a este nuevo titular de derechos. La referida circulación masiva de bienes y servicios hizo exigibles nuevas formas de contratación que superaban el viejo molde del contrato tradicional. La presencia de cláusulas predispuestas por el contratante más fuerte se tornó en necesidad y, frente a una situación de sumisión por parte del adquirente de bienes y servicios, se hizo imperativa la intervención del Estado¹⁰⁹.

En consecuencia, y a pesar de la existencia dentro del derecho civil de instituciones como el abuso del derecho, estas no se presentaban como suficientes para controlar las disparidades entre los contratantes, permitiendo abusos a la parte débil. Por ello, la libertad de empresa y la autonomía de la libertad tienen limitaciones sociales:

De ahí que se haya dicho que “la autonomía de la voluntad y por tanto de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea. Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones”¹¹⁰.

Por ello, al existir una falla del mercado, la cual produzca que sus instituciones y supuestos no funcionen, es el Estado que –a partir de la regulación– debe intervenir para corregirla, siempre y cuando se pruebe la existencia de una falla que pueda ser solucionada mediante la regulación y responda a un análisis de costo beneficio¹¹¹.

109 Ibid.

110 Ibid.

111 Véase Spulber, Daniel. Regulation and Markets. Massachusetts, MIT Press, 1989, p. 43.

En este contexto existe un gran interés por parte tanto del constituyente como del legislador en esas actividades que permiten el acceso a recursos tanto para satisfacer las necesidades de la población, como a recursos de capital que permitan materializar realmente el derecho a la libre empresa y a la iniciativa privada que obran como base del desarrollo conforme al artículo 333 de la Constitución Política¹¹².

Por ello, la protección al consumidor financiero hace parte del interés estatal:

A este punto, ninguna duda cabe sobre la afectación que los cambios económicos han acarreado a la vieja figura de la autonomía individual como soporte esencial del contrato. Las nuevas condiciones del mercado y la disparidad de los actores del mismo han implicado para los Estados el deber de intervenir en dicha esfera, en aras de proteger otros derechos, de los cuales, son titulares en muchas ocasiones, sujetos en condición de debilidad o vulnerabilidad frente a otros cuya situación los convierte en dominantes¹¹³.

Solo dentro del marco constitucional planteado, y dependiendo la debilidad que los sistemas de mercado han generado para ciertas personas, es posible que el juzgador o juzgadora pueda entrar a definir una situación fáctica en donde las partes son disímiles en cuanto a su capacidad de actuar dentro de los mercados, teniendo en cuenta que las transacciones entre los agentes económicos se realizan a través de contratos.

Por ello, el Estado tiene los deberes de inspección vigilancia y control de los comportamientos de los agentes en el sistema financiero y bursátil, justificando así los esquemas sancionatorios adoptados por la ley, y las competencias otorgadas especialmente a la Superintendencia de Industria y Comercio y Superintendencia financiera respecto del consumidor conforme a sus competencias:

112 Artículo 333. *La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.*

113 Sentencia C-313/13 Corte Constitucional, M. P., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo citando a C-909 de 2012 M-P- Pinilla Pinilla.

Al elevar la protección de consumidores y usuarios a nivel constitucional se pretende dotar al legislador de un sólido fundamento para crear nuevos instrumentos que amplíen el universo propio de su defensa en el ordenamiento nacional (...)¹¹⁴.

En consecuencia, el legislador, al entrar a regular las estructuras propias de los contratos que se realizan en el Sector Financiero, así como las protecciones que deben tener los consumidores, está efectivamente cumpliendo con su deber constitucional de proteger a los usuarios de los distintos sistemas de los abusos que puedan cometer los agentes con un mayor poder económico.

Por lo anterior, como características constitucionales del Derecho del Consumidor, la Corte ha considerado las siguientes:

De la manifestación jurisprudencial transcrita, se pueden afirmar del derecho del consumidor, entre otras cosas, que se trata de un conjunto de normas encaminado a subsanar las asimetrías evidenciadas en el mercado y derivadas, entre otras circunstancias, de las diferencias en materia de capacidad económica y de la posesión de información cualificada. También se puede sostener que se trata de un derecho eminentemente dinámico, condicionado a las variaciones de la situación de consumidor y productor en el escenario cambiante del mercado. Igualmente, se puede advertir que la lectura de los contratos surgidos en el mercado entre consumidores y productores, debe hacerse teniendo como norte los principios constitucionales de protección al consumidor¹¹⁵.

En este sentido, los contratos entre consumidores y proveedores del Sector Financiero ahora tienen una función social toda vez que deben propender por una igualdad real en las relaciones contractuales, en vista que existen poderes de sometimiento dentro del sistema económico, y el desarrollo general de la población.

Por ello:

(...) La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales

114 Ibid.

115 Ibid.

que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros¹¹⁶.

Entonces el derecho de la libre competencia y del consumidor se convierte en las herramientas fundamentales para que el capitalismo no se autodestruya, y se haga una correcta asignación de bienes y servicios dentro del mercado a partir del sistema económico de mercados:

Como se puede apreciar, la libertad encuentra restricciones en situaciones como el abuso de la posición dominante. Entiende la Corte que en tal entorno la idea de libertad contractual ha de ser matizada. Sin duda, deberá seguir gozando de la protección constitucional por ser expresión de la autonomía en los términos en los cuales desde Locke hasta Constant se entendiera, pero, con la masificación y los movimientos acelerados de la economía y en un mercado en el cual unos actores tienen la posibilidad de prefijar las cláusulas del contrato y otros han de plegarse a ellas si desean acceder al servicio, tal libertad se desdibuja¹¹⁷.

La concreción del control contractual en presencia de contratos-masa que ponen al consumidor en una situación de desventaja, comienza precisamente con el desarrollo de las teorías de las cláusulas abusivas y abuso de la posición dominante por parte de la jurisprudencia y la ley.

La voluntad como fuente de las obligaciones, en donde las partes se sentaban a negociar los clausulados contractuales ha cambiado a figuras de contratos predispuestos en donde la autonomía de la voluntad de la parte débil se circumscribe exclusivamente a la aceptación o no de las mismas. Bajo la existencia de monopolios u oligopolios (ejemplos de poder de mercado), el consumidor estará supeditado a la imposición unilateral del contrato o a la no satisfacción de la necesidad que pretende satisfacer.

Lo anterior, en el marco de las entidades financieras, reviste una especial importancia porque no solo el consumo afecta la necesidad, sino el acceso a dicho mercado impide inclusive realizar una actividad económica de la que pueda devengar un sustento. Concretándose la posición dominante en el contrato ofrecido al consumidor financiero:

116 Ibid.

117 Ibid.

Esta Corporación, en numerosas oportunidades, ha puesto de presente, en sede de revisión, el poder de las entidades financieras frente a sus clientes, el cual se trasluce en sus relaciones contractuales y que la doctrina ha dado en llamar posición dominante. El prevalecerse de tal condición ha conducido en ciertos casos a desconocer la esfera de la libertad del extremo más vulnerable de la relación, dando lugar al abuso de dicha posición¹¹⁸.

En consecuencia, los contratos de adhesión son revisados y analizados desde una óptica protecciónista en razón a la disparidad existente entre el experto, la entidad financiera, y el inexperto consumidor, que muchas veces no comprende las estipulaciones predispuestas por la entidad:

En la aludida materia operan los contratos por adhesión, en los cuales el acreedor impone las condiciones del acuerdo contractual, mientras que el deudor –parte débil de la relación– limita su papel a la aceptación de las reglas previamente establecidas por el primero. Es indiscutible que quien pide el préstamo para la adquisición de vivienda se ve sometido a las imposiciones contractuales de las entidades financieras(...) En efecto, muy fácilmente, bajo la modalidad de formatos preimpresos, quien pide el préstamo se ve abocado a suscribir la cláusula compromisoria por temor a que no se le otorgue el préstamo, y así la parte más fuerte de la relación contractual termina imponiendo su exclusiva voluntad, aunque pueda en apariencia presentarse una realidad distinta (...)¹¹⁹.

Con base en estos preceptos, la jurisprudencia ha sido enfática en reconocer que:

Se reitera de manera conclusiva, que se está frente a un nuevo tipo de derecho social, el derecho del consumo, el cual, se corresponde con el Estado Social de Derecho. Un Estado impávido frente a eventuales abusos por parte de grandes organizaciones económicas a individuos necesitados de bienes o servicios, dejaría de cumplir con una finalidad primigenia que inspiró el Estado Social de Derecho¹²⁰.

h) Aplicación de la filosofía constitucional respecto del consumidor financiero a los contratos

El contrato de mutuo, que tiene como origen la legislación civil, es una de las bases de las negociaciones y operaciones dentro del sector financiero.

118 Ibid.

119 Ibid. citando a C-1140 de 2000 M. P. Hernández Galindo

120 Ibid.

Este contrato, a partir de las especiales condiciones de la actividad, y bajo una perspectiva Constitucional *pro consumitore*, modifica su naturaleza para darle paso a una concepción más acorde con el Estado Social de Derecho.

En este sentido en su concepción clásica era entendido como un:

(...), contrato real en que una de las partes, el mutuante o prestamista, transmite a la otra, el mutuario o prestatario, la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles (como granos o caldos), con la obligación de devolver igual cantidad, especie y calidad, con abono de intereses tan solo si se han pactado¹²¹.

En consecuencia, y como expresión del estado clásico de los contratos dentro del Derecho Civil, se parte precisamente de la igualdad de las partes y de las prestaciones equivalentes, para darle forma a un negocio jurídico, bilateral y típico conforme a los artículos 2221 y 2235 del Código Civil.

El artículo 2221 establece lo siguiente:

Definición. El mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.

Ahora bien, la definición transcrita es desarrollada en artículo 2224 del Código Civil colombiano, en la cual se concreta que:

Préstamo de dinero. Si se ha prestado dinero, solo se debe la suma numérica enunciada en el contrato.

Podrá darse una clase de moneda por otra, aun a pesar del mutuante, siempre que las dos sumas se ajusten a la relación establecida por la ley entre las dos clases de moneda; pero el mutuante no será obligado a recibir en plata menuda o cobre, sino hasta el límite que las leyes especiales hayan fijado o fijaren. Lo dicho en este artículo se entiende sin perjuicio de convención contraria.

En consecuencia y partiendo de la autonomía de la voluntad privada, el legislador, sabio en su momento, pretendía que la protección de las partes se concretara en una voluntad exenta de vicios que le diera forma y fundamento al negocio jurídico en desarrollo de la libertad.

Bajo esta redacción, el legislador consideraba que los intereses eran pues una estipulación en favor del mutuante, por lo que el pago anticipado era

121 Ibid.

proscrito, toda vez que le impedía a este obtener la ganancia esperada por la realización del negocio jurídico¹²².

Lo anterior, a la luz de las disposiciones constitucionales mencionadas y la concepción del consumidor financiero no podían tener cabida dentro del ordenamiento jurídico, lo que produjo que el Tribunal constitucional determinara su interpretación:

Por tanto, si bien es cierto, la presencia del mutuo con intereses y penalidad por el pago anticipado es de recibo en nuestro ordenamiento jurídico, también es cierto que existen en el ordenamiento razones para admitir la presencia de enunciados legales que se constituyan en excepción del mandato establecido en el artículo 2229 del Código Civil.

(...)

Encuentra entonces la Corte que al legislador no le está vedado establecer normatividad que teniendo en cuenta los derechos del consumidor en el sector financiero, varíe la reglamentación general del mutuo civil. Se trataría, de reconocer el cambio de contexto histórico, poniendo una institución contractual a tono con las necesidades de una sociedad mercantil en la cual la entidad financiera se evidencie como dominante frente a un usuario que de querer acceder a los servicios del sistema bancario, habrá de someterse a las condiciones que le imponga el mismo¹²³.

En consecuencia este caso es un hito en materia de análisis contractual toda vez que la Corte modificó el precedente que fundamentaba la sentencia de constitucionalidad C-252 de 1998 en donde se había ratificado la imposibilidad de realizar pagos anticipados y matizando las estipulaciones contractuales bajo la realidad jurídica actual. Con el nuevo fallo, se modificó la forma de ver dicha figura, permitiendo así la realización de dicho pagos, en un primer momento, respecto a los créditos de vivienda, para de ahí extenderlos a los demás contratos de mutuo en los que una de las partes sea una entidad financiera:

Mientras en la decisión de 1998 lo que se sometió a estudio era la prohibición de pago anticipado a propósito del mutuo en general, en el asunto a desatar en este caso, el problema hace relación al mutuo en materia de obligaciones en moneda nacional con el sector financiero y

122 Artículo 2229. *Podrá el mutuario pagar toda la suma prestada, aun antes del término estipulado, salvo que se hayan pactado intereses.*

123 Ibid.

atendiendo un tope establecido por el legislador. Se trataría entonces de un caso distinto, frente a lo cual no tendría cabida sin más, lo resuelto en la varias veces mentada C-252 de 1998¹²⁴.

Otra de las manifestaciones principales de esta interpretación constitucional se da precisamente en el Derecho de Información que tienen los usuarios tanto del sistema financiero como del bursátil.

Partiendo de la asimetría de la información que se presenta en los mercados, una de las soluciones para proteger a la parte débil de la relación contractual es precisamente la obligación que se impone a la parte más informada de explicar al usuario de los sistemas las implicaciones y cláusulas del negocio jurídico que se está celebrando¹²⁵:

El acceso completo, veraz y oportuno a la información –que es una condición elemental, inherente a toda actividad de consumo– adquiere especial trascendencia en el marco del sistema financiero, en razón a los contratos de adhesión que suelen ofrecer las entidades vigiladas en el mercado, a la complejidad de los términos contractuales que se manejan y al estado de indefensión en que se encuentran los usuarios. Siendo así, la información es una de las herramientas clave para empoderar al ciudadano en su ejercicio contractual, tanto antes de la celebración de un contrato, como durante su ejecución y aún después de la terminación del mismo, con el fin de prevenir que la libertad contractual se emplee abusivamente en detrimento de otros derechos fundamentales¹²⁶.

De conformidad con lo transcrita y partiendo de la posición dominante de las entidades financieras y bursátiles, el hecho de no brindar información, entregarla de forma parcial, ocultarla o no explicar correctamente las condiciones del negocio jurídico a realizar, constituyen en estricto sentido prácticas abusivas de dichas entidades que les acarrean responsabilidad frente al consumidor.

Lo anterior ha modificado el entendimiento y las figuras de otro contrato esencial dentro de los sistemas financieros y bursátiles: El contrato de Seguros. Si bien existe dentro del Código de Comercio una regulación extensa aplicable a este contrato, matizado por los principios constitucionales, ha empezado a tener una nueva aplicación al considerar que las compañías de seguro tienen

124 Ibid.

125 Sentencia T-136/13, Corte Constitucional, M. P., Jorge Iván Palacio Palacio.

126 Ibid.

posición dominante y la existencia de un seguro en muchas ocasiones es necesaria para acceder al Sistema Financiero:

El sistema bancario entero se soporta sobre una intangible pero determinante presunción de que el dinero consignado será puesto a disposición del depositante en cualquier momento que este lo requiera; del mismo modo que el contratante de una póliza de seguro presume y confía que las primas que periódicamente consigna se harán efectivas al momento de ocurrir el siniestro. La confianza en la calidad, seriedad y operatividad del sistema financiero y asegurador, así como de la regulación estatal sobre la misma, es la que permite que las personas acepten realizar transacciones bajo un entramado común de reglas e instituciones¹²⁷.

En consecuencia, la aplicación práctica que genera el hecho de que el sector bancario y asegurador sean actividades de interés público y que sus instituciones tengan posición dominante, es un cambio en la forma de ver las relaciones contractuales dentro de estos sistemas.

Además, a pesar que las relaciones contractuales habían sido objeto del derecho civil y comercial de antaño, por lo que las controversias de dicha naturaleza eran propias de la jurisdicción ordinaria, a partir de dichos postulados constitucionales se ha abierto la puerta para que discusiones meramente contractuales trasciendan del derecho privado y sean debatidas en instancias del juez constitucional, a través de la acción de tutela:

En suma, el desarrollo jurisprudencial ha habilitado excepcionalmente el recurso a la acción de tutela contra particulares en controversias suscitadas a partir de una relación contractual, cuando el mecanismo ordinario de defensa no aparezca eficaz, dada su complejidad técnica, costos o tiempos de espera, para salvaguardar un derecho fundamental, especialmente en aquellos negocios jurídicos originados en el marco de un servicio público, caracterizado por una notoria asimetría entre las partes¹²⁸.

Con este mecanismo, se abre una nueva óptica respecto a las cláusulas abusivas, abusos contractuales, la posición dominante dentro del contrato y su aplicación, partiendo del análisis constitucional.

127 Ibid.

128 Ibid.

La ley, por su parte, también se han materializado dichos postulados en diversas normas, como por ejemplo los artículos 11 y 12 de la Ley 1328 de 2009,¹²⁹ que además fueron desarrolladas por la Superintendencia Financiera, ya que mediante la Circular Externa 039 de 2011 presentó ejemplos de lo que se entendían como cláusulas y prácticas abusivas.

Ahora bien, en Colombia se ha adoptado la doctrina por medio de la cual el consumidor presenta una división en sus características. En razón a las características especiales su responsabilidad y protección pueden variar:

Alrededor de este concepto giraron los derechos del consumidor y su protección, noción progresivamente decantada luego de desecharse la clasificación productor (especialista) – consumidor (profano), hasta llegar a suponer como consumidor, (i) al destinatario final, que mediante (ii) un acto de consumo, busca (iii) la satisfacción de una necesidad intrínseca, (iv) no en el ámbito de una actividad económica propia, reubicándose el desequilibrio en la relación productor y/o expendededor, de una parte, y consumidor, de la otra¹³⁰.

En este sentido, el consumidor en Colombia se considera como es destinatario final de la utilización de un bien o servicio que lo adquiere para su uso personal, sea ella una persona natural o jurídica, sin importar el sector

129 Artículo 11. *Prohibición de utilización de cláusulas abusivas en contratos. Se prohíbe las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión que:*

- a) Prevean o impliquen limitación o renuncia al ejercicio de los derechos de los consumidores financieros.*
- b) Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor financiero.*
- c) Incluyan espacios en blanco, siempre que su diligenciamiento no esté autorizado detalladamente en una carta de instrucciones.*
- d) Cualquiera otra que limite los derechos de los consumidores financieros y deberes de las entidades vigiladas derivados del contrato, o exonere, atenúe o limite la responsabilidad de dichas entidades, y que puedan ocasionar perjuicios al consumidor financiero.*
- e) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.*

Parágrafo. Cualquier estipulación o utilización de cláusulas abusivas en un contrato se entenderá por no escrita o sin efectos para el consumidor financiero.

Artículo 12. Prácticas abusivas. Se consideran prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas las siguientes:

- a) El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.*
- b) El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.*
- c) La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.*
- d) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.*

Parágrafo. Las prácticas abusivas están prohibidas a partir de la entrada en vigencia de la presente norma y serán sancionables conforme lo dispone la Superintendencia Financiera de Colombia y la ley.

130 Ibid.

o la actividad económica en que participe, quien tiene de igual forma unas obligaciones de comportamiento¹³¹.

Finalmente, es menester hacer alusión al principio de la confianza legítima que se predica de los usuarios o consumidores del Sector Financiero por la cual se crean compromisos en razón a esta disparidad de poderes:

La obligación por parte de las entidades financieras de informar inexorablemente, de manera clara y puntual a sus clientes, acerca de todos los cambios que se llegaren a presentar respecto de las obligaciones suscritas entre ellos, aclarándose además, que dicha información o deber de informar, no podía limitarse a una labor netamente formal, sino que debía hacerse con tal exactitud, minuciosidad y claridad que permitiera que sus clientes tuvieran pleno y oportuno conocimiento de los mismos, garantizando así el total respeto de sus derechos al debido proceso y de defensa, respetándose de igual manera los principios de buena fe y confianza legítima, así como también permitiendo la total transparencia y seguridad jurídica que se requiere frente a toda actuación jurídica¹³².

En consecuencia, el deber de información que aplica a los usuarios del Sector Financiero tiene una relación íntima e ineludible con el principio de confianza legítima en razón a que, partiendo de las calidades especiales del consumidor financiero, tiene la entidad que explicar a profundidad las condiciones e implicaciones de la actividad para garantizar que esa confianza depositada esté correctamente soportada.

Concluyendo, los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad privada relacionados con el Sector Financiero está sujeta a fuertes restricciones en razón a la naturaleza especial de la actividad toda vez que el acceso a los recursos tiene relación con la satisfacción de las necesidades y el ejercicio de los derechos. Por ello, existe la prohibición constitucional respecto al abuso de la posición dominante que matiza los contratos del Derecho Civil, todo esto enmarcado en un contexto del interés general, que aplica a las relaciones surgidas de los sistemas financiero y bursátil¹³³.

En este orden de ideas, es posible que el comportamiento de un contratante se ajuste a las cláusulas contractuales o a los cánones legales, sin embargo, puede desconocer los derechos constitucionales

131 En Colombia nadie puede alegar su propia culpa. Por ello el consumidor descuidado o que incumpla con sus obligaciones no va a ser sujeto de protección.

132 Sentencia T-899/06, Corte Constitucional, M. P., Jaime Córdoba Triviño.

133 Sentencia T-468/03, Corte Constitucional, M. P., Rodrigo Escobar Gil.

fundamentales, verbi gracia, por el ejercicio desmesurado e irrazonable de las atribuciones concedidas por una norma jurídica.

(...) Por consiguiente, resulta claro y evidente que el ejercicio de la actividad financiera y bancaria como emanación de la autonomía de la voluntad privada debe ser razonable, proporcional y adecuada a los fines que persigue, sin comprometer la integridad de los derechos constitucionales de los usuarios del sistema financiero y/o principios fundamentales de mayor entidad¹³⁴.

<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i> Realice una lectura cuidadosa de las sentencias T-375/97, C-313/13 T-136/13, C-122/99, SU- 447/11, C-341/06, C-341/06, T-468/03, C-823/11, T-136/13, T-899/06 y T-468/03. En razón a la lectura realice las siguientes actividades: 1. Identifique los puntos de confluencia respecto a los temas financieros y bursátiles que tienen cada una de las sentencias. 2. Realice un análisis sencillo respecto a la interacción del derecho y la economía y cómo estos conceptos se encuentran presentes y se desarrollan en el derecho financiero bursátil. 3. Delimite el o los problemas jurídicos contenidos en las sentencias. 4. Identifique cómo los antecedentes históricos de las instituciones financieras y comerciales se relacionan con las instituciones del sistema financiero. 5. Elabore un ejemplo de una cláusula abusiva tomando el papel de usuario dentro del sistema financiero. 6. Reflexione respecto a sus condiciones personales y elabore, de forma muy sencilla, su perfil de riesgo respecto a las inversiones que usted realizaría.
-----------	--

134 Ibid.

Unidad 2

CONTEXTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FINANCIERO Y BURSÁTIL

<i>Ap</i>	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Explicar y comprender lo que implica la constitucionalización del derecho privado y con ello aplicarlo al contexto de los sistemas financiero y bursátil.</p>
<i>Oe</i>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <p>2.1. Determinar el concepto y la aplicación de la constitucionalización al Derecho Financiero y Bursátil, partiendo de los conceptos de <i>obiter dicta</i>, <i>ratio decidendi</i> y <i>precedente judicial</i>, así como la procedencia de la acción de tutela en temas financieros y bursátiles.</p> <p>2.2. Determinar la influencia de los principios constitucionales en la aplicabilidad de la <i>Lista Clinton</i> en Colombia, relacionado con el Derecho Fundamental de <i>Hábeas Data</i>, el concepto de <i>buen nombre</i> e información reportada a las centrales de riesgo.</p> <p>2.3. Esclarecer la aplicación de los principios constitucionales en materia de Derecho de Seguros, Grupo Deudores y Preexistencias.</p>

Mapa conceptual de la unidad 2

Constitucionalización del Derecho Civil y Comercial como nuevo mecanismo de análisis y aplicación normativa en el ordenamiento jurídico.



