

Sentencia C-860/06

COSA JUZGADA MATERIAL-Concepto

COSA JUZGADA MATERIAL-Vinculación con el concepto de precedente

PRECEDENTE EN COSA JUZGADA MATERIAL-Casos en que juez constitucional puede apartarse

La cosa juzgada material no puede ser entendida como una petrificación de la jurisprudencia sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente, pues lo contrario podría provocar inaceptables injusticias. Por lo tanto frente al precedente sentado en una decisión anterior, la Corte Constitucional cuando existan razones que motiven un cambio jurisprudencial –tales como un nuevo contexto fáctico o normativo- puede apartarse de la decisión adoptada en un pronunciamiento previo, e incluso también puede llegar a la misma decisión adoptada en el fallo anterior pero por razones adicionales o heterogéneas. Esto lleva a que el juez constitucional deba evaluar en cada caso concreto las disposiciones demandadas aun en aquellos eventos en que textos idénticos hayan sido objeto de un pronunciamiento de exequibilidad. Así pues, si una nueva ley reproduce enunciados o contenidos normativos ya estudiados por esta Corporación y es acusada, no podrá acudir de manera automática los efectos de la figura de la cosa juzgada material para resolver los cargos formulados. Como antes se dijo, la constitucionalidad de una disposición no depende solamente de su tenor literal sino también del contexto jurídico en el cual se inserta, al igual que de las circunstancias fácticas que rodean la aplicación de la norma, por lo tanto será siempre necesario hacer un examen de constitucionalidad de los preceptos acusados para determinar si subsisten las razones que condujeron al pronunciamiento de exequibilidad en la decisión previamente adoptada.

COSA JUZGADA MATERIAL-Elementos

La identidad entre un enunciado o un contenido normativo declarado previamente exequible y otro reproducido en un nuevo cuerpo normativo, no puede ser el argumento concluyente para negarse a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada material, pues dicha figura –entendida como al obligación de estarse a lo resuelto en un pronunciamiento anterior- está supeditada a la concurrencia de todos los elementos que a continuación se enuncian: (i) Que exista una sentencia de constitucionalidad sobre la misma disposición incluida en el mismo cuerpo normativo, respecto de la cual se solicita estudio posterior (identidad formal). (ii) Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el

juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta Corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud de estudio. (iii) Que no se hayan producido cambios económicos, sociales, culturales, políticos e, incluso, ideológicos sustancialmente significativos que hagan insostenible, a la luz de la Constitución, el pronunciamiento anterior. Esto es, que se presente una identidad en el contexto fáctico y normativo entre el momento en que la Corte hizo su anterior pronunciamiento y el momento en que se solicita el nuevo análisis.

UNIDAD NORMATIVA-Integración excepcional

UNIDAD NORMATIVA-Casos en que procede integración

UNIDAD NORMATIVA-Improcedencia de integración

Encuentra esta Corporación que la solicitud formulada por el Ministerio Público de integración de la unidad normativa es improcedente, debido a que los enunciados normativos a los cuales pretende que se extienda el examen de constitucionalidad tiene un contenido normativo autónomo, y no se encuentran en relación inescindible con las expresiones demandadas, ni tampoco resultan prima facie inconstitucionales.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Intervencionismo estatal

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Justificación constitucional

POLICIA ADMINISTRATIVA EN MATERIA ECONOMICA-Expresión de la facultad del Estado de intervenir en la economía

La Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos. Una de las expresiones de tales facultades es el poder de policía administrativa en materia económica, cuyo ejercicio supone, por una parte, la actuación de Congreso de la República, pero también la actividad de entidades que hacen parte de la Administración, las cuales ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control, a cargo del poder ejecutivo, sobre las actividades o agentes económicos.

INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA-Finalidad

ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSATIL Y ASEGURADORA-Intervención estatal reforzada por tratarse de actividades que comprometen el interés público

ACTIVIDAD BANCARIA-Es un servicio público

ACTIVIDAD BURSÁTIL-Interés público

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y DERECHO PENAL-Diferencias

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Alcance del principio de tipicidad

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-No es demandable el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Flexibilización frente a normas de derecho bancario y bursátil

Cabe señalar que la flexibilización del concepto de legalidad en derecho administrativo sancionatorio presenta un importante desarrollo en lo que concierne a las actividades bancaria y bursátil, debido a las características que las mismas presentan. En efecto, las normas del derecho bancario y bursátil constantemente deben ajustarse a las variables necesidades de los mercados financieros interno e internacional. De allí que determinadas medidas de carácter normativo pierdan rápidamente su razón de ser y eficacia; incluso pueden resultar inconvenientes o contraproducentes a mediano o largo plazo para los operadores del mercado, afectándose también el interés público. De tal suerte que la regulación de dichos sectores de la economía sea, por naturaleza, mutable, sin ánimo de permanencia.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Alcance

La reserva de ley, que opera de manera estricta en materia penal, resulta ser más flexible en el ámbito de las sanciones administrativas, especialmente en materia bancaria y bursátil, debido a los rasgos distintivos de dicho sector económico, sin que en todo caso quepa considerar que desaparece la vinculación positiva al principio de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria y por medio de reglamentos puedan configurarse de manera autónoma conductas sancionables. Así, mientras que en el primer caso la ley legitimadora por regla general ha de contemplar tanto la previsión de la pena como de la descripción de la conducta ilícita (tipicidad), sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o

desarrollo, salvo el caso excepcional y restrictivo de los tipos penales en blanco; en el segundo evento, es decir cuando se trata del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas sólo exige que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa contemplada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Funciones

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Clase de actos que expide

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Alcance de la función de vigilancia y control

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Complementariedad de las facultades reglamentarias y sancionatorias que ejerce

La atribución en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia para expedir determinados reglamentos técnicos, lleva aparejada la de contar con la competencia para velar por el cumplimiento de aquéllos, lo cual implica el adelantamiento de los correspondientes procedimientos administrativos encaminados a imponer sanciones en caso de incumplimiento de los mismos. En efecto, la función de vigilancia y control, que es de carácter operativo, apunta a asegurar el respeto de la reglamentación expedida por los organismos competentes mediante la puesta en marcha de instrumentos represivos. Se presenta, por tanto, una unidad en la misión de prevención y sanción encomendada a la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual se cumple mediante el ejercicio de las facultades de reglamentación, instrucción, investigación, requerimiento y sanción. Existe, en consecuencia, un necesario complemento entre las facultades punitivas y preventivas, en el sentido de que las segundas son ejercidas cuando quiera que las primeras resulten ser insuficientes, y la autoridad administrativa deba sancionar a los infractores con miras a asegurar una protección eficiente del sector económico encomendado. De tal suerte que las facultades reglamentarias y sancionatorias de las entidades administrativas de inspección y control se encuentran íntimamente ligadas.

PRINCIPIOS BASICOS PARA UNA SUPERVISION BANCARIA EFECTIVA DEL COMITE DE BASILEA DE

1997-Obligación de los Estados de contar con un sistema efectivo de supervisión bancaria

DERECHO COMPARADO-Facultad de los órganos de inspección y vigilancia de sancionar a las entidades vigiladas, por incumplimiento de reglamentaciones e instrucciones dadas por las mismas

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Facultad para sancionar por incumplimiento de instrucciones previamente dadas por ésta, no vulnera principios de tipicidad y legalidad/**PRINCIPIO DE SEPARACION DE PODERES**-No desconocimiento

Acordarle a la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, facultad para imponer sanciones administrativas personales o institucionales a las entidades sometidas a su vigilancia, debido a la ejecución de actos contrarios a las instrucciones previamente dadas por aquélla, bien sea que éstas se encuentren en actos administrativos de contenido general o particular, no vulnera los principios de tipicidad y legalidad, por cuanto, se insiste, los elementos esenciales de la conducta reprochable, el procedimiento a seguir para aplicarla, al igual que la sanción, figuran en el cuerpo de una norma de rango legal. De tal suerte que el instructivo, resolución o circular externa se limitan a precisar algún aspecto técnico de la ley, competencia que se justifica constitucionalmente por las particularidades que ofrece el sector económico sometido a control y vigilancia. Así mismo, la instrucción o requerimiento particulares no estructura nuevos tipos disciplinarios. Esta Corporación estima que las expresiones acusadas no desconocen el principio de separación de poderes, ya que el legislador no habilitó a la Superintendencia Financiera de Colombia para asumir competencias de otras ramas del poder público, ni tampoco lesiona la facultad del Congreso para expedir leyes ni aquellas del Presidente de la República para reglamentar la ley.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Facultad para sancionar por incumplimiento de estatutos sociales