Procedencia de la acción de tutela contra entidades del Sistema Financiero y Bursátil, y marco de aplicación constitucional a la forma de interpretación de las normas del Sector Financiero y Bursátil.

2.1 CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: DEFINICIÓN Y APLICACIÓN DE RATIO DECIDENDI, OBITER DICTA Y PRECEDENTE JUDICIAL

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, la creación de la Corte Constitucional¹³⁵ y la introducción en el ordenamiento jurídico de la Acción de Tutela, el ordenamiento jurídico ha mutado en su concepción.

135 *Artículo 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:*

1. *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
2. *Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, sólo por vicios de procedimiento en su formación.*
3. *Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. Estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.*
4. *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
5. *Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.*
6. *Decidir sobre las excusas de que trata el artículo 137 de la Constitución.*
7. *Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.*
8. *Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, y de los proyectos de leyes estatutarias, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.*
9. *Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales.*
10. *Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte*

Estos cambios propendían por que la Carta Suprema se acercara a los miembros de la comunidad y a los ciudadanos, para que pudieran tener mecanismos eficientes para hacer valer sus derechos. De esta manera, se introdujeron en Colombia figuras como el del derecho vivo.

Con base en lo anterior se generó una mixtura de ordenamientos jurídicos dentro del propio en razón a que al *civil law* o derecho continental colombiano se le introdujeron figuras, instituciones y una Corte Constitucional cuya génesis corresponde más a aquellas encontradas en el *common law*.

En consecuencia, los sistemas de análisis dentro del derecho también cambiaron. Como se mencionó con anterioridad, en los sistemas continentales, herederos de una tradición romana codificada, la norma constituía la base y el fundamento de las decisiones jurisdiccionales.

Por consiguiente, la labor del juez, al impartir justicia, consistía en la adecuación del postulado normativo (de forma directa o a través de la analogía) a la realidad fáctica con la finalidad de decidir de la mejor forma una problemática que llegara a su conocimiento. Por ello, el sistema de análisis era netamente de carácter deductivo en donde la norma se constituía en la premisa mayor, la situación fáctica en la premisa menor y la conclusión (o el fallo) era producto de esta relación.

La jurisprudencia era entonces indiscutiblemente una fuente auxiliar del derecho, que no era de obligatorio cumplimiento y simplemente aclaraba y unificaba la interpretación normativa para darle coherencia al ordenamiento jurídico¹³⁶.

Ahora bien, dentro del *common law*, al no ser un derecho codificado, existe una potestad de creación legal (o de reglas de conducta) dada a los jueces. Dicha potestad responde a la forma especial en como el *common law* se desarrolla a sí mismo para lograr las mejores reglas para una determinada sociedad. Si bien con base en la división de poderes (aplicable de igual forma

los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexcusables por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

11. <Numeral adicionado por el artículo 14 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones.

12. Darse su propio reglamento.

Parágrafo. Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto.

136 Ver los desarrollos acerca de la doctrina probable.

a estos sistemas) y el debate si los jueces crean o no derecho en los mismos, en la realidad es reconocido que en la labor de impartir justicia el juez, en estos sistemas, crean normas de conducta de obligatorio cumplimiento que se equiparan a una ley o artículo de nuestros sistemas¹³⁷.

Por lo anterior y bajo el supuesto que no exista una codificación o una ley expedida por el Parlamento¹³⁸ los jueces elaboran esas normas de conducta en formas de precedentes judiciales, tomando como base la ratio de dichas decisiones.

En consecuencia, el método de análisis dentro del *common law* es un método inductivo. Al no haber norma aplicable, el juez con la finalidad de resolver una controversia, parte de la realidad fáctica y acudiendo a los principios de la sociedad, buscando siempre lograr la mejor decisión para el caso concreto,¹³⁹ con el fin último de impartir justicia, elaboraba la mejor decisión que se constituía como base para las decisiones analógicas subsecuentes.

Dentro de las concepciones del derecho vivo, consideran algunos que esto permite una mayor adaptabilidad de las normas jurídicas a las realidades sociales. Lo que no entienden los defensores de esta postura es que la norma dentro del *common law* es a veces más estable y difícil de cambiar que en el *civil law*: Toda vez que la norma producida por los jueces es ocasional sin representatividad alguna, está legitimada por premisas sociales en el sentido que sea la mejor norma para una sociedad. Por lo anterior, el juzgador no puede modificar el precedente a menos que pueda demostrar que su nueva decisión es claramente mejor a la decisión anteriormente tomada, con base en un cambio social.

Colombia tiene una mixtura de sistemas jurídicos que genera una incertidumbre sobre la aplicación de la ley, produciendo serios problemas estructurales. La Corte Constitucional, al ser la guardiana de la Constitución

137 M H Mchugh. The Judicial Method January (1999) 73 *The Australian Law Journal* 39. See also Brennan J, *O'Toole vs. Charles David Pty Ltd.* (1991) 171 CLR 232, quoted by Erica Grundell, “the theory and technical rules of precedent” Course Material for Sem 2 2011 power point presentation, *Fundamentals of the Common Law* week 9 slide 8 Brennan J ‘Nowadays, nobody accepts that judges simply declare the law; everybody knows that within their areas of competence and subject to the legislature, judges make law. Within the proper limits, judges seek to make the law an effective instrument of doing justice according to contemporary standards in contemporary conditions’.

138 La labor de creación legal por parte de los jueces solo puede darse en la medida en que no exista un pronunciamiento del legislativo respecto a la materia específica toda vez que se respeta a ultranza el principio de la supremacía parlamentaria basado en la representatividad y delegación del poder del pueblo en dichos representantes.

139 Sin poder formular políticas públicas.

y a pesar que en la parte Orgánica de la Carta Suprema no existe una jerarquización entre las Cortes sino una división de funciones, con el deseo de acercar dicha norma a la sociedad, ha empezado a modificar las instituciones clásicas del derecho en virtud de las realidades sociales, disponiendo que la jurisprudencia es una fuente formal del derecho de obligatorio cumplimiento, y no una fuente auxiliar que servía como fuente de interpretación.

Lo anterior, aplicado al Derecho Civil y Comercial, y en general a todo el Derecho, ha generado procesos de constitucionalización del ordenamiento jurídico donde las instituciones consagradas en las normas civiles están sujetas en su aplicación al análisis jurisprudencial que les de alcance.

a) La Constitucionalización del Derecho Privado

El fenómeno de la constitucionalización, presente dentro del ordenamiento jurídico colombiano, puede entenderse como:

el proceso en virtud del cual las cláusulas constitucionales proyectan su eficacia jurídica sobre instituciones clásicas del derecho privado y sobre las normas que las definen y desarrollan, incidiendo en la determinación de su alcance¹⁴⁰.

En ese contexto las instituciones jurídicas de carácter privado mutan en su naturaleza para ser observadas a partir de una lente constitucional que finalmente va a determinar su aplicación dentro de las relaciones jurídicas sociales.

De esto depende precisamente la estabilidad del sistema y es en últimas la Corte Constitucional la que está realizando dicha adaptación:

La seguridad jurídica de un sistema normativo se funda precisamente en el respeto que se le asigne a las disposiciones constitucionales que irradian todo el ordenamiento, y a la unidad y armonía de los diferentes niveles legales, con las disposiciones de la Carta¹⁴¹.

En consecuencia y a pesar de la inexistencia de una disposición normativa existente dentro de la Constitución Política que disponga que la Corte Constitucional puede definir sobre el alcance de estas materias, esta misma Corte ha entendido que al habersele encomendado

140 Constitucionalización del derecho civil, *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) N° 113: 113-137, enero-junio de 2007, Universidad del Rosario

141 Sentencias T-292/06, Manuel José Cepeda Espinosa, C-836/01, M. P., Rodrigo Escobar Gil y T-830 de 2012, M. P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“(...) la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”¹⁴² son sus decisiones de obligatorio cumplimiento para la colectividad:

Al ser la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta. La interpretación de la Constitución –que por demás permite materializar la voluntad del constituyente–, tiene por consiguiente, como propósito principal, orientar el ordenamiento jurídico hacia los principios y valores constitucionales superiores¹⁴³.

De conformidad con lo trascrito, es esta Corte, en palabras de ella misma, la única autorizada para realizar una interpretación de la Constitución que materialice la voluntad del Constituyente, incluso sobre el parlamento, bajo el argumento de autoridad que le otorga el artículo citado.

En consecuencia y en lo que ataña al derecho privado, sin entrar a analizar la procedencia de las sentencias contra fallos judiciales porque daría otro trabajo, se tiene que si:

la solución dada por el juez ordinario o el tribunal arbitral es considerada inconstitucional como consecuencia (a) de la omisión de una consideración constitucional fundamental (violación directa de la Constitución) o (b) de la concreción, en su contenido, de un defecto sustantivo se activa la competencia excepcional de la jurisdicción constitucional a fin de que, a través del trámite propio de la acción de tutela, revise la providencia acusada y determine si su contenido encuadra en algunas de las causales de procedibilidad de tal tipo de acción contra providencias judiciales¹⁴⁴.

Por esta razón, la competencia constitucional es una competencia excepcional. Sin ser el deseo de la Corte convertir todo el derecho en constitucional, siempre que se esté en presencia de un derecho fundamental o la materia objeto de la controversia tenga relación con los principios decantados por la Carta, la acción de tutela puede ser una acción para debatir controversias de carácter privado.

142 Artículo 241 de la Constitución Política.

143 Sentencias T-292/06, Manuel José Cepeda Espinosa, C-836/01, M. P., Rodrigo Escobar Gil y T-830 de 2012, M. P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

144 Vniversitas. Bogotá (Colombia) N° 113: 113-137, enero-junio de 2007, Universidad del Rosario

Ahora bien, respecto a qué es un derecho fundamental y cuáles de estos principios son la base y el fundamento para la activación especial de la jurisdicción constitucional, no existe una doctrina pacífica. Si bien en un principio los derechos fundamentales fueron concebidos como aquellos que estaban contenidos en el capítulo correspondiente, y que eran el lleno de la parte dogmática de la Constitución Política, la Corte, en desarrollo de la Constitución, ha ampliado su concepto.

Por ende, en un primer momento, de la figura de la conexidad, el campo de aplicación de los derechos fundamentales se extendió a todos aquellos que tuvieran una relación con aquellos definidos como fundamentales por la Carta Suprema. En este sentido la relación de conexidad era la que precisamente determinaba que la controversia tuviera ese carácter de *ius fundamental* y permitía la activación excepcional de la competencia constitucional, así como la aplicación de los principios básicos creados por el constituyente.

Sin embargo, el debate acerca sobre que era considerado como derecho fundamental no quedó ahí. A partir del desarrollo constitucional dado por la Corte a través de su jurisprudencia, fue superada la teoría de la conexidad, siendo estos derechos directamente sin necesidad de explicar o demostrar su relación intrínseca con uno fundamental y dependiendo de las condiciones especiales de las partes.

En consecuencia, solo es posible saber cuáles son los derechos fundamentales, su alcance y la aplicación de los principios relacionados con estos, a partir del estudio de la jurisprudencia desarrollada por esa Corporación.

Ahora bien, respecto del derecho privado, lo que a la postre nos va a determinar la aplicación de estos principios constitucionales en los Sistemas Financiero y Bursátil, existen dos elementos que se tienen que cumplir para activar dicha competencia especial a través de la acción de tutela:

la procedencia de la acción de tutela en la medida en que sólo podrá ser atraída por la jurisdicción constitucional aquella controversia mercantil que plantea un problema constitucional i) cuando no existan mecanismos ordinarios efectivos para solucionar la cuestión o ii) cuando existiendo tales mecanismos ellos se tornan definitivamente ineficaces para proteger las pretensiones *iusfundamentales* en juego o el tiempo de espera de su activación puede originar un perjuicio *iusfundamental* irremediable¹⁴⁵.

145 Ibid.

Siendo la acción de tutela un mecanismo excepcional, solo puede ser utilizada dentro de las controversias contractuales, propias de la legislación civil y comercial¹⁴⁶, cuando no existan mecanismos ordinarios efectivos. Por ello la existencia de acciones civiles y la competencia de la jurisdicción ordinaria excluyen en principio la procedencia de la acción de tutela para debatir dichas controversias, *a contrario sensu*, de no existir dichas acciones, es posible acudir a dicha acción.

Siguiendo con el segundo requisito de procedencia de la mencionada acción constitucional el análisis se refiere a que dichas acciones sean ineficaces en el caso concreto o que puedan generar un perjuicio irremediable para la parte que los invoca.

Si bien conceptualmente dicho perjuicio no debería causar mayores problemáticas, en la práctica, ante un caso concreto, no siempre es fácil dilucidar cuando se está en cumplimiento de dichas condiciones. Como lo ha considerado la Corte, cuando se está en presencia de sujetos de especial protección, la valoración de los requisitos de procedencia debe ser un poco más flexible, pero, aun así, siempre debe enfocarse en la certeza de la existencia de un perjuicio irremediable¹⁴⁷.

En consecuencia y con la finalidad de dotar al juzgador o juzgadora de unos criterios para determinar cuándo se configura o puede configurar el perjuicio irremediable, el mencionado tribunal ha especificado unos requisitos:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimiento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable¹⁴⁸.

146 No hay que perder de vista que tanto los contratos de mutuo, como los de depósito y depósito y regular son regulados por la legislación civil y comercial, siendo a la vez la base de los sistemas financiero.

147 Sentencia T-330A/12, Corte Constitucional, M. P., Adriana María Guillén Arango.

148 Sentencia T-330A/12, Corte Constitucional, M. P., Adriana María Guillén Arango.

Adicionalmente, el perjuicio aducido, si bien no es necesario probarlo como base de una indemnización de perjuicios propia del Derecho Civil, sí debe tener una comprobación sumaria que fundamente su existencia, como requisito para la procedencia de la acción de tutela. Como lo ha planteado la Corte en jurisprudencia reiterada:

(...) constatados los elementos que conforman un perjuicio irremediable, como son la urgencia, la gravedad, la inminencia y la impostergabilidad, es claro que deberán ser probados, por lo menos sumariamente, para efectos de lograr la protección de los derechos fundamentales en sede de tutela¹⁴⁹.

En consecuencia, solo en presencia de los dos requisitos esbozados es posible acudir a la acción de tutela para definir desde una óptica constitucional los casos civiles y comerciales. Lo anterior no es óbice para que el juez de la causa se abstenga de aplicar los principios generales constitucionales en las relaciones contractuales o las controversias que no tengan dicha naturaleza en razón a que, como se explicó anteriormente, estos principios y fundamentos inspiran todas las relaciones jurídicas dentro del Estado colombiano a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ahora bien, cuando la controversia de carácter privado se convierte en constitucional, también hay que tener en cuenta dos elementos de análisis sobre la forma de abordar la problemática:

(...) la jurisdicción constitucional de manera directa puede : i) definir el alcance constitucional de normas mercantiles para resolver una controversia de tal naturaleza o ii) atraer totalmente la controversia al plano constitucional y, a partir de allí, resolver el asunto teniendo como fundamento exclusivo, el texto constitucional¹⁵⁰.

En este sentido, surgen dos maneras de aplicar el texto constitucional a la controversia de carácter privado.

La primera consiste en que la norma especial aplicable al caso se vea no desde las instituciones propias que la fundamentan, sino con la lupa constitucional en donde su interpretación y aplicación dependerá de los principios consagrados en la Carta. La segunda es que la controversia ya no se entiende más como una controversia civil o comercial, sino que se

149 Sentencia T-330A/12, Corte Constitucional, M. P., Adriana María Guillén Arango.

150 *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) N° 113: 113-137, enero-junio de 2007, Universidad del Rosario.

entienda como un problema constitucional y en consecuencia, de esa forma se realiza el análisis:

De esta manera, el alcance de la libertad de contratación en el derecho mercantil es redefinido por la jurisprudencia constitucional a través del establecimiento de un alcance especial de los supuestos de hecho de las normas de derecho fundamental¹⁵¹.

Como ejemplo, se tiene una sentencia de especial importancia que redefinió en gran parte la libertad de contratación, partiendo del desarrollo de la figura de la posición dominante. En dicha oportunidad la Sala Tercera de Revisión consideró lo siguiente como base de su decisión:

Tratándose de un pequeño empresario, la negativa a contratar en las condiciones señaladas, viola el derecho al trabajo cuando ella tiene como consecuencia material y directa la clausura de su fuente única de sustento y ello obedece a un acto deliberado e ilegítimo de retaliación. En esta sentencia se han expuesto los elementos que comprueban el aserto anterior. Basta señalar que en el caso del pequeño empresario, su posición no sólo resulta garantizada en el ordenamiento constitucional por el derecho a la libertad de empresa, sino también y fundamentalmente por el derecho al trabajo¹⁵².

En la materia que nos ocupa y teniendo presente que el Sistema Financiero y Bursátil son actividades de interés general en donde una de las partes ostenta una posición dominante frente a la otra, tanto las normas que la fundamentan como la procedencia de la acción de tutela deben responder a los principios constitucionales esbozados, lo que nos da una nueva visión para la aplicación de dichas normas a los casos concretos.

b) *Obiter dicta, ratio decidendi* y precedente judicial

Teniendo esta nueva forma de ver el derecho, que parte de aquellos doctrinantes que defienden las instituciones del derecho vivo sin entender las particularidades ni las implicaciones que tiene el introducir figuras extrañas dentro de un ordenamiento al cual no le son propias, en necesario comprender en qué consisten las figuras de *ratio decidendi, obiter dicta* y *precedente judicial*, que tienen su génesis en el common law, y se han convertido en fuente formal de derecho.

151 Ibid.

152 Sentencia T-375/97, Corte Constitucional, M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

La *ratio decidendi* es lo más importante dentro de un fallo judicial toda vez que es lo que va constituir fuente formal, siendo de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales. En este sentido, y con el ánimo de presentar el concepto de una forma didáctica, la *ratio decidendi* va a ser la razón primordial que sustenta la decisión. Como lo ha expuesto la Corte Constitucional en sus sentencias, se está en presencia de una ratio en materia de constitucionalidad¹⁵³:

- cuando: i) La sola *ratio* constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como *ratio* del fallo;
- ii) la *ratio* es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y
- iii) la *ratio* generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico¹⁵⁴.

Por lo anterior, surgen dos elementos de especial relevancia, aplicables a las sentencias de tutela igualmente: el primero es que la *ratio* debe ser específica permitiendo o prohibiendo algo y lo segundo es que la *ratio* está relacionada íntimamente con el problema jurídico planteado, siendo entonces la respuesta al planteamiento realizado por el juzgador. En consecuencia, la identificación del problema jurídico y el esbozarlo de forma correcta va a ser el fundamental para poder encontrar la regla de conducta aplicable dentro del ordenamiento jurídico, toda vez que esta es su respuesta.

Lo anterior demuestra la incongruencia al introducir figuras extrañas dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Si la labor judicial está encaminada a la aplicación de la justicia en la medida que resuelve los conflictos entre los particulares, es el legislativo –en virtud de la representación y delegación del poder dada por el pueblo– el único llamado a realizar normas de conducta dentro de un sistema continental.

Adicionalmente, si bien no había discusión respecto a las sentencias de constitucionalidad y de unificación respecto a su aplicación *erga omnes*, en

153 Sentencias T-292/06, Manuel José Cepeda Espinosa, C-836/01, M. P., Rodrigo Escobar Gil y T-830 de 2012, M. P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

154 Sentencias T-292/06, Manuel José Cepeda Espinosa, C-836/01, M. P., Rodrigo Escobar Gil y T-830 de 2012, M. P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

lo que ataña a la tutela se entendía que eran de aplicación inter partes al resolver un conflicto concreto.

Sin embargo, a partir de sus sentencias, la Corte ha entendido que:

Providencias ulteriores, han reconocido naturalmente además el valor vinculante de la *ratio decidendi* en materia de tutela. De hecho, se ha concluido que en caso de discrepancia entre otras autoridades y esta Corporación frente a interpretaciones constitucionales, prevalecen las consideraciones fijadas por la Corte Constitucional en razón de su competencia de guarda de la supremacía de la Carta. “En caso de que exista un conflicto en torno al alcance de una disposición constitucional entre el desarrollo normativo expedido por el Congreso y la interpretación efectuada por la Corte, prevalece la interpretación de esta última, por cuanto ella es la guardiana de la Carta, y por ende su interpretación constitucional funge como auténtica dentro del ordenamiento jurídico colombiano”¹⁵⁵.

Se sigue que la *ratio decidendi*, o la razón de la decisión, en materia de tutela constituye una norma de conducta vinculante para los operadores judiciales, al igual que aquellas contenidas en las sentencias de constitucionalidad y de unificación:

Puede concluirse que la *ratio decidendi* de los fallos de tutela resulta vinculante para los jueces. La razón del valor vinculante de la *ratio decidendi* en materia de tutela, es asegurar la unidad en la interpretación constitucional en el ordenamiento y un tratamiento en condiciones de igualdad frente a la ley, por parte de las autoridades judiciales, que asegure la seguridad jurídica.

(...) La *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional¹⁵⁶.

Más aún, la Corte Constitucional considera que su criterio prevalece sobre las demás Corporaciones, incluyendo al Congreso de la República (máximo

155 Sentencias T-292/06, Manuel José Cepeda Espinosa, C-836/01, M. P., Rodrigo Escobar Gil y T-830 de 2012, M. P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

156 Sentencias T-292/06, Manuel José Cepeda Espinosa, C-836/01, M. P., Rodrigo Escobar Gil y T-830 de 2012, M. P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

órgano del Poder Legislativo), toda vez que entiende que es la guardiana de la Constitución y la interprete real del Constituyente Primario.

Con ese estado de cosas, es necesario esbozar qué se entiende por precedente judicial, teniendo en cuenta que la *ratio* del precedente es lo que precisamente va a ser vinculante para los operadores judiciales:

Usualmente se dice que el precedente es la sentencia anterior que es pertinente para resolver una cuestión jurídica y lo que tiene fuerza vinculante es su *ratio decidendi*. De ahí que, en sentido técnico, lo que tiene valor de precedente es la *ratio decidendi* de la(s) sentencia(s) pertinente(s).

(...) De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización– determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes¹⁵⁷.

En consecuencia, cuando se habla de un precedente judicial, es necesario hacer un análisis de similitud entre la situación fáctica del caso que motivó la sentencia que se pretende utilizar como precedente y del caso concreto al cual se le va a aplicar.

Por ello, y partiendo siempre del problema jurídico, el juzgador para poder considerar una sentencia como precedente, tendría que

- i. Observar qué tanto la situación fática del uno como del otro caso son análogas,
- ii. Definir qué tan semejantes son de fondo ambos problemas jurídicos,
- iii. Verificar que las condiciones particulares de las partes de la controversia sean suficientemente equivalentes con las de las partes en el fallo a aplicar o considerar como precedente, para poder hacer la extensión.

Bajo el entendido de un nuevo sistema del derecho a partir de la aplicación obligatoria de la jurisprudencia anterior que reúna los elementos para ser considerada como precedente, se pone en evidencia que, como en el *common law*, el principio del *stare decisis* (mantenerse en lo decidido) se convierte en el cimiento de la estabilidad del ordenamiento jurídico.

157 Ibid.

Por ello, el tribunal constitucional ha concretado que:

El respeto a los precedentes no les permite a las autoridades judiciales desligarse inopinadamente de los antecedentes dictados por sus superiores. De hecho, como el texto de la ley no siempre resulta aplicable mecánicamente, y es el juez quien generalmente debe darle coherencia a través de su interpretación normativa, su compromiso de integrar el precedente es ineludible, salvo que mediante justificación debidamente fundada, el operador decida apartarse de la posición fijada por la Corte, o eventualmente, por su superior funcional.

(...) [La Corte Constitucional] Al ser la responsable de mantener la integridad y supremacía de la norma superior, sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta¹⁵⁸.

Por consiguiente es necesario, partiendo de las partes de una sentencia, dilucidar en donde se encuentran tanto la *ratio decidendi* como la *obiter dicta* con la finalidad de saber cuáles partes son vinculantes y cuáles no.

El *decisum* en las sentencias de tutela será vinculante solo para las partes, en razón a que le compete solo a ellas, este se encuentra en el resuelve. En lo que atañe a las sentencias de constitucionalidad, el *decisum* sí tiene aplicación *erga omnes* en razón a que se declara la exequibilidad, inexequibilidad o exequibilidad condicionada de una norma jurídica, siendo vinculante dicha interpretación dentro del ordenamiento jurídico:

En materia de la obligatoriedad, dijo la sentencia que el *decisum*, no obliga sino generalmente a las partes en el litigio, con fuerza de cosa juzgada, salvo en el caso de los procesos de control constitucional, en los que las sentencias tienen de por si efectos *erga omnes* en nuestro ordenamiento, como ya se dijo¹⁵⁹.

En principio, la *obiter dicta* es una fuente auxiliar no siendo de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales. En este sentido, en palabras sencillas, es entendida como todos los razonamientos y análisis que tiene que realizar el juzgador para tomar una determinada decisión, pero que no constituye la razón fundamental del fallo. En palabras de la Corte:

158 Ibid.

159 Ibid.

La *ratio decidendi*, por el contrario, al ser ‘base necesaria de la decisión’, resulta ser de obligatoria aplicación por los jueces, en otras situaciones similares. El *obiter dicta*, finalmente acorde con esta providencia, tiene un carácter no vinculante y sí eminentemente persuasivo¹⁶⁰.

Por lo anterior, la *obiter dicta* son todas las consideraciones adicionales que tiene que realizar el fallador para responder el problema jurídico planteado. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que la *obiter dicta* de una sentencia se puede convertir en la *ratio* de otra por lo que su estudio jurídico es importante, frente a la figura del precedente. Tanto la *obiter dicta* como la *ratio decidendi* se encuentran en los considerandos de la sentencia.

Ahora bien, luego de identificar la sentencia anterior relevante que pueda considerarse como precedente judicial, es necesario identificar dentro de ella la *ratio decidendi*, pues es esta y no otra la que va a ser vinculante –considerada como regla de derecho–, determinando la decisión en el nuevo caso.

Para ello la Corte ha dado unos parámetros que facilitan su identificación. En materia de constitucionalidad de una norma, el Tribunal Constitucional ha considerado como elemento de su identificación los siguientes:

se ha identificado adecuadamente la ratio de una sentencia de constitucionalidad, cuando:

- i) La sola ratio constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo;*
- ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y*
- iii) la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Tomando estos elementos en conjunto, se podrá responder, por ejemplo, preguntas como las siguientes: 1) ¿por qué la Corte declaró inexistente una norma de determinado contenido?, 2) ¿por qué concluyó que dicha norma violaba cierto precepto constitucional?;*

160 Ibid.

3) ¿por qué fue necesario condicionar la exequibilidad de una norma, en el evento de que la sentencia haya sido un fallo condicionado?

Lo anterior, aplicado a las sentencias de tutela se traduce en indagar a fondo el ¿Por qué? de la decisión sea esta positiva o negativa. En ese sentido preguntas como ¿por qué la Corte decidió tutelar el derecho? ¿Cuáles fueron los supuestos personales de las partes que fundamentan la decisión? ¿Por qué se negó el derecho o se declaró improcedente la acción de tutela? Son relevantes respecto a la identificación por parte del juez de la *ratio decidendi* en materia de tutela.

Considerando que los jueces en virtud del artículo 230 de la Constitución Política¹⁶¹ solo están bajo el imperio de la ley y sin embargo en sentencias la Corte ha dispuesto la vinculatoriedad de la *ratio decidendi* y el respeto al precedente judicial, existe la posibilidad de apartarse de las providencias de forma motivada justificando plenamente las razones de no aplicar el precedente (siendo necesario conocerlo y citarlo):

Para emitir una solución al respecto, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-836 de 2001, señaló que de acuerdo con lo establecido por el artículo 230 superior, los jueces sólo están sometidos al imperio de la ley y por tanto no están obligados a fallar en la misma forma como lo han hecho en casos anteriores, siempre y cuando, “expongan clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión”. Por tal razón, el mismo tribunal constitucional consideró en la Sentencia C-590 de 2005, que el desconocimiento injustificado del precedente judicial por parte del Juez, constituye una causal especial de procedibilidad de la acción de tutela¹⁶².

Como se desprende de la cita transcrita, y dentro del análisis especial de la materia que se está comentando, cuando el juez se aparta de la decisión judicial anterior relevante, decidiendo no aplicar su *ratio decidendi*, genera una causal especial para la procedencia de la acción de tutela en donde es el Máximo Tribunal constitucional quien va a determinar si los argumentos planteados por el juez de la causa son procedentes o no bajo un análisis constitucional.

161 Artículo 230. *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.*

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

162 Sentencia 2010-00830 de septiembre 16 de 2010 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-00830-00(AC), Actor: Martha Lucía Suárez Morales, Demandado: Tribunal Administrativo de Boyacá, Bogotá, D.C., diecisésis de septiembre de 2010.

c) Constitucionalización del Sistema Financiero y Bursátil

Partiendo de los postulados de la constitucionalización, es menester decantar lo que ha dicho la jurisprudencia respecto a la temática que nos ocupa, toda vez que tanto los sectores financieros como el bursátil no han sido ajenos a esta nueva forma de interpretación y aplicación del derecho.

En principio, dentro del ejercicio de la actividad financiera existen tensiones fundamentales entre los derechos de libertad de empresa y otros derechos fundamentales relacionados que se expresan en la libertad de acción de los particulares participes de los Sistemas Financieros y Bursátiles en el marco de unas relaciones jurídicas dispares:

En síntesis, con el fin de determinar si una controversia de derecho privado se debe resolver a partir de las normas que consagran los derechos fundamentales –relevancia constitucional directa o específica– se debe adelantar un juicio doble, en el que resulta relevante (i) establecer el grado de igualdad o desigualdad de los sujetos cuya disputa se somete al juez de tutela y (ii) determinar la importancia constitucional de los bienes, derechos, pretensiones, expectativas o intereses en juego. Cuando se acentúan los rasgos igualitarios de la relación y es reducida la trascendencia constitucional de lo que se encuentra en juego, la relevancia de la Carta es apenas genérica y la pertinencia de las otras fuentes formales se intensifica. Cuando las variables operan en la dirección opuesta la relevancia directa de la Carta se incrementa¹⁶³.

Como se expuso en acápitos anteriores, las entidades del sector financiero y bursátil ostentan una posición dominante contractual que hace que las relaciones contractuales con ellas acometidas sean desiguales, haciendo procedente la acción de tutela cuando está en juego un derecho fundamental:

Este Tribunal concluyó que la acción de tutela procede entonces (i) contra particulares que prestan un servicio público, (ii) en las situaciones en que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación, y (iii) cuando se persiga proteger un interés colectivo, es decir, a varias personas que se vean afectadas por la conducta desplegada por un particular¹⁶⁴.

En esta medida, si la parte más débil está siendo víctima de un abuso por la entidad del sistema financiero que implique una afectación a derechos

163 Sentencia T-676/16, Corte Constitucional, M. P., Alejandro Linares Cantillo.

164 Sentencia T-227/16, Corte Constitucional, M. P., Jorge Iván Palacio Palacio.

fundamentales¹⁶⁵, o que por sus razones particulares sea un sujeto de especial protección, es procedente la acción de tutela como mecanismo para prevenir la acción de la entidad.

2.2 HÁBEAS DATA, BUEN NOMBRE Y SU APLICACIÓN FRENTE A LA INFORMACIÓN REPORTADA A LAS CENTRALES DE RIESGO

a) Lista Clinton

Bajo el contexto de la nueva forma de interpretar el derecho planteado, y teniendo en cuenta los intereses particulares que están envueltos en las actividades financieras y bursátiles, una de las problemáticas más comunes que se están presentando es la relacionada con los sistemas de información y los reportes que realizan las entidades financieras a las Centrales de Riesgo, los cuales pueden hacer nugatorio el acceso a los recursos de capital y además se relacionan con el derecho al buen nombre¹⁶⁶.

En ese caso en particular y entendiendo las particularidades de nuestro país, es menester partir el análisis de ese derecho desde la aplicabilidad de la lista Clinton en Colombia, frente a la obligación que tienen los agentes intervenientes de impedir que dineros de dudosa procedencia permeen las instituciones del sector financiero o funjan como recursos de inversión dentro de los mercados bursátiles.

En este sentido, en Sentencia C-341/06 de la Corte Constitucional, M. P., Jaime Araújo Rentería, se analizó la procedencia de reportes negativos por la inclusión de un usuario en la lista Clinton y la consecuente terminación unilateral de los contratos que tenía con las distintas entidades financieras¹⁶⁷.

Respecto a la terminación unilateral de los contratos relacionada con la Lista Clinton, la Corte ha considerado que:

165 Por ejemplo, mínimo vital o vivienda digna.

166 Para mayor información, ver el documento Aproximación Conceptual a la Tipología del daño en Colombia y daño al Buen Nombre de la Persona Natural como Perjuicio Autónomo, Sigifredo Wilches Bornacelli, Tesis Maestría en Derecho Contractual Público y Privado, Repositorio de tesis, biblioteca, Universidad Santo Tomás, año 2016. Disponible en <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1830/Wilchesigifredo2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

167 Título XVII, De los Contratos Bancarios, Capítulo I, Cuenta Corriente Bancaria, “*Art. 1389.- Cada una de las partes podrá poner término al contrato en cualquier tiempo, en cuyo caso el cuentacorrentista estará obligado a devolver al banco los formularios de cheques no utilizados. (...) En el caso de que el banco termine unilateralmente el contrato, deberá, sin embargo, pagar los cheques girados mientras exista provisión de fondos*”.

En la hipótesis que se examina es manifiesto que se trata de un contrato de duración indefinida que, por tanto, está sujeto a la terminación unilateral por las partes, además de estar sujeto a la terminación derivada del mutuo acuerdo de ellas o de las causas legales. De otro lado, debe señalarse que no se trata directamente de una sanción por la supuesta comisión de una falta por una de ellas, aunque en la práctica e indirectamente puedan existir motivos generadores de dudas, sospechas o, simplemente, de inconformidad de la parte que adopta la decisión¹⁶⁸.

Existiendo una excepción al principio general de los contratos civiles en donde es necesario ventilar toda controversia ante el juez civil, la terminación unilateral de los contratos que se realicen con las entidades financieras es procedente en razón a su duración indefinida.

Conforme al Decreto 663 de 1993, es obligación de la entidad que desee terminar el contrato motivar suficientemente la decisión y comunicársela al usuario del Sistema Financiero, con base en los criterios definidos en los manuales internos y partiendo de causales objetivas, esto impide la arbitrariedad de la media.

Por ende, bajo los supuestos de procedencia de la acción de tutela contra particulares esbozadas, puede el cliente acudir a la acción de tutela si encuentra que los argumentos esgrimidos por la entidad le produce alguna afectación a sus derechos incluyendo la violación a la personalidad jurídica, abuso del derecho, abuso de la posición dominante contractual, la igualdad o la libertad de empresa (por la negación del acceso a recursos de capital)¹⁶⁹.

En el caso en comento, la Corte analizó la procedencia de la lista Clinton como causal objetiva de terminación de un contrato bancario, teniendo en cuenta que tuvo como base una decisión realizada por un gobierno extranjero –lista Clinton– que en principio no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico:

168 Sentencia C-341/06, Corte Constitucional, M. P., Jaime Araújo Rentería: En lo que concierne a la terminación del contrato, el mismo art. 1602 del Código Civil establece como regla general que aquel no puede terminarse sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales. No obstante, de conformidad con la regulación particular de los diversos contratos y con los conceptos doctrinales, ellos pueden terminarse también en forma unilateral cuando se fundan en la confianza, de los cuales es ejemplo notable el mandato, cuya terminación puede producirse, entre otras causas, por revocación del mandante o por renuncia del mandatario (arts. 2189 del C.C. y 1279 y 1283 del C. Co.), y cuando son de duración indefinida, caso en el cual la ley o las partes pueden prever o no la formulación de un preaviso, como ocurre, por ejemplo, en materia de arrendamiento (arts. 2009 C. C. y 22 y 24 de la Ley 820 de 2003) y suministro (art. 977 C. Co.).

169 Sentencia C-341/06, Corte Constitucional, M. P., Jaime Araújo Rentería.

¿la inclusión en la lista Clinton es una causal objetiva que autoriza constitucionalmente la decisión de los bancos? La banca colombiana considera que la lista Clinton sí es una causal objetiva que aprueba su decisión, como quiera que el riesgo bancario derivado de la relación comercial con los peticionarios es muy alto, puesto que Estados Unidos sanciona a los norteamericanos que negocian con quienes figuran en la lista. Por ende, si la entidad bancaria colombiana desea mantener relaciones comerciales con personas de esa nacionalidad, no debe ofrecer sus servicios a los presuntos “traficantes de narcóticos”¹⁷⁰.

Teniendo en cuenta que los mercados financieros están concadenados, es un hecho notorio que las decisiones que afecten un mercado extranjero pueden tener consecuencias dentro de los mercados internos. De igual forma, el sistema financiero colombiano, en razón a su dimensión comparativa con las de otros países no tiene la fuerza suficiente para imponer las condiciones del mercado, siendo este quien detenta un estado de indefensión internacional:

Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país, como quiera que la lista Clinton no es norma ni es una decisión de autoridad pública que pueda ser examinada a través de decisiones judiciales o administrativas colombianas¹⁷¹.

En este estado de cosas, teniendo en cuenta que es una función del Sistema Financiero evitar que los dineros ilícitos ingresen al sistema, estar enmarcado en una de estas listas constituye una causal objetiva que le permite a las entidades realizar terminaciones unilaterales de los contratos o negarse a entablar relaciones comerciales con una determinada persona.

b) Habeas data y reportes negativos

El derecho de *habeas data* es de arraigo constitucional fundamental, ya que implica que los datos y la información de las personas naturales y jurídicas sean protegidos y utilizados correctamente. Respecto a los sistemas financieros y bursátiles reviste una especial importancia porque, como se explicó anteriormente, de la información recibida en el sector resulta la calificación y los perfiles de riesgo que dan estabilidad al sistema.

170 Ibid.

171 Ibid.

Al respecto, el derecho de *habeas data*, dentro del contexto que nos ocupa se entiende como:

Se denomina hábeas data financiero el derecho que tiene todo individuo a conocer, actualizar y rectificar su información personal comercial, crediticia y financiera, contenida en centrales de información públicas o privadas, que tienen como función recopilar, tratar y circular esos datos con el fin de determinar el nivel de riesgo financiero de su titular. Debe advertirse que esta es una clasificación teórica que no configura un derecho fundamental distinto, sino que simplemente es una modalidad de ejercicio del derecho fundamental, este sí autónomo y diferenciable, al *hábeas data*¹⁷².

La protección que se deriva de este derecho consiste en la posibilidad que tienen los usuarios del sistema de conocer y solicitar la rectificación y actualización de información financiera, teniendo en cuenta que de esta depende el acceso a los recursos de capital para la satisfacción de las necesidades o emprender actividades económicas. Por ello se hace relevante determinar qué tipo de información puede reportarse y cuál trasgrede el núcleo esencial del derecho en mención:

*La jurisprudencia propone dos modos de clasificación de la información: la primera, relacionada con el nivel de protección del derecho a la intimidad, que divide los datos entre información personal e impersonal; la segunda divide los datos personales con base en un carácter cualitativo y según el mayor o menor grado en que pueden ser divulgados. Así, se establece la existencia de información pública, semiprivada, privada y reservada*¹⁷³.

Bajo esta división, la información pública es de acceso general por lo que no tiene ningún tipo de reserva ni se requiere autorización para acceder a ella. Esta información puede estar, por ejemplo, en providencias judiciales de público conocimiento, los registros del estado civil siempre que no medie alguna causal de reserva (como por ejemplo las causas y particularidades de una interdicción)¹⁷⁴. Cabe anotar que si la persona desea hacer pública información suya mediante sistemas de información privados, esta reviste la naturaleza enunciada al disponer de su derecho.

172 Ibid.

173 Ibid.

174 Ibid.

La información semiprivada es aquella que tiene un grado de limitación para su acceso por lo que precisamente se necesita una autorización para el efecto. Claro está que esta información es asequible por las autoridades judiciales y administrativas en el ejercicio de sus funciones o en el marco de una investigación. Dentro de este tipo de información se cataloga la financiera, crediticia y aquella que se relaciona con las condiciones médicas de los usuarios.

En cuanto a la información privada, es reconocido que esta tiene un grado de reserva. En consecuencia, solo puede accederse a ella o exigirse por orden de autoridad judicial debidamente justificada, que permita el levantamiento de la protección legal que sobre ellas recae.

Un ejemplo de dicha información son los libros de contabilidad y demás papeles reservados del comerciante, protegidos constitucionalmente por el inciso primero del artículo 15 de la Carta Suprema. También son ejemplo de estas las historias clínicas y los datos obtenidos en virtud de la inspección del domicilio. Esta información tiene la particularidad que solo le interesa al titular de la información y contiene datos sensibles relacionados con la esfera íntima de la personalidad.

En relación a la información financiera, las entidades:

Ante el ejercicio de la posición dominante que sobre sus usuarios ejercen los establecimientos bancarios y de crédito, el Estado debe exigir a dichas instituciones y, en general, a todas aquellas personas naturales y jurídicas que acceden a la información personal destinada al cálculo del riesgo crediticio, en todos los casos, pero en especial cuando pretenden fundar la prestación del servicio en las informaciones divulgadas por las centrales de riesgo i) permitirle al interesado exponer las circunstancias que dieron lugar a los registros, ii) considerar la información adicional suministrada por el proponente, y iii) exponer minuciosamente su decisión de no asignar el producto, de abstenerse de prestar el servicio ofrecido, o de prestarlo en condiciones determinadas, a fin de satisfacer las expectativas que el carácter público de la actividad bancaria genera en los usuarios, y las creadas por ella misma, con la presentación individual de sus productos y servicios¹⁷⁵.

Asimismo toda vez que la información financiera es de especial importancia, su manejo debe ser muy cuidadoso. Es así como el propietario de la información que va a ser entregada debe contar con las autorizaciones

175 Ibid.

correspondientes, así como la entidad debe contar con los mecanismos de protección suficientes que garanticen que las terceras personas no puedan tener acceso a ella. De igual forma, debe garantizársele al dueño de la información la posibilidad de conocer, corregir, modificar, actualizar y presentar las reclamaciones que considere pertinentes en torno a ella:

Frente a los operadores de los bancos de datos, los titulares de la información podrán (i) ejercer el derecho fundamental al hábeas data, mediante la utilización de los procedimientos de consultas o reclamos, sin perjuicio de los demás mecanismos constitucionales y legales; (ii) solicitar el respeto y la protección de los demás derechos constitucionales o legales, así como de las demás disposiciones de la presente ley, mediante la utilización del procedimiento de reclamos y peticiones; (iii) solicitar prueba de la certificación de la existencia de la autorización expedida por la fuente o por el usuario; y (iv) solicitar información acerca de los usuarios autorizados para obtener información. Ante la fuente de información, teniendo estas el deber de notificar al titular sobre la intención de enviar información sobre incumplimiento a los operadores, los titulares tienen el derecho de ejercer los derechos fundamentales al hábeas data y de petición, procedimientos que (i) podrán cumplir a través de los operadores de información, mediante los trámites de consultas y reclamos dispuestos en la norma estatutaria; y (ii) operan sin perjuicio de la vigencia de los demás mecanismos constitucionales o legales¹⁷⁶.

Los bancos de información crediticia también tienen obligaciones específicas para garantizar que esta no sea objeto de utilizaciones indebidas. Estas instituciones tienen que tener personería jurídica garantizando además que dentro de su estructura orgánica exista una dependencia de atención al cliente que permita ejercer los derechos a la reclamación por parte de los usuarios.

También, es necesario que cuenten con sistemas de seguridad informáticos y una estructura técnica que impida que terceras personas modifiquen dicha información. Finalmente es necesario que la información sea actualizada cada 10 días con la finalidad de proteger los derechos de los usuarios y revelar la realidad respecto a la información manejada por ellos.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los reportes negativos constituyen una barrera de ingreso a los sistemas financieros, es relevante analizar su papel frente a los derechos fundamentales, en especial, frente al principio

176 Ibíd.

constitucional de la democratización del crédito. En este sentido, la Corte, con base en el estudio de constitucionalidad realizado a la Ley Estatutaria de habeas data, consideró que:

- (i) la administración de datos personales se realice de forma tal que permita favorecer los fines de expansión y democratización del crédito;
- (ii) los usuarios valoren esa información de forma concurrente con otros factores o elementos de juicio que técnicamente incidan en el estudio del riesgo y el análisis crediticio; y (iii) en consecuencia, los establecimientos financieros no podrán basarse exclusivamente en la información relativa al incumplimiento de obligaciones suministradas por los operadores, para adoptar decisiones frente a solicitudes de crédito¹⁷⁷.

Por lo anterior, la información contenida en los datos tiene que ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible evitando datos parciales, incompletos o fraccionados que puedan inducir al error a las entidades financieras, con una finalidad legítima que deberá ser comunicada al titular, como óbice o condición de la aceptación del manejo de la información. De igual forma, su acceso tiene que ser restringido.

Se sigue de los principios constitucionales esbozados que el reporte negativo no puede convertirse en una denegatoria o veto en contra de la persona que lo origina. Por ello, tiene que estar fundamentado en parámetros técnicos que lo justifiquen y brindando la posibilidad al usuario de poder oponerse a ellos, con miras a recuperar su buen nombre comercial posterior al cumplimiento de sus obligaciones:

Así, los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general, aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, se regirán por un término máximo de permanencia, vencido el cual deberá ser retirado de los bancos de datos por el operador, de forma que los usuarios no puedan acceder a la información¹⁷⁸.

Respecto al tiempo que el reporte negativo puede subsistir en las bases de datos financieras, si bien el proyecto de ley contemplaba un periodo único, la Corte consideró que ese periodo no estaba de acuerdo con las características personales de los usuarios ni las condiciones propias que originan los reportes.

177 Ibid.

178 Ibid.

En este sentido, es necesario un tratamiento diferenciado para el deudor que voluntariamente realiza el pago, que a aquel que da a quien solo cumple con sus acreencias en la medida en que se le inicie una actuación judicial. De igual forma, el reporte no puede ser el mismo para una persona que no haya podido cumplir sus obligaciones por ser víctima de actos delictivos o desplazamiento forzado, en donde el principio de solidaridad financiero tiene que estar presente frente al reporte.

Por lo anterior, la Corte consideró mantener el término de caducidad pero haciendo las siguientes precisiones:

No obstante, tales conclusiones no son predicables de los casos extremos referidos a aquellos eventos en que el incumplimiento de la obligación estuvo vigente por pocos días o meses, como también a aquellos en que las obligaciones insolutas en que ha operado el fenómeno de la prescripción en que resulta totalmente injustificado que se mantengan en las bases de datos reportes basados en obligaciones que han sido excluidas del tráfico jurídico amén de la imposibilidad de ser exigibles judicialmente. Así, ante la obligación de contar con términos de caducidad razonables en los casos extremos antes citados, la Corte condicionará la exequibilidad del término de permanencia, de modo tal que (i) se aplique el término razonable desarrollado por la jurisprudencia constitucional, equivalente al duplo de la mora, respecto de las obligaciones que permanecieron en mora durante un plazo corto; y (ii) extienda el plazo de permanencia previsto por el legislador estatutario a los eventos en que se predice la extinción de la obligación en mora¹⁷⁹.