La remisión que opera el legislador a los textos de los estatutos sociales para efectos de que la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, imponga sanciones administrativas personales a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros empleados de una institución sujeta a la vigilancia de aquélla, debido a la ejecución de actos que resulten contrarios a los mencionados estatutos, o igualmente, autoricen o no eviten debiendo hacerlo, actos violatorios de aquellos, no vulnera los artículos 6, 113, 114, 150.1 y 189.11 constitucionales. Otro tanto sucede con las sanciones administrativas

institucionales, impuestas por los mismos motivos, por cuanto se trata de un tipo disciplinario en blanco cuya estructura se ajusta a la jurisprudencia constitucional en la materia. Pues bien, el reenvío que opera el legislador a los estatutos sociales de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia para efectos de complementar los tipos disciplinarios consagrados en los literales d) y b) de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero respectivamente, cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que resulta ser lo suficiente claro y preciso para el operador jurídico. De hecho, se trata de una remisión muy concreta a un documento privado que ha sido elevado a escritura pública y registrado según la ley.

**TIPO EN BLANCO EN DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR-Requisitos para que aplicación sea válida**

**ESTATUTOS SOCIALES DE ENTIDAD VIGILADA POR
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA-Obligación de
observarlos por directivas**

Se justifica de esta manera la especial obligación de observancia de los estatutos sociales en cabeza de los directivos de las entidades bancarias, pues éstos distan de ser una mera expresión de la voluntad privada pues por una parte, han sido previamente aprobados por el ente de control, y adicionalmente aseguran finalidades relevantes desde el punto de vista constitucional al concretar deberes específicos en el manejo de los recursos captados del público.

PRINCIPIO DE SOMETIMIENTO A LA LEY-No vulneración

Referencia: expediente D-6235

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 209 y 211 (parciales) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

Demandante: María Camila Silva Mogollón.

Magistrado Ponente:
Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA
PORTO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil seis (2006).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en relación con la demanda de inconstitucionalidad que, en uso de su derecho político, presentó la ciudadana María Camila Silva Mogollón contra las expresiones “*de los estatutos sociales*” y “*de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*”, del artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, al igual que la expresión “*de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*”, del artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

I. TEXTO DE LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS.

A continuación se transcriben la integridad de las disposiciones acusadas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidas por la Ley 795 de 2003, tal y como aparecen publicadas en el Diario Oficial No. 45.064 de 15 de enero de 2003, subrayando las expresiones acusadas:

“**ARTÍCULO 45.** Sustitúyase la Parte Séptima del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la cual quedará así:

(...)

Parte Séptima REGIMEN SANCIONATORIO

CAPITULO II. RÉGIMEN PERSONAL.

Artículo 209. Sanciones administrativas personales. La Superintendencia Bancaria podrá imponer las sanciones previstas en el presente Estatuto a los directores, administradores, representantes

legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de una institución sujeta a su vigilancia cuando incurran en cualquiera de los siguientes eventos:

- a) Incumplan los deberes o las obligaciones legales que les correspondan en desarrollo de sus funciones;
- b) Ejecuten actos que resulten violatorios de la ley, de las normas que expida el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales o de cualquier norma legal a la que estos en ejercicio de sus funciones o la institución vigilada deban sujetarse;
- c) Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones, cuando dicho incumplimiento constituya infracción a la ley;
- d) Autoricen o no eviten debiendo hacerlo, actos que resulten violatorios de la ley, de los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones.

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

(...)

CAPITULO III. RÉGIMEN INSTITUCIONAL.

Artículo 211. Sanciones administrativas institucionales.