El deudor moroso no está siendo protegido por la Corte en razón a que su incumplimiento culpable no puede ser óbice de exoneración por el paso del tiempo a menos que opere la figura de la prescripción. Adicionalmente, el reporte negativo que tenga como origen una situación que no lo fundamente (por ejemplo, en casos de suplantación), debe ser corregido por las centrales de riesgo desde el momento en que la persona pueda comprobar la falsedad o irregularidad en el origen de la obligación.

Ahora bien, respecto a las obligaciones objeto de prescripción existía un debate acerca si el juez de tutela era el competente para declararla o considerarla en sede de tutela cuando se alegaba precisamente el indebido reporte negativo financiero, como base para el conteo los 4 años que dice la norma como el máximo que puede durar el reporte luego del pago.

179 *Ibid.*

En la Sentencia SU-528 de 1993 fue decidido por el Tribunal que la prescripción de las obligaciones excedía la competencia del juez de tutela y en consecuencia no era posible pronunciarse respecto a la figura de la prescripción extintiva, en razón a las particularidades de esta figura:

Específicamente, la Sala Plena consideró que era necesario “cambi[ar] la jurisprudencia en este punto concreto por cuanto, de aceptarse la tesis según la cual puede acudirse directamente a la tutela para pedir que retiren el nombre de la persona de un banco de datos alegando prescripción de las obligaciones que dieron lugar a su registro, el juez de tutela estaría desplazando al ordinario competente en la definición de un derecho ajeno al asunto mismo sobre el cual recae el amparo del artículo 86 constitucional, que consiste únicamente en la protección del derecho fundamental consagrado en el artículo 15 ibidem: que se actualicen y rectifiquen las informaciones recogidas sobre el peticionario en bancos de datos o en archivos de entidades públicas o privadas”¹⁸⁰.

Sin embargo, con la finalidad de asegurar el derecho de hábeas data, la Sala Quinta de revisión de la Corte Constitucional analizó los fundamentos de la sentencia citada, modificándola con la finalidad de hacer efectivo el derecho de habeas data y libertad de empresa dentro del sector financiero indicando que:

(i) Que la necesidad de asegurar la prevalencia del derecho fundamental al hábeas data, impone que el juez de tutela no solo pueda sino deba efectuar un análisis de las circunstancias fácticas de cada caso, para efectos de establecer si ha transcurrido el plazo de la prescripción liberatoria y el término máximo que puede permanecer el reporte negativo consignado en las bases de datos; y (ii) Que, en ese sentido, la prosperidad de la solicitud de amparo no está supeditada a la existencia de una sentencia judicial en la que se haya declarado la ocurrencia de la prescripción de la obligación¹⁸¹.

En consecuencia, a pesar que al juez de tutela le está vedado pronunciarse de fondo respecto del fenómeno prescriptivo que extinga la obligación por la cual se solicita la aclaración o retiro del reporte negativo, si le es permitido verificar las condiciones de su procedencia en cuanto se está protegiendo el derecho de hábeas data. En este sentido, la orden dada de remover el

180 Sentencia T-204/06, Corte Constitucional, M. P., Jaime Araújo Rentería.

181 Ibíd.

reporte negativo no puede equipararse a la sentencia judicial que declare la prescripción¹⁸²:

Sin embargo, la Sala estima que, más que existir un conflicto o contradicción, lo que hay es una evolución de la jurisprudencia constitucional, que, ciertamente, hoy en día considera que no es necesario que el afectado cuente con una sentencia judicial previa de declaratoria de prescripción de la obligación insolata, como presupuesto necesario para que la acción de tutela pueda ser favorable a sus intereses¹⁸³.

En este contexto, el análisis que realiza el juez de tutela se refiere a si la entidad está realizando un abuso de su posición dominante en cuanto se mantiene el reporte negativo en contra del derecho de habeas data, mientras que el juez civil o comercial realiza un análisis acerca de la existencia y exigibilidad de la obligación. Por lo anterior:

(...) si el juez de tutela concluye que la obligación no ha prescrito y que, en consecuencia, puede mantenerse el reporte negativo en las centrales de riesgo por no existir una vulneración del derecho al hábeas data del titular de la información, esta decisión no puede ser óbice para que el interesado ejerza los mecanismos judiciales ordinarios de los que dispone, en aras de obtener la declaratoria judicial de la ocurrencia de la prescripción. Pero, siguiendo esa misma línea, si lo que ocurre es que, para efectos de la protección del derecho al hábeas data, el juez de tutela parte de la consideración de que se está frente a una obligación ya prescrita, esa decisión tampoco puede desplazar la competencia que ejerce el juez ordinario en esta materia¹⁸⁴.

En consecuencia, el amparo constitucional opera como un mecanismo transitorio de protección del derecho fundamental al habeas data, hasta tanto las partes interesadas acudan a la jurisdicción civil a debatir en últimas la controversia.

Finalmente, respecto a los requisitos de procedencia de la acción de tutela respecto al reporte negativo, el tribunal constitucional, luego de ratificar la jurisprudencia respecto de la procedencia de la acción de tutela en contra de particulares, estableció un requisito importante en lo que compete a los reportes negativos en las centrales de riesgo:

182 Sentencia T-883/13, La posición adoptada en esta sentencia, ha sido reiterada en pronunciamientos posteriores, en particular, en las Sentencias T-168 de 2010, T-964 de 2010 y T-1061 de 2010.

183 Ibid.

184 Ibid.

Es requisito de procedibilidad de las acción de tutela que previo a su interposición el afectado haya solicitado la aclaración, corrección, rectificación o actualización del dato o de la información que considera errónea a la entidad de información competente, con la finalidad de brindarle la oportunidad de revisar y adoptar las medidas correspondientes¹⁸⁵.

2.3 ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ENTIDADES DEL SISTEMA FINANCIERO Y BURSÁTIL: CASOS DE ESPECIAL RELEVANCIA

a) Principio constitucional de democratización del crédito

Ahora bien, previo a abordar casos puntuales es menester hacer referencia al principio de democratización del crédito que inspira el Sector Financiero. Como se ha realizado énfasis a lo largo del presente documento, el acceso al crédito y los mercados de recursos son elementos de especial importancia para el desarrollo de la colectividad.

En este sentido, el acceso al crédito va más allá de su consideración de un mutuo de dinero a convertirse en una forma en que las personas puedan tener posibilidades de desarrollo que redunden en el principio programático de la igualdad material:

(...) Así mismo, la determinación del valor en pesos de las Unidades de Poder Adquisitivo Constante conforme a la variación de las tasas de interés en la economía a que se ha hecho referencia, pugna de manera directa con la “democratización del crédito” que ordena al Estado el artículo 335 de la Constitución como uno de los postulados básicos en la concepción de este como “Social de Derecho”, pues, precisamente a ello se llega, entre otras cosas cuando el crédito no se concentra solamente en quienes abundan en dinero y en bienes, sino extendiéndolo a la mayor parte posible de los habitantes del país, sin que ello signifique nada distinto de procurar efectivas posibilidades de desarrollo personal y familiar en condiciones cada día más igualitarias (...) ¹⁸⁶.

En consonancia, cuando el constituyente estaba analizando la inclusión del principio de democratización del crédito, pensó en un primer momento que se aplicara netamente a los consumidores. Sin embargo, la posición que tuvo cabida fue que dicha democratización se extendiera a todos los solicitantes de cualquier tipo de crédito:

185 Sentencia T-204/06, Corte Constitucional, M. P. Jaime Araújo Rentería.

186 Sentencia C- 383 de 1999 M. P. Beltrán Sierra.

(...) si se optara por incluir en la Carta alguna disposición sobre el control de abusos en la prestación de créditos y la democratización de los mismos, esta debería ser de carácter general para todos los usuarios de crédito y no solamente para los créditos de los consumidores (...)¹⁸⁷.

Por consiguiente el principio de democratización del crédito se relaciona con las finalidades del Estado Social de Derecho, lo que justifica aún más los límites a las libertades contractuales que tienen las entidades financieras, e inspiran la normatividad especial sobre la materia.

b) Pago anticipado de obligaciones financieras

El pago anticipado de obligaciones financieras ha sido objeto de amplio debate dentro del Sector Financiero. Si bien amparándose en el artículo 2221 del Código Civil existía una expresa concesión en favor de la entidad financiera que le permitía cobrar penalidades por pagos anticipados, la Corte Constitucional le ha dado un giro total a la norma en comento a partir de una sentencia de constitucionalidad.

Ahora bien, adicional a lo ya enunciado, es pertinente delimitar la aplicación que la Corte le dio a la norma así como el espacio temporal que determina su aplicación, extendiendo dicha posibilidad, en condiciones de igualdad a quienes hubieran adquirido créditos con anterioridad al 9 de julio de 2012:

Establecida la vulneración del mandato de igualdad, pareciera pertinente declarar la inexequibilidad del texto acusado, sin embargo, advierte el Tribunal Constitucional que el beneficio en sí mismo no riñe con la Carta. Lo que resulta inconstitucional es la sustracción de las bondades de la medida para los créditos tomados antes de la entrada en vigor la Ley. En consecuencia, se impone proferir un fallo condicionado, según el cual, el parágrafo censurado, es exequible, en el entendido que los créditos a los cuales se refiere el literal g) del artículo 5 de la Ley 1328 de 2009, tomados antes del 9 de julio de 2012 también podrán ser pagados anticipadamente sin que ello acarree la penalización por prepago para el usuario¹⁸⁸.

Conforme a lo anotado, el artículo 5º de la Ley 1328 de 2009, *“Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”* establece en su artículo 5 literal g), el derecho que le

187 Sentencia C-313/13 Corte Constitucional, M. P., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

188 Ibíd.

asiste a los usuarios del Sistema Financiero en realizar pagos anticipados de sus deudas, como norma especial, sin que por este hecho puedan ser objeto de una penalidad.

Si bien antes de la norma expedida en el 2012, la constante era que los bancos y las entidades financieras pudieran cobrar dicha penalidad, la reforma al artículo mencionado cambió dicha estipulación, la cual fue posteriormente extendida a aquellos créditos anteriores a la expedición de la norma, debido al respeto al principio de igualdad:

La Corte advierte que en el presente caso no se puede calificar como situación jurídica consolidada o derecho adquirido, la posibilidad de cobrar una penalidad cuando se presentan pagos anticipados en materia de créditos, como quiera que esta solo puede tener lugar si se produjo dicho pago, de manera que se está frente a una mera expectativa. El carácter de situaciones jurídicas consolidadas se presentaría solo en aquellos eventos en los cuales ya se hizo el pago anticipado y se ha generado el derecho de hacer efectiva la sanción. Pero en aquellos casos en los que el supuesto fáctico no ha acontecido, es válida la afectación por parte de la nueva ley. Adicionalmente, observó que el demandante incurre en confusión del principio de legalidad de la pena con las consecuencias jurídicas de pactos mercantiles, razón por la cual, dado el resultado de la sentencia, fue desatendida por el Tribunal¹⁸⁹.

En este sentido, la Corte analizó el principio de retrospectividad frente a la aplicación del fallo, modulándolo. En consecuencia, teniendo en cuenta que la conculcación al cobro de la penalidad se da respecto de pagos anticipados posteriores al 2012, a los créditos obtenidos después del 9 de julio de dicho año le es aplicable plenamente la modificación normativa sin que exista un problema mayor.

En cuanto a los créditos anteriores a esa fecha, es necesario hacer las siguientes precisiones ante la extensión de la disposición normativa, vía jurisprudencial, a todos los créditos. En consonancia la Corte consideró que:

Para la Sala, en el caso concreto de los contratos a los que se refiere la ley acusada, quien haya pagado con antelación al momento de expedición de este fallo, ha configurado el supuesto de hecho que genera el derecho para la entidad financiera de hacer efectiva la penalidad. En tal caso no cabe invocar este proveído con miras a obtener alguna suerte de condonación, devolución o reembolso de lo pagado. Pero, aquellos en

189 Ibid.

cuyos contratos se incorporó la penalidad y, al momento de proferir la sentencia, no se ha configurado el supuesto de hecho, bien pueden gozar de los beneficios que implique lo resuelto por la Corte¹⁹⁰.

Lo anterior, en criterio de la Corte, encuentra justificación en el hecho de que las entidades bancarias que incluyeron la penalidad en sus contratos y no fueron objetos de pagos anticipados detentan meras expectativas, las cuales están sujetas a los cambios normativos introducidos por el legislador.

Por ello, la retrospectividad que enuncia en su sentencia aplica exclusivamente a las relaciones jurídicas que no se hayan consolidado a través de pagos de penalidades, pero si modifican las relaciones contractuales que venían con antelación a la expedición de la ley también su clausulado:

Se concluye, pues, que la decisión a adoptar por el Tribunal Constitucional, preserva el trascendental valor de la seguridad jurídica, armonizándolo con la realización efectiva de los derechos como imperativo del Estado Social de Derecho y con los derechos de los consumidores como expresión de la misma fórmula política¹⁹¹.

Sustenta la Corte su fallo en que la disposición del Código Civil, en lo relacionado con el contrato de mutuo, cuando es aplicado por las entidades financieras se torna en una expresión de la posición dominante en cuanto genera una “fidelización” forzosa de sus clientes. Si bien la posibilidad de pagos anticipados ya se encontraba presente en las jurisprudencias respecto a los créditos hipotecarios, esta no era de recibo en los demás tipos de créditos, perjudicando al consumidor financiero.

Por ello, y en virtud a las consideraciones realizadas:

Concluye entonces la Corte, que como finalidades generales de la disposición en la cual se ubica la exclusión de la multa por pago anticipado en materia de los créditos bancarios descritos en el literal g) del artículo 1º de la Ley 1555 de 2012 se tienen: a. Mejorar la relación entre usuarios y entidades financieras, generando mayor movilidad del consumidor que pretende crédito. b. Establecer un mecanismo que propenda hacia la elevación del bienestar al incrementar el acceso al crédito en mejores condiciones, por el aumento en la eficiencia del mercado financiero, suprimiendo una fuente importante de fidelización forzosa. c. Posibilitar

190 Ibid.

191 Ibid.

refinanciaciones a través de compras de cartera, como un elemento importante en momentos de crisis financiera internacional¹⁹².

Propendiendo por la movilidad del consumidor financiero, se cumplen adicionalmente principios de la economía de mercado en donde, a partir de la competencia dentro del sector financiero, los consumidores podrán prepagar sus deudas y acudir a las instituciones financieras que les ofrezcan mejores tasas de interés, en condiciones más favorables que las inicialmente pactadas.

c) Aplicación de los principios constitucionales esbozados a casos específicos del contrato de seguros

Respecto al contrato de seguros, los principios constitucionales han modificado la forma en que se aplicaban clásicamente dichos contratos, cuando la parte débil de la relación contractual sea sujeto de protección, o cuando la aseguradora, en virtud de su posición dominante contractual, no realice las cargas creadas por la jurisprudencia:

Este ideal de protección del consumidor financiero que se encuentra en situación de indefensión, mediante reglas hermenéuticas tuitivas, ha sido acogido unánimemente por la jurisprudencia nacional. Postura explicada de forma acertada por la Corte Suprema de Justicia así:

“En consecuencia, para decirlo sin ambages, ciertas peculiaridades de los referidos contratos, relativas a la exigua participación de uno de los contratantes en la elaboración de su texto; la potestad que corresponde al empresario de imponer el contenido del negocio; la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto; las circunstancias que rodean la formación del consentimiento; la importancia de diversos deberes de conducta accesorios o complementarios, como los de información (incluyendo en ese ámbito a la publicidad), lealtad, claridad, entre otros; la existencia de controles administrativos a los que debe someterse; en síntesis, las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, se decía, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación *pro consumatore*)”¹⁹³.

192 Ibid.

193 T-136/13, Corte Constitucional, M. P., Jorge Iván Palacio Palacio.

Uno de los contratos de seguro que más han generado polémica es el denominado Grupo Deudores. Este tipo de seguro es de naturaleza colectiva en donde el tomador del seguro es una persona que a la vez es tomador de un crédito o de otra obligación financiera, siendo el beneficiario el acreedor. En este sentido el interés asegurable consiste en proteger su salud y vida para que, en caso de sufrir un siniestro que le impida pagar su obligación financiera, la compañía de seguros sea quien asuma dicha obligación:

El seguro de vida grupo deudores es una modalidad de seguro colectivo, que se dirige a que distintos sujetos –que comparten la condición de deudores respecto de un mismo acreedor– cubran el riesgo de su muerte o la eventual incapacidad permanente. El interés asegurable en este tipo de contratos se ubica de forma principal y directa en cabeza del deudor, así al acreedor también le asista un eventual interés en el seguro de vida grupo deudores¹⁹⁴.

En este tipo de seguros, la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en sostener que no pueden ser obligatorios. Sin bien en la práctica es difícil que el crédito sea otorgado si no se contrata la mencionada garantía, no pueden las entidades financieras obligar al usuario del sistema a tomarlo, por lo que deben aceptar otro tipo de garantías como soporte de la obligación dineraria.

Por lo tanto la institución financiera así como la empresa de seguros deben brindar la información pertinente y necesaria para que el tomador comprenda a plenitud las condiciones del contrato realizado, para tener libertad de contratar el seguro con la empresa que él desee (especial importancia frente a los grupos empresariales):

La celebración de este contrato no es obligatoria y no constituye un requisito indispensable para el otorgamiento de un crédito. (...) Cuando se constituye dicha garantía, el deudor-asegurado normalmente se adhiere a las condiciones propuestas por el acreedor, quien en todo caso debe garantizar que el deudor adquiera la debida información acerca de las condiciones acordadas con la aseguradora. (...) Cuando le sean exigidos este tipo de seguros al deudor, este tendrá la posibilidad de adquirir la póliza con otras aseguradoras. El interés asegurable en este tipo de contratos se ubica de forma principal y directa en cabeza del deudor, así al acreedor también le asista un eventual interés en el seguro de vida grupo deudores. En ese sentido, advirtió la Corte Suprema que existe una concurrencia de intereses, no excluyentes, entre los cuales predomina el del deudor asegurado¹⁹⁵.

194 Sentencia T-676/16, Corte Constitucional, M. P., Alejandro Linares Cantillo.

195 Ibid.

En la sentencia T-676/16 objeto de la presente revisión, se ratifica la procedencia de la acción de tutela en razón a que la actividad financiera y aseguradora por ser consideradas de interés público, se retoma la línea respecto a la disparidad existente entre las entidades y los clientes en razón a la posición dominante, así como la necesidad de demostrar la situación de indefensión del cliente para su procedencia. Por consiguiente, consideró que:

Así por ejemplo, el otorgamiento de los créditos para la adquisición de vivienda y educación así como los contratos de depósito en cuenta de ahorros y cuenta corriente, materializa y promueve una igualdad real y efectiva asegurando, por ejemplo, el acceso al crédito (arts. 64, 66 y 335) de modo que encaja en la noción analizada. La definición de cuando ello ocurre no es fácil, sin embargo la jurisprudencia deberá establecer, en cada oportunidad, la relación entre el servicio de que se trate y su relación con los fines del Estado¹⁹⁶.

Y es que cabe resaltar para la procedencia de la acción de tutela, es necesario una de dos condiciones: en primera medida y en especial en el caso de los contratos de seguro, determinar en sí si concreta esa subordinación, o como segundo supuesto, que es una prestación de un servicio público de interés general.

En el caso sometido a consideración de la Corte, el accionante había perdido su capacidad laboral en un 71,9%. Por lo anterior solicitó a la empresa de seguros que asumiera la obligación contraída, recibiendo una negativa por parte de esta, adicionalmente, la empresa aseguradora no brindó información pertinente y eficaz al tomador del seguro, lo que a su vez afianzaba la posición asimétrica de las partes.

En consecuencia, y realizando el análisis pertinente respecto de la procedencia de la acción, se mantuvo la doctrina que sostiene que el grave estado de salud de una de las partes, posterior a la ocurrencia de un siniestro, es óbice para demostrar el perjuicio irremediable que sustente la procedencia de la acción constitucional en materia de seguros:

En la sentencia T-240 de 2016, en la que se estudió una acción de tutela que buscó cuestionar la falta de pago de una póliza, se declaró que el amparo era procedente para conocer los casos de dos sujetos que tenían una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y en relación con los cuales se indicó que el juez constitucional debe ser más flexible, con el fin de ajustar el pronunciamiento a los postulados de igualdad material que

196 Ibid.

exigen un tratamiento especial a las personas en condición de debilidad manifiesta¹⁹⁷.

En este mismo sentido, consideró la Corte, que, a pesar que el objeto del seguro es una prestación económica en favor del tomador, puede en ciertos momentos extraerse de dicha esfera y estar relacionado con la garantía de los derechos fundamentales como al mínimo vital y la vida digna. Se tiene entonces que la pérdida de las capacidades laborales aunada a la negativa de la empresa de seguros en cancelar la póliza respectiva pone al sujeto en una situación de claro perjuicio e imposibilidad de satisfacer sus necesidades personales:

Incluso se ha indicado que el juez de tutela puede declarar la procedencia de la acción constitucional, a pesar de que no se hubieren ejercido los mecanismos judiciales ordinarios, siempre que el accionante –con sustento en una enfermedad grave o en una discapacidad– no se encuentre en condiciones de adelantar este tipo de procesos¹⁹⁸.

En consecuencia, la figura de la excelsa buena fe modifica su concepción clásica para darle paso a una interpretación a la luz de dichos principios constitucionales. Este deber supone un comportamiento contractual debido, se concreta en los deberes secundarios de conducta los cuales, a pesar de no haber sido pactados expresamente, hacen parte de la relación contractual, con la finalidad de que las obligaciones de las partes lleguen a feliz término.

Adicionalmente, cuando se está en una relación de consumo, ya que una de las partes tiene una posición dominante, estos deberes de la buena fe adquieren una especial connotación. En consecuencia, en virtud de la buena fe, a las entidades del sector financiero y en especial a las aseguradoras, se les exige un deber de seguimiento, consejo e información que sobrepasa la relación contractual y la posición equivalente que tenían las partes dentro de un contrato comunitativo:

Un deber particular que limita el ámbito de acción de las entidades financieras y aseguradoras, de notable importancia en el asunto que ahora examina la Corte, se concreta en la obligación especial de información y acompañamiento a los consumidores financieros. Dicha obligación encuentra apoyo en la Constitución (arts. 20, 78, 83 y 333), en la Ley 1328 de 2009 (arts. 3, 5, 7 y 8) y, como se ha dejado explicado, en los deberes secundarios de conducta vinculados a la buena fe¹⁹⁹.

197 Ibid.

198 Ibid.

199 Ibid.

La transparencia y el suministro de la información son en específico la concreción del deber de la buena fe que tienen que tener las entidades del Sector Financiero, Bursátil y Asegurador por expreso mandato de la Ley 1328 de 2009 artículo 3:

Esta disposición impone entonces la obligación de que las entidades bancarias y aseguradoras suministren información (i) que corresponda efectivamente a la realidad jurídica y fáctica del vínculo del que se trate; (ii) que sea completa y no parcial, de manera tal que su destinatario pueda tener una imagen integral y detallada de la posición en la que se encuentra y de las posibilidades de actuación que tiene en la relación; y (iii) que sea plenamente comprensible, incluso en aquellos casos en los que su naturaleza técnica imponga dificultades para ser explicada. En adición a ello (iv) la información debe ser entregada en el momento en que resulta relevante y no después, de manera tal que con fundamento en ella, el cliente o usuario –según el caso– pueda tomar las decisiones correspondientes²⁰⁰.

Por ello, en aplicación del principio pro consumitore, la responsabilidad de las aseguradoras y demás entidades del sector financiero y bursátil estará determinado por el grado de información que les brinden a sus clientes y la relación que esto tenga con los derechos fundamentales, especialmente sobre sujetos de especial protección, teniendo siempre presente la disparidad contractual existente – posición dominante²⁰¹.

Para que se cumpla con el deber de información que a la postre determina la responsabilidad de la entidad financiera, el intermediario en las actividades bursátil y aseguradora tiene necesariamente que dotar a los consumidores de las herramientas suficientes para tomar una decisión, facilitando la comparación entre los distintos productos ofrecidos por las empresas del sector en condiciones de competencia, y haciendo una explicación suficiente sobre los derechos que le asisten²⁰²:

200 Ibid.

201 *Lo anterior fue ratificado en Sentencia T-136/13, Corte Constitucional, M. P., Jorge Iván Palacio Palacio. El acceso completo, veraz y oportuno a la información -que es una condición elemental, inherente a toda actividad de consumo- adquiere especial trascendencia en el marco del sistema financiero, en razón a los contratos de adhesión que suelen ofrecer las entidades vigiladas en el mercado, a la complejidad de los términos contractuales que se manejan y al estado de indefensión en que se encuentran los usuarios. Siendo así, la información es una de las herramientas clave para empoderar al ciudadano en su ejercicio contractual, tanto antes de la celebración de un contrato, como durante su ejecución y aún después de la terminación del mismo, con el fin de prever que la libertad contractual se emplee abusivamente en detrimento de otros derechos fundamentales. Es por ello que cualquier restricción injustificada al acceso a la información debe entenderse como una práctica abusiva, propiciada por el poder dominante del que gozan las entidades aseguradoras y bancarias.*

202 Ibid.

Los siguientes son los requisitos mínimos que, de acuerdo con la normatividad vigente, ha de satisfacer la información suministrada por las entidades financieras para cumplir con su imperioso cometido: a) Ser cierta, suficiente, idónea y corresponder a lo ofrecido o previamente publicitado. En este sentido, contener las características de los productos o servicios, los derechos y obligaciones, las condiciones, las tarifas o precios y la forma para determinarlos, las medidas para el manejo seguro del producto o servicio, las consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato. b) Ser clara y comprensible. c) Ser divulgada o suministrada oportunamente. d) Ser entregada o estar permanentemente disponible para los consumidores financieros²⁰³.

En consecuencia, cualquier vaguedad, incomprendión y error en la información otorgada, va a ser interpretada a favor del consumidor y fuente generadora de responsabilidad para las entidades, así como las cláusulas contractuales que se consideren como abusivas se tendrán como no escritas, en desarrollo de la protección especial en el sistema.

Es relevante analizar la situación cuando la póliza se ha extraviado o no fue entregada efectivamente por la aseguradora. En consecuencia, si bien se entendía que la carátula de la póliza era necesaria para hacer exigible la cobertura, la Corte Suprema de Justicia, citada por la Corte Constitucional, estableció que para probar el contrato es posible acudir a otros medios, siempre que dichos documentos demuestren sus elementos esenciales²⁰⁴:

Como puede observarse, [el certificado individual de seguro] se trata de un documento que, al margen de su denominación, individualiza de manera nítida e inequívoca los elementos esenciales del contrato y, por lo mismo, funge perfectamente como su evidencia, pues no puede pasarse por alto, como lo sostiene un autorizado autor, que "... cualquier documento privado puede revestir la fisonomía jurídica de póliza, si de las condiciones particulares aludidas en el art. 1047 contiene, a lo menos, con 'la firma del asegurador', aquellas que atañen a la esencia del contrato (la identificación de 'las partes', la de la 'cosa' o 'persona' llamadas a individualizar objetivamente el riesgo asegurado, la 'suma asegurada' o el modo de precisarla, la 'prima' o el modo de calcularla y 'los riesgos' a cargo del asegurador), no así –a lo menos necesariamente–los nombres del 'asegurado' y 'beneficiario', ni la calidad del tomador, ni la vigencia del contrato, ni la forma de pago de la prima, ni la fecha de la póliza, ni otras condiciones que pueden ser o no según la autonomía contractual

203 Ibid.

204 Ibid.

de las partes, porque la omisión de cualquiera de estas ‘condiciones’ aparece subsanada por la misma ley o puede subsanarse por otro medio conducente, a fuer de lícito”²⁰⁵.

Como otro tema de especial relevancia que también ha sido objeto de análisis constitucional, se encuentra lo relacionado con las preexistencias o reticencia de la información suministrada por el usuario frente a la exoneración del pago por parte de la aseguradora de la cobertura, en razón a los principios de la buena fe, teniendo como base la declaración del riesgo.

En este sentido, es menester aclarar lo que la Corte entiende por subordinación, su relación con la indefensión y como estas afectan la reticencia²⁰⁶ dentro de los contratos de seguro. A saber:

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la subordinación se refiere a una relación de índole jurídica, en la que una persona depende de otra, mientras que la indefensión hace referencia a la situación en la que una persona “ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses. En cada caso, el juez debe realizar un análisis relacional con la finalidad de determinar el estado de indefensión en la que se encuentra la persona”²⁰⁷.

La Corte, como se ha venido sosteniendo, ha mantenido una posición en donde los consumidores están tanto en una situación de subordinación como de indefensión ante las entidades del sistema, en razón a la posición dominante que ellas ostentan al fijar unilateralmente las condiciones de los contratos de adhesión.

Por lo anterior, y en desarrollo del derecho de información anteriormente enunciado, en tratándose de los contratos de seguro, es una expresión de la buena fe especificar claramente y de forma taxativa las preexistencias excluidas en la cobertura del seguro, así como los efectos de la reticencia, para que el usuario entienda realmente las condiciones de la póliza.

205 Ibíd.

206 Sentencia T-751/12: En ese marco, el artículo 1058 del C. de Co., norma en la que sustentan las partes accionadas la objeción a la reclamación de cada una de las peticionarias, establece la obligación de declarar de forma abierta y sincera sobre los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, obligación que se deriva del carácter bilateral, oneroso y aleatorio del contrato.

207 Sentencia T-751/12, Corte Constitucional, M. P., María Victoria Calle Correa.

Por consiguiente, no basta que estas estén referidas en las condiciones generales de un contrato, sino que deben corresponder a los elementos individuales y condiciones especiales de cada negocio jurídico, con la finalidad de proteger los intereses de los usuarios:

(...) la carga de declarar sinceramente la información relevante para la determinación del estado de riesgo (en este caso, el estado de salud) no puede traducirse en una imposibilidad absoluta de hacer efectiva la póliza, como consecuencia de un establecimiento ambiguo de la cobertura, mediante cláusulas simplemente genéricas o mediante una alusión descontextualizada de las condiciones generales del contrato, carente de la precisión que se obtiene mediante las condiciones específicas del mismo²⁰⁸.

Así, la Corte, partiendo de una visión diferente y teniendo en cuenta la situación favorable que ostenta la entidad aseguradora dentro de la relación contractual, establece que la reticencia o la no información de las preexistencias no pueden ser automáticamente condiciones para negar el pago de la cobertura.

Por lo tanto es una carga predicable de la empresa aseguradora realizar exámenes médicos adicionales, así como actos positivos respecto a la indagación y concreción del estado del riesgo, para propender de manera efectiva por un eximiente del pago:

Esos límites se concretan en la inoponibilidad de preexistencias que no fueron planteadas en el contrato de seguro, cuando la entidad aseguradora no efectuó un examen al momento de la suscripción del contrato²⁰⁹.

d) De lo concerniente al crédito hipotecario

Respecto al crédito hipotecario, no es posible realizar un análisis exclusivo de estos créditos sin acudir al derecho a la vivienda digna, el cual tiene rango de Fundamental con contenido programático, relacionado con la dignidad del ser humano, que a su vez tiene relación con el derecho al mínimo vital. Por lo anterior, siendo la acción de tutela excepcional, en necesario realizar un análisis fáctico-jurídico de la relación planteada en el caso concreto para la procedibilidad de la acción²¹⁰:

208 Ibid.

209 Ibid.

210 Sentencia T-1091/05, Corte Constitucional, M. P., Clara Inés Vargas Hernández.

El derecho a la vivienda puede ser protegido por el juez de tutela, cuando dadas las circunstancias particulares de debilidad manifiesta en que se encuentra quien la posee, es o puede ser injustamente despojado de ella y con ello se afecta su mínimo vital o el de su familia, o cuando adquiere el rango de fundamental por el factor de conexidad con otro derecho fundamental.

Las anteriores circunstancias pueden ser consideradas por el juez de tutela, para otorgar una protección bien definitivamente o de manera transitoria, aun tratándose de relaciones contractuales entre particulares, cuando por la acción o la omisión de quien abusando de su posición dominante y vulnerando el principio de confianza legítima, coloca a quien se encuentra en estado de debilidad manifiesta en condiciones de poder la propiedad de la vivienda en la que habita²¹¹.

Partiendo de nuevo de la posición dominante que ostentan las entidades del Sistema Financiero, el ejercicio de potestades unilaterales que se hayan pactado en los contratos pueden devenir en abusivas si conculcan los derechos de los usuarios, es así como, por ejemplo, los cambios intempestivos de las condiciones pactadas generan una violación a la confianza legítima:

En efecto, en virtud del mencionado principio, en las relaciones contractuales entre particulares, relacionadas con los créditos para vivienda, los deudores hipotecarios tienen derecho a que no se varíe intempestivamente por el acreedor financiero el comportamiento que ha asumido en la ejecución del contrato de hipoteca respecto de las cláusulas contractuales que le permiten cierta liberalidad para su aplicación, pues dichas modificaciones deben estar precedidas de la respectiva información al deudor hipotecario, de manera previa y oportuna²¹².

En consecuencia, bajo la obligación de información, es necesario informar de cualquier cambio, previo a su ocurrencia, al consumidor financiero para que pueda oponerse a ello dentro de las condiciones pactadas en el contrato. Lo anterior aunado a la posibilidad de realizar pagos anticipados, que de antaño han sido reconocidos como procedentes en este tipo de créditos²¹³, y a que se permita la entrega del bien como pago total de la obligación, permite obtener créditos en condiciones más favorables en mercados de competencia:

La obligación por parte de las entidades financieras de informar inexorablemente, de manera clara y puntual a sus clientes, acerca de

211 Ibid.

212 Ibid.

213 Sentencia C-122/99 – UPAC, Corte Constitucional, M. P., Fabio Morón Diaz.

todos los cambios que se llegaren a presentar respecto de las obligaciones suscritas entre ellos, aclarándose además, que dicha información o deber de informar, no podía limitarse a una labor netamente formal, sino que debía hacerse con tal exactitud, minuciosidad y claridad que permitiera que sus clientes tuvieran pleno y oportuno conocimiento de los mismos, garantizando así el total respeto de sus derechos al debido proceso y de defensa, respetándose de igual manera los principios de buena fe y confianza legítima, así como también permitiendo la total transparencia y seguridad jurídica que se requiere frente a toda actuación jurídica²¹⁴.

Cualquier cambio intempestivo que no haya sido informado correctamente activa la procedencia de la acción de tutela en virtud a la violación de los derechos de los usuarios. Lo anterior aplica de forma igual cuando la entidad financiera es objeto de un proceso de fusión, transformación, escisión, cambio de denominación o en los eventos de compra de cartera por parte de otra de las entidades que hacen parte del Sector Financiero.

En consecuencia, en tratándose de modificaciones a las condiciones contractuales de los créditos hipotecarios, ha dicho la Corte que se debe cumplir con unas condiciones:

(i) Los acreedores financieros, en razón de la posición dominante en la que se encuentran frente a los deudores hipotecarios, tienen el deber de informar previamente y de manera clara, precisa y comprensible sobre cualquier tipo de cambio a realizarse sobre un crédito de vivienda, a fin de que el deudor cuente con la oportunidad de ejercer sus derechos frente a la eventual modificación. (ii) De no contar con el consentimiento del deudor para efectuar el cambio sobre las condiciones en que fue pactado el crédito inicialmente, a la entidad financiera acreedora corresponde acudir ante el juez competente para que sea éste quien solucione la controversia planteada, sin que, de ninguna manera, le resulte válido definirla a favor de sus propios intereses. (iii) La pretermisión del procedimiento de información del deudor hipotecario, por parte de la entidad acreedora, a fin de obtener su consentimiento previo para modificar el crédito, afecta los principios de la confianza legítima y la buena fe, comoquiera que la suscripción de un contrato permite a las partes confiar en que el mismo se cumplirá tal y como fue pactado y que no sufrirá alteraciones provenientes de ninguna de las partes. (iv) Así mismo, las modificaciones unilaterales que recaigan sobre las condiciones iniciales en que haya sido pactado un crédito de vivienda configuran

214 Sentencia T-899/06, Corte Constitucional, M. P., Jaime Córdoba Triviño.

una clara violación del derecho al debido proceso, por desconocimiento del debido respeto al acto propio²¹⁵.

Solo cumpliendo las condiciones descritas, el cambio en las condiciones contractuales permite que se garanticen los derechos fundamentales de buena fe y confianza legítima de usuario del sistema, so pena de ser sometidos a la jurisdicción a través del control de tutela.

Autoevaluación

Para la autoevaluación el discente procederá a resolver los casos planteados al final del Módulo a partir de los conceptos y criterios decantados en la presente unidad.

Ap	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Realice una lectura cuidadosa de las sentencias contenidas en la bibliografía. En razón a esta realice las siguientes actividades:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Escoja alguna de ellas e identifique la <i>ratio decidendi</i>, la <i>obiter dicta</i> y el <i>decisum</i>.2. El dicente podrá realizar un ensayo de máximo una página en la que se plantee su posición frente a la introducción de figuras extranjeras en el ordenamiento jurídico colombiano sin atender a sus particularidades y especificidades.3. De igual forma realice un breve escrito crítico de máximo una página en la que se asuma posición respecto a las facultades y potestades que está ejerciendo la Corte Constitucional.4. Plantee una discusión con sus colegas en razón a la determinación o el nuevo entendimiento que tienen las instituciones propias del derecho civil y comercial, así como las del derecho financiero bursátil frente a los derechos fundamentales (como base realice una lista de argumentos a favor y en contra).
-----------	--

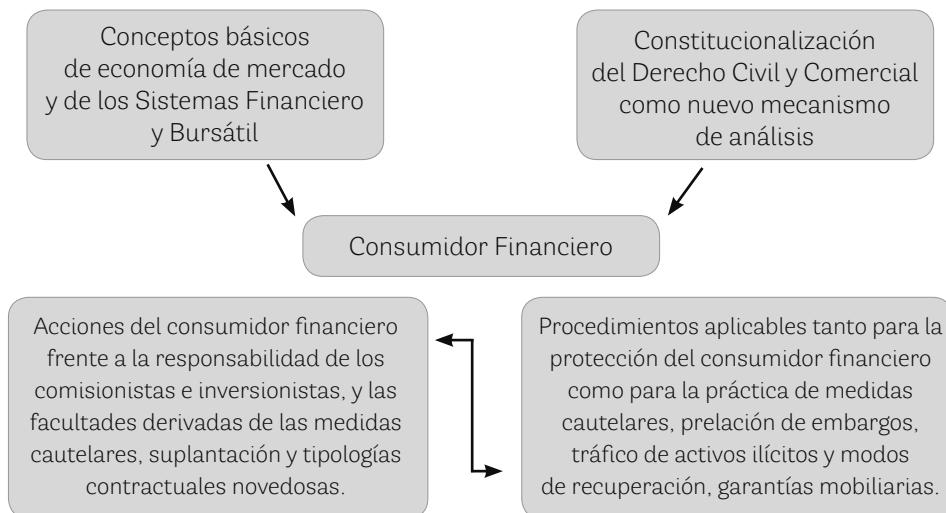
215 Ibid.

Unidad 3

CASOS PRÁCTICOS DE ANÁLISIS DE MATERIAS FINANCIERA Y BURSÁTIL Y ASPECTOS PROCEDIMENTALES RESPECTO A LAS ACCIONES DEL CONSUMIDOR FINANCIERO

Og	<p>Objetivo general</p> <p>Dilucidar los casos prácticos que se están dando en materia financiera y bursátil más comúnmente, y presentar las acciones y procedimientos de protección al consumidor financiero para ser aplicadas por parte de los operadores judiciales.</p>
Oe	<p>Objetivos específicos</p> <p>3.1. Establecer a partir del estudio jurisprudencial, las temáticas más relevantes que se están debatiendo en los ámbitos financieros y bursátiles.</p> <p>3.2. Determinar los casos relevantes y decisiones adoptadas respecto a la figura de fiducia y formas de fiducia, valor probatorio del documento electrónico, prelación de embargos y regulación del consumidor financiero.</p> <p>3.3. Explicar las acciones y procedimientos en el marco de consumidor financiero.</p>

Mapa conceptual de la unidad 3



Al revisar la jurisprudencia emitida por la Superintendencia Financiera, indagando en la comunidad académica y con base en las conclusiones a las que se llegaron en el taller de identificación de necesidades, fueron escogidas algunas temáticas con la finalidad de ser abordadas en el presente Módulo, en razón a la imposibilidad de abordar la totalidad de casos que se puedan presentar ante la jurisdicción.

Las temáticas son en especial el leasing financiero, las acciones de protección al consumidor financiero en relación a incumplimientos contractuales en específico lo relacionado con los cobros no pactados, la reversión en el caso de pagos realizados por medios electrónicos, la responsabilidad por fraude bancario y algunos aspectos generales respecto a la negociabilidad de los cheques.

3.1 EL LEASING Y LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ESTE FRENTE A TERCEROS

De conformidad con el artículo 16 de la Ley 510 de 1999 que modificó el Estatuto Financiero, se les encomendó a las Compañías de Financiamiento Comercial la realización de operaciones de *leasing*.

El *leasing*, también conocido como el arrendamiento financiero, es una figura que reviste gran importancia en lo concerniente al financiamiento

de distintas operaciones toda vez que, en términos generales, permite que una entidad financiera adquiera, por instrucción del cliente, un bien con la finalidad de ser usado por él.

Ahora bien, a pesar que las compañías de financiamiento comercial pueden realizar operaciones de captación de dinero, “*(...) la adquisición de activos por parte de las compañías de financiamiento comercial para realizar operaciones de leasing operativo solo podrá financiarse con recursos patrimoniales (...)*”²¹⁶.

En términos sencillos la operación de leasing comporta el alquiler de equipos mobiliarios o inmuebles con la finalidad que después de un plazo pactado, se pueda ejercer o no la opción de compra por parte del cliente para adquirirlos, permitiendo además realizar ahorros en razón a la amortización contable del bien²¹⁷.

En consecuencia, en palabras del Consejo de Estado:

El contrato de leasing ha sido definido como un negocio jurídico en virtud del cual, una sociedad, autorizada por la ley para celebrar este tipo de negocios, le concede a otro la tenencia de un determinado bien mueble o inmueble, no consumible, ni fungible, por cuyo uso y disfrute la entidad contratante recibe un precio que sirve además para amortizar la inversión que en su momento se realizó para la adquisición del respectivo bien, con la particularidad de que al vencimiento del término de duración del contrato, el tomador o usuario, en principio obligado a restituir la cosa, podrá adquirir la propiedad de la misma, previo desembolso de una suma de dinero pactada con anterioridad, que en todo caso es inferior a su costo comercial²¹⁸.

En este sentido, el Contrato de leasing siendo un contrato atípico, tienen características especiales del Contrato de Arrendamiento, confluendo con el Contrato de Compraventa a través de la opción de compra, siendo además

216 Baena-Diego, Hoyos Walteros, Hernán y Ramírez Osorio, Jorge H. *El Sistema Financiero Colombiano*. Ecco Ediciones, Segunda edición, 2016.

217 Para profundidad del contrato de leasing y sus características ver Naturaleza Jurídica del Contrato de Leasing, Óscar García Vega, Tesis presentada como requisito parcial para optar el título de: Maestría en Derecho, Repositorio de tesis Universidad Santo Tomás, año 2014. Aspectos Generales del Leasing Financiero: Aproximación a un Problema Práctico, Hernando Larios Farak, Tesis presentada como requisito parcial para optar el título de: Maestría en Derecho, Repositorio de tesis Universidad Santo Tomás, año 2013.

218 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00108-01. Actor: Leasing Bolívar S.A., Demandado: Corporación Autónoma Regional del Tolima – Cortolima, Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho– Fallo de Segunda Instancia

una operación financiera en razón a que se realiza mediante un sujeto calificado quien financia la adquisición del activo, con la particularidad que la tenencia, uso, goce y explotación del bien está en cabeza del cliente, reservándose para la entidad financiera la propiedad del bien.

Dentro del *leasing* existen varias modalidades: a) el financiero o entrega de bienes, b) *back o retoleasing*, c) el inmobiliario o habitacional, d) el de infraestructura, e) el de importación, f) el *hatoleasing*, g) el *cross border leasing*, h) el sindicado, y i) el operativo o de prestación de servicios²¹⁹.

El *leasing* financiero, propiamente dicho, o de entrega de bienes responde a la concepción planteada y recogida por el Consejo de Estado respecto de la operación.

En este tipo de *leasing* es común que el arrendatario puede ejercer la opción de compra pagando entre el 0 al 10% del valor final del activo luego del vencimiento del plazo acordado, ofreciendo una opción distinta al crédito en donde la propiedad del bien queda en cabeza del cliente, quien asume tanto los costos como la depreciación del mismo²²⁰.

El *leasing* léase *back o retoleasing*, se entiende como un tipo de *leasing* en donde, con la finalidad de obtener liquidez dentro de una empresa, se transfiere la propiedad de un activo a una entidad financiera para que ella a su vez “lo entregue” a la empresa para que continúe con su explotación²²¹. Ofrece la gran ventaja de solucionar problemas de liquidez sin necesidad de privarse de los activos productivos claves para la ejecución de la actividad económica.

Por su parte, el *leasing* inmobiliario o habitacional es un contrato a través del cual las entidades del sector financiero financian un bien inmueble, específicamente, destinado para vivienda, en el cual, mediante el pago de un canon periódico durante un plazo mínimo de 10 años, permite que el “arrendatario” se constituya como dueño al ejercer la opción de compra (puede ser inclusive del 0% dependiendo de las características de la operación).

Este tipo de *leasing* está regulado en el Decreto 777 de 2003. “*Esta herramienta favorece a los colombianos que no tienen ahorro previo ni cuota inicial, a los que tengan expectativas de ingresos futuros superiores o*

219 Baena-Diego, Hoyos Walteros, Hernán y Ramírez Osorio, Jorge H. *El Sistema Financiero Colombiano*. Ecco Ediciones, Segunda edición, 2016.

220 Ibid.

221 Ibid.

capacidad de pago. Además el usuario puede optar por efectuar la operación en moneda legal o en unidades de valor real (UVR)’’²²².

En cuanto al *leasing de infraestructura* es una especie que aplica para grandes proyectos que demanden una inversión alta de capital como, por ejemplo, energía, agua potable y saneamiento básico. En consecuencia, se busca una financiación de largo plazo que se pague con los réditos generados por el proyecto²²³.

El *leasing de importación* se usa, como su nombre lo indica, para financiar importaciones de activos, mediando personal especializado que asesora en toda la operación, conservando el cliente las ventajas aduaneras que estén presentes.

El *hato leasing* busca liberar recursos de capital de trabajo e inversión acorde con el proceso productivo.

El *cross border leasing* es aquel en el cual la compañía y el locatario se encuentran en distintos países, por su parte, el sindicado es aquel en donde el sujeto activo es plural sean estos colombianos o extranjeros.