1. Régimen general. Están sujetas a las sanciones previstas en el presente Estatuto, las instituciones sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria cuando:

- a) Incumplan los deberes o las obligaciones que la ley les impone;
- b) Ejecuten o autoricen actos que resulten violatorios de la ley, de los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional de acuerdo con la Constitución y la ley en desarrollo de sus facultades de intervención, de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones;

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

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

2. Disposiciones relativas a las sociedades administradoras de los Fondos de Pensiones y de Cesantía. Lo dispuesto en los artículos 83 numeral 2 y 162 numeral 5 de este Estatuto se entenderá sin perjuicio de las sanciones que puede imponer la Superintendencia Bancaria en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 209 del mismo.

3. Disposiciones relativas a la prevención de conductas delictivas. Cuando la violación a que hace referencia el numeral primero del presente artículo recaiga sobre las disposiciones contenidas en el Capítulo XVI de la Parte Tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la multa que podrá imponerse será hasta de mil setecientos cuarenta y dos millones de pesos (\$1.742.000.000.00) de 2002.

Adicionalmente, el Superintendente Bancario podrá ordenar al establecimiento multado que destine una suma hasta de mil setecientos cuarenta y dos millones de pesos (\$1.742.000.000.00) de 2002 a la implementación de mecanismos correctivos de carácter interno que deberá acordar con el mismo organismo de control.

Estas sumas se reajustarán en la forma prevista en el numeral 3 del artículo 208 de este Estatuto.

II. LA DEMANDA

La ciudadana María Camila Silva Mogollón presentó demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “*de los estatutos sociales*” y “*de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*”, del artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, al igual que la expresión “*de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*”, del artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, por considerar que vulneran los artículos 29, 113, 114, 115, 150 y 189 constitucionales.

Indica que la garantía del debido proceso es aplicable al proceso administrativo disciplinario el cual incorpora dos principios que se encuentran soportados en los artículos “6 y 28 de la Constitución Nacional, a saber, y que se constituyen en la real garantía de libertad de los administrados”, cuales son el de reserva legal, según el cual sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter contravencional o correccional y establecer sanciones de carácter administrativo o disciplinario, así como el de tipicidad, conforme al cual el legislador está obligado a describir la conducta que se considera ilegal, en la forma más clara y precisa posible, “de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a la sanción de carácter administrativo”.

A renglón seguido, cita las sentencias C-559 de 1999, C- 647 de 2001 y C-312 de 2002, “en las que expresamente se indica que las conductas sancionables, no sólo deben estar descritas en norma previa, sino que, deben tener un fundamento legal, puesto que su definición no puede ser delegada a la autoridad administrativa”. No obstante lo anterior, asegura que los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al establecer el régimen sancionatorio administrativo aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, vulneran el artículo 29 de la Carta Política, puesto que permiten al ente de supervisión establecer, mediante actos administrativos, conductas sancionables diferentes a las consagradas en la ley.

Señala que la potestad de intervención en el sistema financiero colombiano, vía regulación, es de potestad del Congreso de la República. A su vez, le corresponde al Presidente de la República ejercer la facultad de inspeccionar y vigilar a las entidades financieras, de conformidad con la ley. En tal sentido, “la facultad de la Superintendencia Financiera en el sistema financiero colombiano vía supervisión, vigilancia y control no contempla la posibilidad de reglamentar tal actividad financiera incluyendo conductas cuyo incumplimiento puedan servir de base para sancionar a las vigiladas”.

En tal sentido, explica que en el evento en que la Superintendencia Financiera imponga una sanción a una entidad vigilada o a los empleados de la misma por violar una instrucción que hubiese impartido el organismo de control vertida en el texto de una circular externa, resolución o carta circular expedida por aquélla, no se estaría sancionando con fundamento en una norma preexistente y que tenga rango de ley, tal y como lo exige el precepto constitucional. De igual manera, en caso en que la Superintendencia sancione a una de sus vigiladas con base en los estatutos sociales de la misma, los cuales son fruto de la autonomía privada, no se estaría sancionando con base en una ley.

Sobre el particular precisa que la vulneración del pacto social sólo será cuestionable por los asociados, quienes son los únicos facultados por la ley para ello, sin perjuicio de que si la violación llegare a constituir una infracción a la ley, lo que no siempre ocurre, el organismo de control actúe dentro de sus facultades de vigilancia por el incumplimiento de legal.