Finalmente, en el *leasing* operativo o de prestación de servicios es un tipo de negocio jurídico en el cual generalmente no se ejecuta la opción de compra en virtud de la depreciación, sino que funge como una financiación a la operación empresarial que realice el cliente frente a activos que pierden su valor rápidamente.

Atendiendo a las particularidades del contrato de *leasing*, existe en la actualidad un debate en razón a la responsabilidad derivada de los activos objetos del *leasing* cuando con ellos se le causa un perjuicio a un tercero. La jurisprudencia está encontrada.

Si bien la Corte Suprema de Justicia ha adoptado la teoría del guardián como elemento para la determinación de la responsabilidad por daños a terceros, el Consejo de Estado ha extendido la responsabilidad hasta el propietario, siendo esta la entidad financiera.

A saber, la Corte Suprema de Justicia consideró que:

(...) se erige como un contrato atípico, consensual, bilateral, de ejecución sucesiva, oneroso e incluso de adhesión, entre otras notas especiales; en

222 Ibid. p. 130

223 Ibid.

el que un establecimiento de crédito vigilado por el Estado (compañía leasing de financiamiento comercial), en razón de la solicitud de un cliente, adquiere un bien a nombre propio con el fin de financiar su uso y goce por dicho cliente, quien a su vez amortiza con pagos periódicos el precio del bien con la opción de poderlo adquirir al cabo del plazo del contrato²²⁴.

La propiedad y la custodia o guardia del bien son los elementos que la Corte Suprema considera como determinantes para adjudicar la consecuente responsabilidad frente a terceros, en este sentido:

La guarda, vale decir, el poder de mando sobre la cosa, que se materializa tanto en la capacidad de dirección, manejo y control, como cuando de ella se obtiene lucro o provecho económico, de la cual deriva la presunción de responsabilidad civil, puede ser material o jurídica, sin que resulte relevante si se es o no propietario del bien sobre el que aquella se ejerce²²⁵.

Por lo anterior, según la doctrina expuesta, es el guardián y no el propietario el que tiene que responder por los daños que se occasionen en razón a la utilización del bien objeto del leasing.

(...) el criterio dominante es que la referida especie de responsabilidad recae sobre quien al momento de ocurrir el daño tiene la condición de guardián del bien con el que se cumple aquella, calidad que se predica de la persona natural o jurídica que, sea o no su dueño, tiene potestad, uso, mando, control o aprovechamiento efectivo del instrumento generador del daño mediante el cual se realiza la actividad peligrosa y, si bien la categoría de guardián pueden ostentarla en forma concurrente aquellas personas que tengan la calidad de propietario, poseedor o tenedor del bien utilizado en la actividad peligrosa, en el asunto de la especie, es claro que uno era el propietario (leasing Bolívar) y otro el poseedor, según se ha dejado expuesto e incluso, reígrese, lo reconoció desde el principio la parte incidentante²²⁶.

Es decir, el Consejo de Estado ha expresado un criterio completamente distinto respecto a la determinación de la responsabilidad del daño:

224 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P., Ariel Salazar Ramírez, SC10199-2016, Radicación n° 11001-31-03-001-2009-00415-01, (Aprobado en sesión de diez de mayo de dos mil dieciséis), Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2016).

225 Ibid.

226 Ibid.

Ahora bien, el hecho de que en el contrato se suscribieran diversas cláusulas de responsabilidad a cargo del locatario, no implica que leasing Bolívar deba ser exonerado del trámite administrativo sancionatorio ambiental en calidad de propietario del bien usado para cometer la infracción, pues del propio contrato se lee que, en caso de incumplimiento de las cláusulas pactadas, de los que se derive un proceso de responsabilidad que involucre el bien o del que se derive algún tipo de indemnización o pago a cargo de la leasing, el locatario tiene la obligación de restituir dichos pagos al arrendador. Adicionalmente, en el contrato puede verse claramente que la sociedad leasing puede exigir al locatario la constitución de garantías para el efectivo cumplimiento de lo pactado²²⁷.

En relación con la providencia objeto de estudio, consideró la corporación que la simple titularidad sobre el bien objeto del contrato de leasing es suficiente para imputar responsabilidad e imponer sanciones:

(...) Sin embargo, Cortolima sí consideró que la actora es responsable porque su bien fue utilizado indiscriminadamente por Coinpav Ltda., para cometer la infracción ambiental. Para la Sala, no se configuró la aplicación indebida del artículo 40 de la Ley 1333 de 2009, habida cuenta de la existencia de una conducta constitutiva de daño ambiental, cuya consecuencia directa es la imposición de alguna de las sanciones que trae el artículo 40 en mención. Por todo lo anterior, la Sala considera que se debe confirmar la decisión del 16 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda²²⁸.

Además la aplicación de la teoría del guardián o no a los casos en concreto dependerá del criterio del juzgador, como estará sujeto a su discernimiento el extender la responsabilidad a los propietarios de la cosa.

227 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00108-01. Actor: Leasing Bolívar S.A., Demandado: Corporación Autónoma Regional del Tolima – Cortolima, Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho– Fallo de Segunda Instancia.

228 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00108-01. Actor: Leasing Bolívar S.A., Demandado: Corporación Autónoma Regional del Tolima – Cortolima, Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho– Fallo de Segunda Instancia

3.2 CONSUMIDOR FINANCIERO: COBROS NO PACTADOS, TARJETAS DE CRÉDITO Y REVERSIÓN, Y RESPONSABILIDAD POR FRAUDE BANCARIO, PRELACIÓN DE EMBARGOS

Respecto a los casos específicos que está conociendo la jurisdicción es relevante en primera medida aclarar que de conformidad con el Estatuto de Consumidor, Ley 1480 de 2011, se le otorgaron facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera para conocer sobre los casos y las acciones respecto a las violaciones que realicen las entidades del sector financiero²²⁹.

De igual forma, detenta facultades de policía administrativa por medio de las cuales puede imponer sanciones a través del procedimiento administrativo propio para el efecto (CPACA).

En consecuencia, comparte competencia como si fueran Jueces Civiles del Circuito (por lo que cuando actúan en dicha condición, su superior jerárquico es el Tribunal Superior Correspondiente), respecto de las materias objeto de su competencia y frente a las entidades sujetas a su inspección, vigilancia y control.

En consecuencia, dicha Superintendencia está facultada para conocer de cualquier conflicto contractual que se pueda suscitar en razón a las distintas operaciones que realice tanto el sector financiero como el bursátil con los usuarios del sistema, excluyéndose las competencias de los procesos ejecutivos y laborales que son exclusividad de la rama jurisdiccional.

Cabe anotar que de conformidad con el artículo 2º del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011)

229 Artículo 57. Atribución de Facultades Jurisdiccionales a la Superintendencia Financiera de Colombia.

En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.

En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público. La Superintendencia Financiera de Colombia no podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo. Tampoco podrán ser sometidas a su competencia acciones de carácter laboral. Los asuntos a los que se refiere el presente artículo se tramitarán por el procedimiento al que se refiere el artículo 58 de la presente ley.

Parágrafo. Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y autonomía en el ejercicio de dichas competencias, la Superintendencia Financiera de Colombia ajustará su estructura a efectos de garantizar que el área encargada de asumir las funciones jurisdiccionales asignadas por la presente ley cuente con la debida independencia frente a las demás áreas encargadas del ejercicio de las funciones de supervisión e instrucción.

Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta ley.

Por ello, a lo no regulado en leyes especiales, les será aplicable lo dispuesto en dicho estatuto, inclusive para las relaciones que surjan dentro del sector financiero y bursátil. Esta disposición es de especial importancia, como norma residual, para que dentro de las competencias compartidas entre los jueces del circuito y la Superintendencia Financiera, se llenen los vacíos a los que haya lugar.

a) Casos respecto a las órdenes impartidas y perfil de riesgo

Es de la esencia del contrato de comisión respecto de los contratos aplicables a la actividad bursátil que las inversiones se realicen con base en las instrucciones realizadas por el inversionista. El incumplimiento de dicha carga puede repercutir en responsabilidades para el intermediario. Lo anterior fue objeto de revisión por parte de la Superintendencia Financiera en el proceso 2014083675 - 2014-0964 del 2 de septiembre de 2015.

En este sentido, teniendo en cuenta que la operación bursátil depende precisamente de las calidades especiales que tengan los inversionistas y su nivel de entendimiento de las operaciones, depende del perfil de riesgo del inversionista y la información otorgada, la responsabilidad del intermediario. De igual forma, las relaciones cercanas entre los inversionistas y los intermediarios son óbice para determinar la relación y las características de la inversión. En consecuencia, decidió en su momento:

A pesar de encontrarse probado el incumplimiento de la comisionista por no contar con todas y cada una de las órdenes impartidas de manera completa y previa a la celebración de operaciones objetadas, se deniegan las pretensiones de la demanda, toda vez que el conocimiento y la experiencia del cliente, su perfil agresivo de inversión, la regularidad con que impartió autorizaciones en el periodo anterior al reclamado, el recibo de las papeletas y los extractos que soportaban las operaciones, la suscripción del contrato de financiación de valores, su presencia permanente en la sede de la comisionista y su comportamiento posterior, llevaron a concluir que las operaciones si fueron autorizadas²³⁰.

230 <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/administracion-de-valores-10086081>

El actuar de las partes dentro de la relación contractual, bajo el entendido que el contrato se despliega en virtud de las normas comerciales²³¹, implica un análisis de la profesionalidad sobre la forma en que se desarrolló la operación teniendo como base las características particulares del inversionista, siendo criterio eximiente de responsabilidad el del buen hombre de negocios.

En consecuencia, y en vista de un perjuicio en razón a un actuar indebido por parte del comisionista o que no haya seguido las instrucciones, es necesario demostrar, con la finalidad de obtener una indemnización, el nexo causal entre el perjuicio causado y el actuar de las partes, toda vez que existe un riesgo inherente del mercado que no puede ser delegable al intermediario²³².

b) Contrato de apertura de crédito

En sentencia proferida en el marco del proceso 2017123944 - 2017-2089 del 15 de mayo de 2018²³³, la Superintendencia reconoció como práctica abusiva prohibida por el ordenamiento jurídico el hecho de realizar cobros no pactados cuando estos no fueron correctamente informados previamente a los usuarios en los términos de la Ley 1328 de 2009.

Se proscribe también tanto la venta atada de los productos (como práctica de posición dominante - obligar a adquirir otro producto en virtud de la adquisición de uno) como los pagos adicionales y obligatorios atados al crédito, sin que haya mediado expresa voluntad del consumidor financiero, como por ejemplo las primas de seguros, comisiones y garantías.

En lo relacionado con las Tarjetas de Crédito, las cuales obedecen a un Contrato de Apertura de Crédito, es necesario hacer mención al Decreto 587 del 11 de abril de 2016. En este decreto se reglamentó específicamente lo correspondiente a la reversión como mecanismo para la protección del consumidor financiero cuando el medio de pago fuese electrónico.

En consecuencia y de conformidad con la normatividad en comento:

231 Como lo consideró la Superintendencia Financiera en el marco del proceso 2014024835 - 2014-0216 del 5 de junio de 2015 “El contrato de administración de valores es un típico mandato comercial, en virtud del cual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1262 del Código de Comercio, se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, esto es una sociedad comisionista de bolsa, autorizada e inscrita como tal para cumplir funciones de intermediación dentro del mercado público de valores y sometida a la vigilancia y supervisión de la Superintendencia Financiera de Colombia, la ejecución de uno o varios negocios en nombre propio pero por cuenta ajena”. <https://www.superfinanciera.gov.co/ultimo/administracion-de-valores-10086081>.

232 Proceso 2014024835 - 2014-0216 del 5 de junio de 2015 <https://www.superfinanciera.gov.co/ultimo/administracion-de-valores-10086081>

233 Disponible en <https://www.superfinanciera.gov.co/ultimo/contrato-de-apertura-de-credito-10086820>

Artículo 2.2.2.51.2. Reversión del pago en la venta de productos. Cuando la adquisición de productos se realice mediante mecanismos de comercio electrónico tales como internet, PSE, Call Center o cualquier otro mecanismo de televenta o tienda virtual, y se haya utilizado para realizar el pago una tarjeta de crédito, débito o cualquier otro instrumento de pago electrónico, los participantes del proceso de pago deberán reversar los pagos que solicite el consumidor en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando el consumidor sea objeto de fraude.
2. Cuando corresponda a una operación no solicitada.
3. Cuando el producto adquirido no sea recibido.
4. Cuando el producto entregado no corresponda a lo solicitado, no cumpla con las Características inherentes o las atribuidas por la información que se suministre sobre él.
5. Cuando el producto entregado se encuentre defectuoso.

Lo anterior, procede en virtud de una queja presentada al proveedor, que no puede realizarse con más de cinco días hábiles siguientes a que el consumidor tuvo conocimiento de la causal que justifica la reversión, indicando el lugar en que el bien va a estar a disposición del proveedor para que lo recoja. Para su procedencia la queja tiene que contener los requisitos contenidos en el artículo 2.2.2.51.5 de la norma en comento.

En este sentido, la Superintendencia en sentencia proferida dentro del proceso 2017087440 - 2017-1406 del 15 de marzo de 2018, consideró que, en presencia de compras no reconocidas, la reversión es el método de solución cuando fueron cargadas a las tarjetas de crédito.

Entonces, cuando se realiza la reversión por dicha causal, no es posible hacer una imputación del monto a las deudas más antiguas, sino que se tiene que hacer directamente a la compra objeto de la reversión. Lo anterior porque si se aplica a la deuda en común (al monto total adeudado) se van a generar intereses que no tienen por qué ser soportados por el consumidor²³⁴. Ahora bien, si los dineros objeto de la venta son devueltos directamente por el proveedor, es obligación del cliente entregárselos a la entidad financiera luego de realizada la reversión²³⁵.

234 Ibíd.

235 Sentencia proceso 2017-0940 – 2017062237 del 2 de marzo de 2018 Disponible en <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/contrato-de-apertura-de-credito-10086820>

Respecto al fraude financiero, existe una carga mutua probatoria para asignar la responsabilidad. En este sentido en sentencia proferida en el marco del proceso 2016128574 - 2016-2420 del 31 de mayo de 2017, fue considerado que no solo las entidades financieras tienen que demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, sino que el consumidor debe realizarlo de igual forma. En consecuencia, el usuario debe acoger las recomendaciones de seguridad dadas por la entidad con la finalidad que sea esta y no aquel quien asuma los perjuicios por el fraude causado.

En esta misma línea, en fallo dentro del proceso 2014108480 - 2014-1376 del 11 de noviembre de 2016, la Superintendencia aclaró que es una carga del consumidor financiero el dar aviso de manera inmediata a la entidad cuando tenga una pérdida de los instrumentos transaccionales y el documento de identidad. En consecuencia, se concreta la obligación de custodia que tienen los consumidores en razón a los productos que se les han otorgado.

c) Penalidad por pago anticipado

En sentencia dentro del proceso 2016127426 - 2016-2395 del 28 de septiembre de 2017 y siguiendo la línea que para el efecto dictó la Corte Constitucional, la Superintendencia reconoció que no era procedente el cobro de penalidades por pagos anticipados en virtud de la Ley 1555 de 2012, provisión que es aplicable a cualquier tipo de operación de crédito, como por ejemplo la que se da en los contratos de leasing.

En consecuencia, si la entidad no realiza la imputación correcta del pago, le cabe responsabilidad, como en el caso en comento, en donde se imputaron los dineros a cuotas futuras y no al capital adeudado²³⁶.

d) Cheques

La restricción de la negociabilidad de estos títulos valores fue objeto de análisis en sentencia proferida en el marco del proceso 2017121082 - 2017-2050 del 24 de mayo de 2018:

La negociabilidad de los cheques podrá limitarse insertando en ellos una cláusula que así lo indique, los cuales solo podrán cobrarse por conducto de un banco. Cuando se incluya la leyenda de “consígnese únicamente en la cuenta del primer beneficiario”, solo podrá cobrarse el cheque mediante consignación en cuenta de quien al tenor literal del cartular funja como primer beneficiario y mediante un proceso de canje. De igual

236 Disponible en <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/contrato-de-leasing-10086082>

manera el banco que reciba en consignación el cheque deberá insertar sello informando al banco librado de que le cheque fue consignado en cuenta del primer beneficiario²³⁷.

En el caso en concreto se verificó que el banco realizó la imputación del cheque en forma indebida, por lo que tiene que responder por su error.

3.3 ASPECTOS PROCEDIMENTALES RESPECTO A LAS ACCIONES POR CONSUMIDOR FINANCIERO

En primera medida cabe aclarar que la acción de Protección al Consumidor es un mecanismo jurisdiccional de competencia de los Jueces Civiles y Comerciales, la Superintendencia Financiera y la Superintendencia de Industria y Comercio, dependiendo de sus facultades, para que se decida acerca de las protestas que puedan tener los consumidores en relación con sus derechos, cuando se pretende además una indemnización de perjuicios.

En ese sentido, son los competentes para salvaguardar las materias contenidas tanto en el estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011) y la Ley 1328 de 2009, incluyendo materias como la Publicidad Engañosa, Responsabilidad por Producto Defectuoso, Garantías y la Protección Contractual²³⁸.

Respecto a los aspectos procedimentales es menester aclarar que de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, inciso final, se estipula que estas acciones se tramitan por el Proceso Verbal Sumario de conformidad con los artículos 390 y subsiguientes del Código General del Proceso, sujeto a unas reglas especiales consagradas en el artículo 58 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011).

Respecto al régimen sancionatorio, se tramita de conformidad a lo reglamentado respecto de estos procesos en el Derecho Administrativo (CPACA) siendo un proceso administrativo. Es menester mencionar que en virtud de la Ley 1328 de 2009:

Artículo 21. Régimen Sancionatorio. El incumplimiento de las normas previstas en el presente Título, incluidas las obligaciones a cargo del Defensor del consumidor financiero y de las entidades vigiladas para con él, así como las demás disposiciones vigentes en materia de protección al consumidor financiero será sancionado por la Superintendencia Financiera de Colombia en la forma prevista en la Parte Séptima del

237 Disponible en <https://www.superfinanciera.gov.co/publicacion/10098350>

238 Andrés Pérez, lunes, 3 de septiembre de 2012. Disponible en <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-accion-de-proteccion-al-consumidor-2019691>

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 53 de la Ley 964 de 2005 y demás normas que los modifiquen o sustituyan.

Finalmente, estas competencias fueron reconocidas como válidas por la Corte Constitucional al considerar que:

La actividad financiera y cualquiera otra relacionada con la captación de recursos de los inversionistas o ahorradores, está subordinada a un régimen estricto de intervención del Estado, en cabeza de entidades técnicas como la Superintendencia Financiera –antes Bancaria–, la cual en ejercicio de las funciones de policía administrativa, debe constantemente garantizar la confianza pública en su sistema de prestación de servicios. Así, la potestad sancionatoria de la Superintendencia Financiera –antes Bancaria– es manifestación de las funciones de policía administrativa para la preservación del orden público económico, y son expresión del control estatal reforzado exigido a la actividad económica por la Constitución²³⁹.

Respecto a la interacción de embargo y extinción de dominio es pertinente citar lo siguiente:

En este orden de ideas, al ser los menores L.M.V.O. y L.Y.V.C. beneficiarios del patrimonio de familia inembargable constituido sobre el bien inmueble con matrícula 420-74794 como limitación a su dominio, pueden intervenir en el trámite de la acción de extinción de dominio en calidad de afectados, puesto que la Ley 1708 de 2014 reconoce esa potestad a: “(...) toda persona natural o jurídica, que alegue ser titular de derechos sobre alguno de los bienes que sean objeto de la acción (...) 1. En el caso de los bienes corporales, muebles o inmuebles, se considera afectada toda persona, natural o jurídica, que alegue tener un derecho real sobre los bienes objeto de la acción de extinción de dominio.

(...)

Lo anterior implica que como afectados tienen los derechos que les son reconocidos por el artículo 13 de la Ley 1708 de 2014 y aunque el decreto de las medidas cautelares de embargo y secuestro no es susceptible de recursos, sí es posible solicitar el control de legalidad de la misma ante el juez competente, en los términos establecidos por los artículos 111 y siguientes de la normatividad precitada²⁴⁰.

239 Sentencia SU-447/11, Corte Constitucional, M. P., Mauricio González Cuervo.

240 Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas, Id: 528875, M. Ponente: José Luis Barceló Camacho, Proceso: T 90218, Providencia: STP2507-2017, Procedencia: Tribunal Superior Sala Penal de Florencia,

En consecuencia la defensa de los derechos así como los procesos de embargo serán objeto de la controversia penal y definidos por el juez de la causa partiendo del principio general de protección a terceros de buena fe.

Autoevaluación

Proceder a la resolución de los casos que se plantean a continuación con base en la jurisprudencia y doctrina citada.

Ap	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p>Realice una lectura cuidadosa de las sentencias contenidas en la bibliografía, En razón a esta lectura ejecute las siguientes actividades:</p> <p>Realice un cuadro comparativo de las especificidades que tiene el artículo 58 del estatuto del consumidor frente a los artículos 390 y subsiguientes del Código General del Proceso.</p> <p>Partiendo de la definición de consumidor financiero y consumidor, realice un cuadro comparativo de los derechos y obligaciones que cada uno de ellos tiene.</p> <p>Describa una situación fáctica personal que haya conocido que se relacione con las temáticas contenidas en el estatuto del consumidor y Ley 1328 de 2009.</p>
----	---

CASOS DE AUTOEVALUACIÓN

Con base en el Manual de autores de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, para la resolución de cada uno de los casos planteados, aplique el siguiente formato:

FICHA TÉCNICA PARA EL ESTUDIO DE CASOS PROPUESTA POR LA EJRLB	
TEMA: Asunto o materia que se va a tratar en la mesa de estudio/trabajo o conversatorio	
Situación fáctica: Descripción de los hechos relevantes que generan la necesidad de aplicar la norma.	
Problema jurídico: Enunciado que plantea la cuestión que se trata de aclarar. Por ejemplo, en la discusión sobre la imputación, usted puede plantear: <i>¿La imputación debe ser meramente fáctica o si ella necesariamente debe ser jurídica?</i>	
Tesis 1 (respuesta 1 o conclusión 1): La tesis es la conclusión o proposición que se mantiene con base en razonamientos o argumentos. Usted debe indicar de manera sucinta la tesis con la que pretende dar respuesta al problema jurídico planteado.	Tesis 2 (respuesta 2 o conclusión 2): Indica una segunda tesis para dar respuesta al problema jurídico planteado.
Premisa: Un argumento es un sistema de proposiciones que pretender apoyar o fundamentar una tesis. Es una estructura compuesta de premisas y conclusión. Ejemplo: Premisa: Si la acción no estaba autorizada, conclusión: entonces es ilegal. Usted debe consignar aquí sus argumentos.	Premisas: En este apartado Usted debe consignar los argumentos de la segunda tesis.
Información adicional: Para la construcción de sus argumentaciones tenga en cuenta, la Constitución, Tratados Internacionales, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, y los Principios Generales del Derecho.	

CASOS PRÁCTICOS DE ANÁLISIS DE MATERIAS FINANCIERA Y BURSÁTIL Y ASPECTOS PROCEDIMENTALES RESPECTO A LAS ACCIONES DEL CONSUMIDOR FINANCIERO

FICHA DE EVALUACIÓN					
Expositores o Expositoras:	1. 2. 3.			Fecha:	
				Aprobado:	SÍ
					NO
Indicadores	Sí	No	Indicadores	Sí	No
Reseña Fáctica adecuada:			Exposición de al menos un contraargumento:		
Desarrollo de las posturas esgrimidas por las partes:			Premisa normativa: Se considera plausible si analizaron el bloque de constitucionalidad.		
Delimitación del problema jurídico:			Premisa fáctica: Hizo alusión a las perspectivas de género en la resolución del caso		
Exposición de la tesis:			Adoptó una decisión judicial:		
Exposición del argumento central:			Cumplió el tiempo:		
Exposición de al menos tres subargumentos:			La exposición fue oral: No leyó de copias o diapositivas del desarrollo del caso.		
EVALUACIÓN SALVAMENTO O ACLARACIÓN DE VOTO					
Indicadores	Sí	No	Indicadores	Sí	No
Exposición de la razón para separarse del fallo mayoritario			Contraargumenta la decisión mayoritaria		
Expone al menos un argumento principal			Cumplió el tiempo		
Expone al menos tres subargumentos:			La exposición fue oral		
DATOS EVALUADOR					
Nombre del Formador(a):			Cargo:		
Firma:					

CASO 1

En la ciudad de Leticia (Amazonas) la Sociedad “Drogería La Fortuna S.A.S” realiza su actividad económica de comercialización al detal de medicamentos farmacéuticos. Dentro de sus accionistas se encuentran personas de múltiples orígenes y calidades.

La sociedad cuenta con un amplio portafolio de servicios financieros entre los que se destacan créditos hipotecarios sobre algunos de los locales en donde realiza su actividad comercial, cuentas de ahorro y corrientes para los manejos de las finanzas de la sociedad, y créditos de inversión que utilizan precisamente para el desarrollo del objeto social.

Ahora bien, uno de los accionistas de la sociedad realizaba negocios de dudosa procedencia, por lo que la sociedad “Drogería La Fortuna S.A.S”, en un acto unilateral realizado por el Gobierno de los Estados Unidos de América, fue incluida en una lista negra dentro del sector financiero.

Por lo anterior, las distintas entidades del sector financiero decidieron de manera unilateral y amparándose en el principio de la autonomía de la voluntad privada, dan por terminados todos los contratos que sostenían con la sociedad, sin que mediara previo aviso. Por lo anterior, la sociedad se encuentra en una situación de imposibilidad de acceder a recursos necesarios para adelantar su actividad comercial.

Preguntas indicativas

1. ¿Es procedente la terminación unilateral de los contratos financieros por parte de las entidades del sistema?
2. ¿Qué acciones tanto legales como constitucionales tiene la sociedad para oponerse al bloqueo que tiene dentro del Sistema Financiero?
3. Siendo la operación de los bancos y demás entidades del sector financiero una actividad de interés público, ¿les es dado el ejercicio unilateral de dicha prerrogativa en las condiciones enunciadas?
4. ¿Existe una relación de los hechos del caso con la vulneración al Derecho al Buen Nombre comercial o afectación al *good will*?
5. ¿Cambiaría la situación si el accionista no estuviese inscrito en dicha lista negra?

CASO 2

Con la finalidad de determinar el riesgo financiero que pueden implicar para las entidades financieras tanto las personas naturales como las jurídicas demandantes de liquidez y de recursos captados del público, se crearon unas instituciones con la finalidad de manejar y recaudar la información financiera de dichas personas. El riesgo crediticio, base del Sistema Financiero y de la estabilidad del sistema en su conjunto se calcula de acuerdo con los impagos que realicen dichas personas.

Alberto Peñanueva, comerciante de profesión, sacó un crédito de libre inversión el día 12 de julio de 2005, con la finalidad de obtener los recursos necesarios para adelantar su actividad comercial. Sin embargo, en razón a una serie de eventualidades económicas, le fue imposible cancelar la totalidad del crédito que había solicitado por lo que fue reportado a las Centrales de Riesgo con una calificación negativa.

A pesar de que, no se iniciaron las acciones civiles ni comerciales que tenían las entidades del sector financiero para lograr el pago de las acreencias nacidas en el crédito mencionado; el señor Peñanueva, queriendo reactivar su negocio, solicitó en el mes de febrero de 2018 un crédito. Sin embargo, se encontró con que el reporte negativo continuaba dentro de las Centrales de Riesgo por lo que le fue negado el préstamo solicitado, adicionalmente, se percató de que existía información privada que le pertenecía, como el divorcio que había realizado años antes y algunas de sus preferencias íntimas que apoyaban el reporte negativo.

Preguntas indicativas

1. ¿Puede el señor Peñanueva solicitar que se le retire de las Centrales de Riesgo?
2. ¿Pueden las Centrales de Riesgo incluir en sus bases de datos información personal de las personas tanto naturales como jurídicas?
3. ¿Existe un término máximo de caducidad de los reportes en las Centrales de Riesgo?
4. ¿Existe alguna diferencia en el tratamiento de los reportes cuando la persona ha realizado el reporte o no?

CASO 3

La señora Antonia del Perpetuo Socorro Góngora, abogada de profesión, se encontraba cruzando la carrera 10 con 14 con la finalidad de ir a revisar unos procesos que estaba adelantando en la jurisdicción civil, cuando se percató de que su billetera había sido extraída de su bolso momentos antes de arribar al edificio de los juzgados. Muy contrariada procede a elevar la denuncia pertinente y realizar los trámites conducentes para la obtener copias de sus documentos.

A los cuatro (4) meses del hurto del que fue víctima, llega a su apartamento una factura de cobro por la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000), en virtud de una tarjeta de crédito, supuestamente, a su nombre, tramitada ante el banco WBZ, en donde además del capital mencionado, se le cobraban intereses de mora y se le informaba si no realizaba el pago inmediato se iba a enviar a las Centrales de Riesgo el reporte negativo.

Ella presenta ante el banco Derecho de Petición solicitando se aclare la situación, aportando la denuncia presentada. El banco responde negativamente su solicitud, afirmando que ella es la responsable dentro del contrato de apertura de crédito representado en la tarjeta, ya que, según ellos, le fue remitida, e inicia el proceso ejecutivo correspondiente para lograr la cancelación de los dineros adeudados.

Adicionalmente, en virtud del reporte negativo, le fue negado un crédito de vivienda que la señora Góngora estaba tramitando con el banco de Francia S.A., así como el acceso a los demás servicios financieros que tenía.

Preguntas indicativas

1. ¿Puede el banco cobrar las acreencias por la tarjeta de crédito a la señora Góngora?
2. ¿Tiene la afectada, derecho a la rectificación de la información negativa que obra en las entidades de riesgo crediticio?
3. ¿Será procedente la acción ejecutiva para cobrar las acreencias dentro de las circunstancias descritas?
4. ¿Qué acciones tanto civiles como legales tiene la señora Antonia para hacer valer sus derechos?
5. ¿Tiene el banco WBZ que asumir algún tipo de suma?

CASO 4

Al pasar por la calle 59 con séptima los señores Antonio Valbuena y Felipe Gómez observaron que se estaba desarrollando un proyecto inmobiliario por Constructura El Edificio del Futuro S.A.S, en compañía con la Fiduciaria de Panamá S.A.

Con la intención de vincularse y conocer el proyecto, identificaron que se trataba de un negocio inmobiliario denominado P.H. 13 Apartamentos, el cual estaba siendo administrado por un patrimonio autónomo de la Fiduciaria de Panamá S.A.

El día 7 de septiembre de 2011, los señores mencionados se acercaron a las oficinas de promoción del negocio de Constructura El Edificio del Futuro S.A.S, con el fin de conocer los pormenores del mismo.

En dicha fecha, mis representados fueron atendidos por la señora Camila Triviño, asesora comercial, quien les informó que el proyecto iniciaba obra a más tardar en febrero de 2012.

En razón a la información suministrada, mis representados los señores Antonio y Felipe, manifestaron su intención de ingresar en el proyecto como beneficiarios de área, y procedieron a separar tres (3) apartamentos correspondientes a las unidades inmobiliarias 713, 714, 715, para lo cual cancelaron la suma de cinco millones de pesos (\$5.000.000) por cada uno, mediante cheque.

La separación de los apartamentos se llevó a cabo con la asesora Camila Triviño, mediante unos formatos suscritos por el proyecto P.H 13 Apartamentos, en los cuales se describían las áreas inmobiliarias de la siguiente manera:

Apartamento	Área privada	Garaje Depósito		Valor
713	31.26	Sí	No	\$136.975.880
714	35.64	Sí	No	\$152.346.464
715	37.12	Sí	No	\$157.966.912

Como se puede observar en el cuadro anterior, desde el inicio de la negociación se establecieron áreas privadas.

El día 28 de septiembre de 2011 las partes suscribieron Carta de instrucciones y designación de beneficiarios de área cuyo objeto eran las unidades inmobiliarias 713, 714 y 715 incluyendo las mismas las áreas privadas descritas en los formatos mencionados en el numeral anterior y

los garajes respectivos. Cabe anotar que conforme a las consideraciones y el clausulado consignado en las cartas de instrucciones y designación de beneficiarios de área, estos acuerdos constituyen un acuerdo de voluntades generador de obligaciones.

En la cláusula octava de la carta de instrucciones y designación de Beneficiarios de área se acordó por las partes que “El monto total de los recursos que deberán ser entregados por el (los) beneficiario(s) de área, con la finalidad de obtener el beneficio representado en la unidad inmobiliaria establecida en el Anexo No. 1 de este documento, (...)”. En consecuencia, se estableció entre las partes una obligación expresa y clara, consistente en la entrega del beneficio (la unidad inmobiliaria) acordando a cambio de unas sumas de dinero.

Al ver que la obra no se había iniciado a pesar de haberse cumplido la fecha anunciada por la asesora, Felipe y Antonio decidieron posponer el pago de las cuotas acordadas en ejercicio de los derechos contenidos en el artículo 1609 del Código Civil.

La situación descrita en el numeral anterior fue aceptada por Constructura El Edificio del Futuro S.A.S, quienes reconocieron su incapacidad para dar cumplimiento a lo pactado en las fechas acordadas. Es decir, asumieron dicha mora aceptando el hecho de que su proyecto iba a demorarse más tiempo de lo presupuestado en poder alcanzar el punto de equilibrio necesario para la realización de la obra.

Luego de más de siete (7) meses de demoras, Constructura El Edificio del Futuro S.A.S pudo finalmente alcanzar el punto de equilibrio necesario para iniciar la obra, razón por la cual se comunicaron con mis representados el primero de octubre de 2012, por intermedio de su gerente comercial Camila Triviño, con el fin de enviarles un nuevo acuerdo de pago y proseguir con la relación contractual.

Como consecuencia de los pagos realizados en virtud del contrato, las partes estuvieron de acuerdo en que la suma faltante ascendía a veintinueve millones novecientos ochenta y dos mil novecientos pesos (\$29.982.900), la cual fue cancelada de la siguiente manera:

Octubre 10 2012:	17.500.000
Octubre 11 2012:	8.482.900
Octubre 19 2012:	4.000.000

Simultáneamente con el acuerdo de pago, Antonio y Felipe notificaron por escrito (correo electrónico) a Camila Triviño, asesora de Constructura El Edificio del Futuro S.A.S, que cederían los contratos que los acreditaban como beneficiarios de área (las cartas de instrucciones y designación de beneficiarios de área), a la empresa A y F S.A.S.

La asesora envió el modelo que se debía llenar para dejar soporte documental de la respectiva cesión. Dicho soporte documental de la cesión fue debidamente radicado en las oficinas de Constructura El Edificio del Futuro S.A.S y aceptado.

El 6 de noviembre, luego de la cesión de los contratos, mediante oficio suscrito por la asesora de proyecto Carolina Ramos se enviaron a las oficinas de Antonio y Felipe, las nuevas cartas de designación de beneficiario de área para el proyecto FLATS 759 a nombre de la empresa A y F S.A.S., la cesionaria de las unidades inmobiliarias 713, 714 y 715.

Con sorpresa Antonio y Felipe observaron que Constructura El Edificio del Futuro S.A.S había reducido las áreas privadas de las unidades habitacionales de forma unilateral y arbitraria, puesto que establecían entre otras cosas, lo siguiente:

Apartamento	Área privada de la carta de designación
713	26.12
714	31.81
715	32.46

Lo anterior deja graves inconsistencias en el negocio, puesto que irregularmente Constructura El Edificio del Futuro S.A.S en compañía con la Fiduciaria de Panamá S.A., redujeron los metrajes acordados y sobre los cuales existían derechos adquiridos, generando lo siguiente:

Apartamento	Área privada inicial	Área privada de la nueva diferencia	
713	31.26	26.12	5.14
714	5.64	31.81	3.83
715	37.12	32.46	4.66

Como consecuencia de la disparidad en el metraje consignado en ambos documentos, Antonio y Felipe decidieron no suscribir las nuevas cartas de designación de beneficiario de área para el proyecto.

Sorpresivamente, el día 14 de noviembre de 2012, aun cuando se habían redactado y enviado las nuevas cartas de designación de beneficiario de

área para el proyecto, Constructura El Edificio del Futuro S.A.S, actuando unilateralmente enviaron comunicaciones a Felipe y Antonio, *dando por terminado el contrato, argumentando en un supuesto incumplimiento* en el pago de las cuotas mensuales pactadas en el cronograma de abonos.

Adicionalmente, en las comunicaciones del 14 de noviembre se informó que se iba a descontar la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000) por apartamento de los saldos a devolver, con base en la cláusula sexta de la carta de instrucciones y designación de beneficiarios de área.

El 23 de abril de 2013, por medio de la señora Laura Benavidez se solicitó la constructora, cotización a la fecha del apartamento 714. Quien contestó:

“Buenos días,

Envió cotización del proyecto

Apartamento 714

Tipo 3

Área 35.74 m²

Valor del apartamento: \$150.108.000

Opción del parqueaderos

1. Parqueadero 1 descubierto \$15.000.000

2. Parqueaderos en servidumbre \$ 35.000.000” (Prueba 11)

Preguntas indicativas

¿Existe un incumplimiento contractual?

¿Qué papel desempeña la Fiduciaria en los proyectos de construcción?

¿Puede la constructora y/o la fiduciaria terminar el contrato unilateralmente como efectivamente se realizó?

CASO 5

La señora Vilma Marín, el día 8 de enero de 2010, desea obtener un crédito hipotecario con la finalidad de comprar la casa de sus sueños. En consecuencia, acude a las oficinas del Banco Alemán para solicitar un préstamo con esa finalidad.

El banco realiza el desembolso del dinero de cuatrocientos cincuenta millones de pesos (\$450'000.000), el día 19 de enero de 2010, mediante contrato sobre el cual no puede la señora Marín negociar las cláusulas, disponiendo en el mismo cláusulas de terminación anticipada, interpretación unilateral y declaratorias unilaterales de incumplimiento entre otras.

La fortuna le sonríe a la señora Marín por lo que luego de comprar un billete de lotería, logra obtener el premio mayor, ganando la suma de seiscientos millones de pesos (\$600'000.000). Muy contenta y agradecida con la vida, consciente de su deuda, acude de nuevo a las oficinas del Banco Alemán y paga la suma de trescientos millones de pesos (\$300'000.000) como pago anticipado a su deuda, el día 18 de agosto de 2014.

Sin embargo, el Banco en ejercicio de las potestades contractuales de interpretación unilateral y con base en el artículo 2229 del Código Civil, decide imputar dicho abono no al capital adeudado sino a las cuotas futuras por pagar y además le descuenta del abono la suma de quince millones de pesos (\$15'000.000) en razón a la penalidad pactada por el pago anticipado de su deuda. Adicionalmente, en el extracto mensual se siguen causando los mismos intereses que venía cobrándole.

Preguntas indicativas

1. ¿Puede el banco en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada establecer dentro del contrato las cláusulas contractuales descritas?
2. ¿Qué se entiende por posición dominante contractual?
3. ¿El banco aplicó correctamente la amortización del crédito como pago anticipado?
4. ¿Puede ser considerada la señora Marín como consumidora?

CASO 6

El señor Jorge González, ganadero de profesión, leyendo los antecedentes de la banca y en virtud del desprestigio que él considera que tiene el sistema por la crisis financiera que sucedió en el 2008, quiere brindar a sus coterráneos del municipio de Paz de Ariporo, un mecanismo de acceso al financiamientos de los distintos negocios.

Para ello, crea la sociedad González y Amigos sociedad en comandita, en donde él es el socio gestor y sus amigos son los socios comanditarios, con un capital total de nueve millones de pesos (\$9.000.000). Aprendiendo de sus ancestros judíos, abre un establecimiento de comercio en la plaza

central y ubicando una serie de bancas en el mismo, recibe una serie de aportes de las personas que como conocen al señor González, confían que va a cuidar su plata y darle el mejor destino posible, teniendo en cuenta que es un comerciante muy reconocido en la zona y posee múltiples cabezas de ganado que garantizan la operación.

Gracias a una excelente estrategia de mercadeo, el señor González logra posicionar su negocio, recibiendo dineros de más de sesenta (60) personas, y realiza préstamos a personas con bajos ingresos a la módica tasa de interés del seis por ciento (6%) mensual. De igual forma, de los dineros recibidos, él realiza préstamos del ochenta y nueve por ciento (89%) de los recursos, siendo una empresa muy próspera.

Preguntas indicativas

1. ¿Puede el señor González adelantar la actividad económica descrita con base en el derecho a la libertad de empresa consagrado en el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia?

2. ¿Existe algún tipo de riesgo financiero presente en la operación descrita?

3. ¿Qué normatividad estaría protegiendo los intereses de las personas cuya confianza está depositada sobre el señor González?

4. ¿Estuvo correctamente creada la sociedad para el ejercicio de la actividad que se está realizando?

CASO 7

El señor Alexander Cifuentes desea adquirir un crédito para inversión en su negocio de prendas de vestir. Sin embargo, no cuenta con la solvencia suficiente que le permita tener una correcta calificación del riesgo crediticio. Por lo anterior, acude a una entidad financiera con la finalidad de obtener en financiamiento de una maquinaria necesaria para la elaboración de las prendas, quien a través de un leasing financiero va a adquirir la maquinaria entregándole el aprovechamiento del señor Cifuentes.

La entidad financiera solicita una garantía adicional en razón a las condiciones financieras del señor Cifuentes y en consecuencia, como requisito para la elaboración del contrato exige que se asegure la operación con la empresa Seguros del Campo S.A., sociedad que pertenece al mismo grupo empresarial de la entidad financiera en donde se está tramitando el leasing mencionado, siendo constreñido a tomar una póliza grupo deudores.

Lastimosamente, el señor Cifuentes utilizando la máquina sufre un accidente en su mano derecha que le genera una incapacidad permanente. El señor Cifuentes acude a la entidad correspondiente para la calificación de la incapacidad, quien determina que sufrió una pérdida del ochenta y nueve por ciento (89%) de sus competencias laborales por lo que no va a poder seguir adelantando su actividad económica. En consecuencia, presenta reclamación ante la entidad de seguros con quien había contratado para que asuma el pago de la obligación dineraria sobre la máquina objeto del leasing. La empresa de seguros se niega al reconocimiento del siniestro argumentando que en las condiciones generales de la póliza existe un eximente de responsabilidad en razón a la utilización de la máquina y aduce además culpa exclusiva de la víctima dentro de la negativa.

Preguntas indicativas

1. ¿Qué acciones puede iniciar el señor Cifuentes para obtener el reconocimiento del siniestro?
2. Si pretende impetrar una acción constitucional ¿Qué argumentos y pruebas tiene que presentar para su procedencia?
3. ¿Es posible que la empresa de seguros se niegue a asumir el pago de la obligación dineraria asumida por el señor Cifuentes?
4. ¿Influye algo en el caso que la actividad financiera sea de interés público y que exista una posición dominante por parte de las entidades del sector financiero?

CASO 8

Pedro Rodríguez adquiere un seguro de la sociedad Seguros del Futuro S.A., en las oficinas de la empresa. En razón a un daño con la impresora, no es posible entregarle la póliza ni las condiciones generales del seguro, pero le dicen que las mismas las puede encontrar en la página web de la entidad en donde se encuentran todas las características necesarias.

El señor Rodríguez busca en la página web pero le es imposible encontrar las condiciones enunciadas por el asesor que le vendió el seguro y en consecuencia presenta un derecho de petición a Seguros del Futuro S.A., solicitándole los documentos necesarios de su póliza. Sin embargo, la entidad nunca da respuesta a su solicitud.

Posterior al negocio jurídico descrito, la aseguradora le envía una comunicación al señor Rodríguez afirmando que en razón a su cumpleaños

número setenta (70), y en virtud de las cláusulas generales de la póliza, la prima aumenta en un cincuenta por ciento (50%) del valor inicial mientras que el riesgo de incapacidad permanente o muerte se le reduce en el mismo porcentaje, a lo que el señor en comento responde que no está de acuerdo y solicita nuevamente se le entreguen los documentos relacionados con el seguro adquirido.

Con posterioridad, el señor Rodríguez es diagnosticado con un Alzhéimer en un grado avanzado por lo que se le declara una incapacidad sobreviniente total. En consecuencia, a través de su representante legal solicita el pago total inicial pactado de la póliza a la sociedad Seguros del Futuro S.A., a lo que la sociedad responde negativamente argumentando que conforme a las condiciones generales del contrato de seguro, existía un eximiente de responsabilidad en razón a enfermedades catastróficas siendo el alzhéimer calificada como tal dentro del contrato.

Adicionalmente manifiestan que en la parte inferior izquierda de la página web, en letra Arial 7, se encontraba el link que lo llevaba a la página de pólizas que, en su banner medio, lo remitía a una segunda página en la que encontraría un tercer link donde si tenía el programa indicado podía acceder a las condiciones de la póliza.

Preguntas indicativas

1. ¿Cómo afecta el Derecho de Información que tienen los usuarios del sistema financiero a la situación jurídica planteada?
2. ¿Afecta en algo la condición actual del señor Rodríguez a la situación planteada?
3. ¿Es procedente el eximiente de responsabilidad aducido por la aseguradora para el no pago del seguro?
4. ¿Qué alcance tiene el derecho de información frente a la publicidad que se le dio a las condiciones de la póliza en la página web del asegurador?
5. Si el señor Rodríguez no tiene en su poder documento alguno para hacer exigible la póliza, ¿puede de igual manera reclamar su pago?

CASO 9

La señora María Pérez, madre cabeza de familia de dos hijos de 25 y 30 años que dependen económicamente de ella, tiene la enfermedad de artritis degenerativa hace más de 20 años.

Ella, profesora de primaria, previendo que su enfermedad va a llegar a tal punto en que no va a poder desempeñar sus labores como docente, actuando de buena fe decide tramitar un crédito para la compra de un apartamento en donde sus dos (2) hijos y ella puedan vivir en caso que la enfermedad la incapacite, confiando en que con base en la evolución de la enfermedad va a poder pagar la totalidad del crédito antes de tener una incapacidad total.

En consecuencia, acude a las oficinas del Banco Alemán a solicitar el crédito a lo que el banco le informa que por motivos de la edad es necesario que el mutuo esté amparado por una póliza de seguros para el caso del impago de las cuotas. Por ello, acude a la aseguradora Seguros del Futuro S.A., quienes a través de uno de sus trabajadores le expiden la póliza.

Al momento de llenar el formulario de declaración del riesgo, la señora Pérez omite por una confusión en la descripción de las enfermedades, el declarar que padecía de la artritis degenerativa y la empresa de seguros, amparada en el principio de la excelsa buena fe dentro del contrato de seguros, se abstiene de solicitar exámenes médicos adicionales.

Ahora bien, la señora Pérez se desplazaba en un vehículo a dar sus clases cuando este fue envestida por una buseta, por lo que ella sufrió graves daños en su cuerpo, que aunados a su enfermedad le produjeron una incapacidad laboral del noventa y tres por ciento (93%).

Seguido a lo anterior presenta reclamación ante la entidad Seguros del Futuro S.A., con la finalidad que asuma el pago de las cuotas del crédito contraído con el Banco Alemán, a lo que recibe una respuesta negativa. La entidad aseguradora manifiesta que el hecho de no haber declarado la enfermedad que tenía y que esta estuviera relacionada con la incapacidad, era un eximiente de responsabilidad en razón a la reticencia realizada por la señora Pérez.

Preguntas indicativas

1. ¿Es procedente o no el pago de la póliza de seguros por parte de la aseguradora?
2. ¿Qué implicaciones tiene para el presente caso la reticencia en la declaración de la enfermedad?
3. ¿Qué implicaciones tiene para la situación fáctica el hecho que la aseguradora no haya indagado más a profundidad o realizado otro tipo de exámenes?

CASO 10

El señor Pedro Jiménez, reconocido empresario del transporte, con el deseo de ampliar su negocio pretende adquirir un vehículo de transporte de otros vehículos conocido comúnmente como “mula” o “niñera”. El costo de dicho vehículo es de doscientos millones de pesos (\$200'000.000), dinero con el que no cuenta en el momento.

En consecuencia, acude a la entidad financiera pertinente para, mediante un contrato de leasing, obtener el vehículo. La compañía Leasing de Caparrapí S.A., accede a sus pretensiones y adquiere la propiedad de la mula entregándole la tenencia, uso y explotación al señor Jiménez, quien es quien se dedica al negocio del transporte, además que en su objeto social se encuentra impedida para adelantar actividades económicas distintas a las autorizadas por la ley.

El señor Jiménez contrata a la señora Marcela Pinzón como conductora del vehículo. Lastimosamente, el día 12 de octubre del año 2018, por revisar un mensaje de texto que le habían enviado a su celular, la señora Pinzón se pasa un pare sin hacer la respectiva pausa y atropella un carro Renault conducido por María Ordóñez quien sufre unos serios daños a su salud, valorados en la suma de trescientos veinticinco millones de pesos (\$325'000.000).

En virtud del perjuicio recibido la señora Ordóñez, presenta demanda pretendiendo la indemnización de los daños recibidos en contra del señor Pedro Jiménez y de la compañía Leasing de Caparrapí S.A., en su condición de tenedor y propietario del vehículo respectivamente.

Preguntas indicativas

1. ¿Son llamados a responder solidariamente tanto Pedro Jiménez como Leasing de Caparrapí S.A., por los daños causados a la señora Ordóñez?
2. ¿Cómo opera en el caso concreto la “teoría del guardián” frente a la responsabilidad tanto de Pedro Jiménez como Leasing de Caparrapí S.A., teniendo en cuenta que la propiedad del vehículo está en cabeza de la compañía y su tenencia en cabeza del señor Jiménez?
3. ¿La decisión sería la misma si el caso se ventilara ante la jurisdicción contencioso administrativa teniendo en cuenta la teoría del guardián anteriormente enunciada?

CASO 11

El señor Camilo Pérez joven de treinta y cinco (35) años, economista de profesión, teniendo un capital de riesgo, desea participar en el mercado accionario con la finalidad de multiplicar dicho capital. En consecuencia, se pone en contacto con la firma Los Comisionistas de Bolsa Ultra, quienes acceden a elaborar un portafolio de inversión.

En las conversaciones, el señor Pérez demuestra ser un aguerrido inversionista. Entendiendo que a mayor riesgo va a obtener una mayor rentabilidad, por lo que es su deseo participar en bonos y acciones de renta variable, así no tengan una calificación de riesgo tan alta, pero que en venta de cortos pueden implicar una ganancia notable de su inversión.

En consecuencia, la comisionista de asigna a un corredor de bolsa el señor Juan Rondón, amigo de la universidad de Camilo, que conoce bien el perfil de su amigo y sabe que es su deseo generar grandes rentabilidades al costo que eso implique.

Rondón empieza a buscar títulos financieros con base en la renta líquida mensual que estos pueden generar, encontrando los llamados CDO que se basan en hipotecas inmobiliarias subprime (o con menores calidades de garantía) los cuales demuestran una rentabilidad muy alta en periodos cortos de tiempo. Sin mediar escrito que autorice la operación y solo comunicaciones entre las partes en las que se denota una aquiescencia tácita del señor Pérez en invertir en dichos títulos que están generando las mejores ganancias dentro del mercado, el señor Rondón invierte todo el capital entregado en estos títulos.

Sin embargo, ocurre una crisis inmobiliaria en razón a que dentro de dicho mercado empieza una gran serie de impagos porque a quienes les habían otorgado las hipotecas no contaban con la solvencia ni liquidez suficiente para satisfacer de forma correcta sus deudas inmobiliarias. Dichos CDO caen estrepitosamente generando pérdidas cuantiosas al inversionista.

El señor Pérez, molesto con la situación reclama al señor Rondón que no ha escogido bien los títulos sobre los cuales realizar la inversión y que no ha realizado venta en corto que hubieran generado ganancias y no pérdidas por lo que pretende iniciar las acciones legales para que la comisionista.

Aduce además una falta total de información en la operación toda vez que, afirma, no le fue explicado a plenitud el sustento de los títulos en los que se invirtieron.

Preguntas indicativas

1. ¿Es responsable la comisionista de bolsa por las pérdidas sufridas por el señor Pérez en la operación realizada teniendo en cuenta que nunca hubo una autorización escrita para el efecto?

2. ¿Qué implicaciones tienen las características especiales del señor Pérez en la elaboración del perfil de riesgo del inversionista y es las responsabilidades mutuas?

3. ¿Cambiaría la situación si el señor Pérez tuviese 50 años y la inversión estuviera destinada para su pensión de vejez o dejárselas a sus hijos?

4. ¿Influye en algo la relación de amistad y confianza que existe entre el corredor y el inversionista?

CASO 12

Laura Aguillón, joven de veintitrés (23) años, es una experta en buscar productos en internet baratos con la finalidad de usarlos ella misma para satisfacer sus distintas necesidades de consumo.

Navegando por la red, encuentra unos zapatos con decoraciones interesantes, que se dice en la página son de puro cuero, flexibles, que se adaptan a la forma de cualquier pie, de los colores que la persona desee, con una suela con cámara de aire ideal para grandes caminatas y que garantizan comodidad al andar.

Sin embargo, cuando llega el producto encuentra que, a pesar de cumplir con la mayoría de los servicios ofrecidos, al ponérselos le tallan y le generan una laceración lateral en el pie.

Toda vez que el pago lo hizo mediante su tarjeta de crédito, solicita a la entidad financiera que se haga la reversión del pago realizado por los zapatos y envía un correo electrónico a la página web en donde compró los zapatos poniendo a disposición la mercancía para que sea recogida a su costo.

La entidad financiera se niega a hacer la reversión argumentando que no ha recibido notificación del comerciante aprobando la transacción.

Preguntas indicativas

1. ¿Puede la entidad financiera negarse a realizar la reversión en las condiciones pactadas?

2. ¿En necesario que exista la aquiescencia de comerciante para que proceda la reversión en el pago cuando se realiza la transacción por internet?

3. ¿Qué elementos son necesarios para que proceda la figura de la reversión conforme a la regulación existente?

4. ¿Qué implicaciones tiene que la persona no pueda directamente en los medios electrónicos acceder a las mercancías respecto a las bases de la figura de la reversión en comento?

CASO 13

En el mes de febrero de 2017 llega al correo electrónico del señor Francisco Quevedo una comunicación del Banco de Francia, con quien tiene su cuenta de ahorros y su tarjeta de crédito, ofreciéndole que como se acerca el pago de los impuestos prediales, realice la cancelación de los mismos con su tarjeta de crédito teniendo el beneficio de tres (3) meses sin pago de la obligación.

Ahora bien, en una letra minúscula, debajo del banner dispuesto a letra palatino a 24 puntos, se dispone una letra menuda con un asterisco (*) en donde se establece que dentro de esos tres (3) meses serán causados intereses de corrientes sobre el capital adeudado los cuales tendrán que ser pagados mes anticipado y que la exoneración del pago se refiere exclusivamente a la parte del capital.

El señor Quevedo no se percata de la “letra chiquita” de la promoción y en virtud del ofrecimiento realizado el cual le amplía el plazo para la consecución de los recursos necesarios para el pago de los impuestos, realiza ese pago con su tarjeta de crédito. Sin embargo, en el mes de marzo le llega una factura cobrándole el monto correspondiente a los intereses sobre el capital pagado.

El señor Quevedo presenta reclamación en contra del banco afirmando que lo indujeron al error toda vez que la publicidad lo llevaba a interpretar que la exoneración era total y solo en una letra casi ilegible se estipulaban el cobro de intereses, recibiendo una respuesta negativa del Banco amparándose en el hecho que las condiciones estaban en la publicidad enviada y era culpa suya no haberla leído.

Preguntas de referencia

1. ¿Qué se entiende por publicidad engañosa dentro del sistema financiero?

2. ¿Es procedente la reclamación del señor Quevedo toda vez que la forma en que se realiza la publicidad es óbice para la protección del consumidor financiero, o en caso contrario el Banco puede argumentar que es una culpa exclusiva de este al no mirar de forma detallada la publicidad?

3. ¿Tiene el banco la obligación de devolver los recursos cancelados por el usuario del sistema?

CASO 14

La señora Carmen del Castillo, teniendo que realizar un pago a una persona de su confianza, abre la página web de la entidad y realiza la transferencia por un valor de un millón de pesos (\$1'000.000), desde el computador de su casa.

Luego de la transferencia, esa misma tarde, se percata que existen un total de 5 transferencias adicionales no realizadas por ella, que suman en total cinco millones de pesos (\$5'000.000).

Preocupada, la señorita Del Castillo se comunica de manera urgente con su entidad bancaria, notificándoles de la situación y solicitando la devolución de los saldos. Le responden de forma negativa aduciendo que es culpa exclusiva de la víctima haber utilizado un computador inseguro.

Preguntas indicativas

1. ¿Es procedente la reclamación de la señora Del Castillo?
2. ¿En caso de fraude por mecanismos electrónicos quién tiene la responsabilidad y la carga de la prueba?
3. ¿Cambiaría la situación si la señora Del Castillo hubiera realizado la transacción desde un café internet?
4. En el interregno en que se define la situación ¿puede el Banco abstenerse de realizar la devolución hasta tanto se aclare esta?

CASO 15

El señor Sebastián Guerrero tiene su cuenta corriente con el Banco Nacional.

En consecuencia, se le expidió una chequera con la cual puede realizar transacciones económicas y, en especial, el pago de obligaciones dinerarias.

El señor Guerrero tenía dentro de su chequera un título valor diligenciado con restricción de cruzado y con páguese a la orden del señor Fernando Huertas. El día viernes veintitrés (23) de noviembre del año 2018, en las horas de la noche extravió su chequera, esta situación fue avisada al Banco el día lunes 26 de noviembre de ese mismo año a las 9:00 a. m.

Sin embargo, encuentra que a las 8 de la mañana el cheque que tenía elaborado fue consignado en la cuenta de Fernando Martínez y el mismo fue pagado de forma inmediata. Adicionalmente, encuentra que se expedieron dos cheques más, uno a las 8:30 de la mañana, cobrado por ventanilla por un señor Francisco Poveda, y uno a las 9:43, también cobrado por ventanilla por un señor Juan Gómez.

Preguntas indicativas

1. ¿El pago de los cheques fue realizado en debida forma?
2. ¿Influencia de alguna forma la hora en que se le avisó al Banco la pérdida de la chequera respecto a la responsabilidad derivada de su pago?
3. ¿Tiene el Banco que realizar alguna devolución de los dineros con base en la situación fáctica descrita?
4. ¿De quién es la responsabilidad por la tenencia de los cheques?

CASO INTEGRADOR

En la ciudad de Bogotá existe el grupo empresarial de servicios financieros El Águila que, en razón al sistema de banca especializada en Colombia, tiene dentro de sí sociedades de capitalización, sociedades de servicios financieros, sociedades de seguros y establecimientos de crédito. De igual forma, detenta unos convenios con comisionistas de bolsa con la finalidad de ofrecer también dentro del portafolio de servicios el acceso a los mercados de capitales de los distintos inversionistas.

La sociedad Activos del Futuro S.A., nueva en el negocio de la construcción adquiere una serie de productos financieros con el grupo, en este sentido tiene un crédito inmobiliario hipotecario con base en el cual adquirió las oficinas de la entidad, adquirió una máquina "Torre Grúa" necesaria para la ejecución de los proyectos mediante *leasing*, realiza pagos de nómina a través de los servicios que ofrece el grupo mencionado y desea poner una serie de acciones dentro del mercado cambiario con la finalidad de obtener recursos de capital que le permitan fondear la operación de construcción.

En el contrato suscrito con el banco respecto al crédito inmobiliario, se establece como condición inicial que el pago debía ser siempre en abono a cuenta en efectivo o por cualquier otro medio de pago. Sin embargo, el banco en ejercicio unilateral de modificación del contrato, contenida también dentro del mismo contrato, especificó que el único medio de pago tenía que ser en efectivo, el día dos (2) de agosto del año 2012.

El día veinticuatro (24) de julio de 2013, en virtud del crédito inmobiliario adquirido, la sociedad con la finalidad de pagar la cuota, expide a nombre del Banco Águila un cheque por valor de treinta y cinco millones de pesos (\$35'000.000), el cual tenía como destinatario específico el banco y estaba cruzado. Sin embargo, el banco realiza la consignación del cheque en la cuenta de otro de sus usuarios por lo que el pago no se ve reflejado.

En consecuencia y al existir un problema con el banco la sociedad Activos del Futuro S.A., presenta un derecho de petición solicitando la aclaración de la aplicación del cheque y que se entienda cancelada la cuota respectiva a la cual iba dirigido el título valor. El banco emitió respuesta afirmando que la situación sería revisada y de ser procedente, aplicar el pago correspondiente.

Ahora bien, el banco nunca aclaró la situación y en consecuencia de la mora causada, realiza un reporte negativo a las centrales de riesgo que está vigente a la fecha y muestra una mora de años.

Para adquirir la “Torre Grúa” la sociedad Activos del Futuro S.A. realizó un leasing con Leasing Águila. Como garantía le solicitaron que suscribiera una póliza de seguros con la aseguradora Riesgo Amparado por los posibles daños que se pudieran ocasionar con la maquinaria. La “Torre Grúa” adquirida presenta un defecto en su maquinaria por lo que se le desprende una de las barrillas metálicas que le causan daños fatales a un transeúnte que iba pasando por la obra.

Por lo anterior los demandantes solicitan mediante derecho de petición, tanto a Activos del Futuro S.A. como a Leasing Águila se informe cuál es la empresa de seguros con la que la sociedad tiene suscrito un contrato. La sociedad por un error involuntario en razón a que la aseguradora El Mejor Arreglo le llevaba otro tipo de pólizas, responde afirmando que esa es la empresa de seguros contratada, información que es corroborada por Leasing Águila.

Los herederos, quienes dependían económicamente totalmente del señor fallecido, inician una acción civil en contra de Activos del Futuro S.A., la aseguradora El Mejor Arreglo y la empresa de Leasing Águila pretendiendo una indemnización de perjuicios por la suma de quinientos millones de pesos (\$500'000.000) en razón a lucro cesante y el daño emergente.

La aseguradora se opone a las pretensiones de la demanda, afirmando que existe falta de legitimación por pasiva toda vez que la sociedad Activos del Futuro S.A., no tiene contratada póliza alguna con ellos. Leasing Águila afirma que no tenía la tenencia de la cosa y, en consecuencia, no era el guardián.

En razón al accidente, Leasing Águila decide declarar el incumplimiento del contrato culpando a la sociedad por el accidente ocurrido, iniciando reclamación ante la aseguradora, Riesgo Amparado, en razón al mismo.

Por lo anterior, aunado a la cuota del crédito no pagada, la sociedad presenta un reporte negativo que implica una calificación de persona riesgosa por lo que le es negado otro crédito de libre inversión que estaba tramitando ante el Banco Alemán y el rechazo del sector asegurador en expedirles pólizas en razón a que consideran que su mal actuar ha perjudicado a la aseguradora el Riesgo Amparado.

La sociedad había emitido unas acciones en bolsa para lograr la capitalización de recursos. Dichas acciones se habían emitido como operación repo, con la condición que iban a ser readquiridas por la sociedad. Sin embargo, la comisionista Águila realizó la colocación de acciones sin tener presente las instrucciones de la sociedad.

Finalmente, en razón a la problemática planteada, las acciones que había emitido la sociedad sufren una caída estrepitosa que hace que dicha acción no tenga mercado ni primario ni secundario que le permita acceder a capital de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

5.1 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Akerlof, George. The market for lemons. Quality uncertainty and the market mechanism. *The quarterly journal of economics*, 1970, n° 84.

AMV, *Glosario del inversionista, educación financiera para todos*. Versión 1.

AMV. *ABC del inversionista, educación financiera para todos*. 2a. edición, 2012.

Baena, Diego; Hoyos Walteros, Hernán & Ramírez Osorio, Jorge H. *El Sistema Financiero Colombiano*. Segunda edición. Ecco Ediciones, 2016.

Camargo Meléndez, Piedad & Vélez Vargas, Jorge. *El título valor electrónico instrumento negociable de la nueva era*. Tesis Abogado, Repositorio de tesis Universidad Javeriana, 2002.

Carnelutti, Francesco. *Cómo nace el Derecho*. Monografías Jurídicas. Ed. Temis, 1998.

Corredor Rosas, Karen Lucía; Pinzón Nieto, Lina Paola & Rodríguez Gómez, Karla Nathalie. *Responsabilidad de los administradores de los intermediarios del mercado bursátil*. Trabajo de grado Especialista en Derecho Comercial, 2013.

Duval, Tilio Mateo. *Resumen de fórmulas de matemáticas financieras*. Santo Domingo, d.n.

Echeverry Botero, David Augusto. Base and Securitization: Conflicting Incentives and Rationales. *Verba Iuris* 33, enero-junio 2015, pp. 17-36, Bogotá D.C. Colombia, ISSN: 0121-3474.

Echeverry Garzón, Juan Carlos. *Las claves del futuro*. Editorial Oveja Negra. Bogotá (Colombia) 2002.

Eicher, Theo, Mutti, Jhon & Turnovsky, Michelle. The international monetary system: a bierf history. *International Economics*, 7a. edición, 2009, capítulo 21.

García Vega, Óscar. *Naturaleza jurídica del contrato de leasing*. Tesis Maestría en Derecho, Repositorio de tesis Universidad Santo Tomás, 2014.

Hassig, Iván Illich. *Blockchain, más allá de las criptomonedas*. Ensayo MBA.

Hindriks, Jean & Myles, Gareth D. *Intermediate Public Economics*, Chapter 9, p 251.

Larios Farak, Hernando. *Aspectos generales del leasing financiero: aproximación a un problema práctico*. Tesis Maestría en Derecho, Repositorio de tesis Universidad Santo Tomás, 2013.

Madriñán de la Torre. *Principios de Derecho Comercial*. 8a. edición. Ed. Temis.

Márquez Escobar, Pablo. *Introducción a la relación entre el derecho y la economía*. Centro de Estudios en Derecho y Economía. Universidad Javeriana.

Martínez Neira, Néstor Humberto. *Derecho Financiero Comparado*. Autor, Publisher, Federación Latinoamericana de Bancos, 1994.

Miranda Londoño, Alfonso & Márquez Escobar, Carlos Pablo. Intervención pública, regulación administrativa y economía: Elementos para la definición de los objetivos de la regulación. *Revista Vniversitas*, Universidad Javeriana, 12 de noviembre de 2004.

Ospina, G. & Ospina A. *Teoría general de los actos o negocios jurídicos*. 2a. ed. Ed. Temis.

Rodríguez Azuero, Sergio. *Los contratos bancarios*. Sexta edición. Editorial Legis.

Serna Espitia, Rafael & Rojas, Gerardo. *Manual didáctico de matemáticas financieras*. Informe Final de Investigación, IFI, Universidad EAN. Facultad de Posgrados, Especialización en Administración Financiera. Bogotá, D. C., mayo de 2012.

Spulber, Daniel. *Regulation and Markets*. Massachusetts: MIT Press, 1989, p. 43.

Universidad del Rosario. Constitucionalización del Derecho Civil. *Vniversitas*. Bogotá (Colombia) N° 113: 113-137, enero-junio de 2007, Universidad del Rosario.

Ustariz, Luis Humberto. *Marco general de la regulación y la autorregulación*. Editorial Legis.

Ustariz, Luis Humberto. *Responsabilidad bancaria por fraude electrónico*. Editorial Legis.

Wilches Bornacelli, Sigifredo. *Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia y daño al buen nombre de la persona natural como perjuicio autónomo*. Tesis Maestría en Derecho. Repositorio de tesis Universidad Santo Tomás, 2016.

5.2 NORMATIVIDAD

Código Civil colombiano.

Código de Comercio, Decreto 410 de 1971.

Congreso de la República, Ley 1328 de 2009, *Diario Oficial* No. 47.411 de 15 de julio de 2009, “por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones”.

Congreso de la República, Ley 1480 de 2011, *Diario Oficial* No. 48.220 de 12 de octubre de 2011, Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones.

Congreso de la República, Ley 27 de 1990.

Congreso de la República, Ley 35 de 1993.

Congreso de la República, Ley 35 de 1993.

Congreso de la República, Ley 45 de 1990.

Congreso de la República, Ley 510 de 1999.

Congreso de la República, Ley 546 de 1999.

Congreso de la República, Ley 795 de 2003.

Congreso de la República, Ley 964 de 2005.

Constitución Política de Colombia.

Ministerio de Hacienda, Resolución número 400 de 1995.

Presidencia de la República, Decreto 663 de 1993 (abril 2 de 1993), *Diario Oficial* No. 40.820, del 5 de abril de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero, “por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”.

5.3 JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, Sentencia C-122/99 – UPAC, M. P., Fabio Morón Díaz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P., Ariel Salazar Ramírez, SC10199-2016, Radicación n° 11001-31-03-001-2009-00415-01, (Aprobado en sesión de diez de mayo de dos mil dieciséis), Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil dieciséis (2016).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M. P., Ariel Salazar Ramírez, SC22062-2017, Radicación n° 11001-31-03-001-2009-00415-01 (Aprobada en sesión de primero de noviembre de dos mil diecisiete), Bogotá D.C., doce (12) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M. P., Fernando Alberto Castro Caballero, SP7462-2016, Radicación No. 45804, (Aprobado Acta No. 172).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 73001-23-31-000-2012-00108-01, Actor: leasing Bolívar S.A. Demandado: Corporación Autónoma Regional del Tolima – Cortolima, Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho– Fallo de Segunda Instancia.

Corte Constitucional, Sentencia T-328A/12, M. P., Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-330A/12, M. P., Adriana María Guillén Arango.

Corte Constitucional, Sentencia T-375/97, M. P., Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional, Sentencia SU-167/99, M. P., Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia T-830 de 2012, M. P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia C-836/01, M. P., Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-642/02, M. P., Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-468/03, M. P., Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, Sentencia C-870/03, M. P., Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia T-1091/05, M. P., Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-341/06, M. P., Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia T-204/06, M. P., Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional, Sentencia T-899/06, M. P., Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-292/06, M. P., Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-1011/08, M. P., Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia T-832/10, M. P., Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia C-823/11, M. P., María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia SU.447/11, M. P., Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional, Sentencia T-751/12, M. P., María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia C-909/12, M. P., Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia T-883/13, M. P., Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Corte Constitucional, Sentencia C-313/13 M. P., Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional, Sentencia T-419/13, M. P., Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia T-136/13, M. P., Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-734/13, M. P., Alberto Rojas Ríos.

Corte Constitucional, Sentencia C-249/13, M. P., María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional, Sentencia T-534/13, M. P., Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional, Sentencia T-058/14, M. P., Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional, Sentencia T-676/16, M. P., Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional, Sentencia T-227/16, M. P., Jorge Iván Palacio Palacio.



IMPRENTA
NACIONAL
DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

PBX (0571) 457 80 00

Carrera 66 No. 24-09

Bogotá, D. C., Colombia