Adicionalmente señala que las expresiones acusadas vulneran los artículos 114 y 150.1 constitucionales, por cuanto únicamente el Congreso de la República puede hacer las leyes, ya que es titular de la cláusula general de la competencia normativa. Así las cosas, *“si solo puede el Congreso expedir normas con rigor formal y material, y muy excepcionalmente puede expedir leyes en sentido material por ejemplo el Presidente de la República en desarrollo de leyes marco o de facultades extraordinarias, cualquier previsión que se separe de esta directriz constitucional no encontraría soporte dentro de la Carta”*.

Agrega que, tampoco puede considerarse que tienen potestad normativa en materia sancionatoria los asociados o socios de una entidad financiera, puesto que los contratos o acuerdos de voluntades a los que han llegado no *“pueden tomarse como leyes preexistentes que se puedan tomar para sancionar a una Entidad en caso de actuar en su contra, así se encuentren en una escritura pública debidamente registrada en la Cámara de Comercio”*. Las escrituras públicas, argumenta, no son equiparables a leyes en sentido formal o material que puedan servir para aplicar sanciones administrativas, y en tal sentido, *“si la violación de los Estatutos constituye violación a alguna Ley a la que la Entidad deba someterse, como por ejemplo que la vigilada realice actividades por fuera de su objeto social reglado, tal violación será sancionable administrativamente por medio de multas pero por haber contravenido la ley, y no los Estatutos Sociales”*.

Luego de transcribir los textos de los artículos 113, 115, 150 y 189 Superiores, la demandante argumenta que la Constitución consagra el principio de separación de poderes públicos, y en tal sentido, las expresiones acusadas vulneran éste *“cuando admiten la posibilidad de que la Superintendencia Financiera sancione a las Entidades que se encuentran sometidas a su vigilancia fundamentada en las instrucciones que ella misma ha expedido, convirtiéndose en consecuencia a la vez en órgano legislativo y ejecutivo”*. Así pues, en su opinión, la Superintendencia se convierte en legislador, cuando exige a una de sus vigiladas por un instructivo, la realización de alguna conducta por cuya inobservancia será sancionada, *“y posteriormente se convierte en ejecutivo al momento en el que realiza el juicio de valor a efectos de determinar si tal vigilada incumplió su instrucción”*.

De igual manera, señala que, en virtud del artículo 189 numerales 11 y 24, el Presidente de la República tiene facultades para reglamentar la ley e inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades financieras. Con todo, el ejercicio de la potestad reglamentaria no puede *“tomarse como base para la imposición de una sanción, cuando se actúe contraviniendo su contenido. No obstante es claro que a través de esta facultad no se puede disponer de una forma tal que se sobrepase o se esté mas allá de la ley reglamentada”*. Con base en dicha interpretación, la demandante concluye diciendo que *“al permitir las normas demandadas que la Superintendencia Financiera como delegataria del ejecutivo, conforme al artículo 211 de la Constitución Nacional, imparta a las Entidades sometidas a su vigilancia instrucciones que tengan el carácter de normas o leyes que puedan servir de soporte para una sanción, o en otras palabras, al permitir que expida normas reglamentarias de una Ley que por su carácter puedan ser utilizadas como soporte para una sanción administrativa, estaría asumiendo una facultad reglamentaria exclusiva del Presidente de la República, razón por la cual estarían violando la Carta Política”*.

De igual manera, indica que la segunda de las atribuciones del Presidente de la República, consistente en ejercer inspección, vigilancia y control sobre las entidades financieras que manejan recursos captados al público, *“no le permite legislar o reglamentar su actividad”*.

III. INTERVENCIONES CIUDADANAS Y DE AUTORIDADES PÚBLICAS.

1. Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia ASOBANCARIA.

Sylvia Salazar Martínez, actuando como apoderada de la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia ASOBANCARIA, interviene en el proceso de la referencia para coadyuvar la demanda de inconstitucionalidad.

Argumenta que efectivamente las expresiones acusadas vulneran los artículos 29, 113, 114, 150 y 189 constitucionales. Al respecto explica que el artículo 29 Superior consagra el derecho al debido proceso, disposición que se aplica a toda actuación judicial o administrativa. De allí que la discusión acerca de si una conducta constituirá una falta disciplinaria se debe dar al interior de un cuerpo colegiado como lo es el Congreso de la República, con sujeción a unos trámites y debates reglamentarios.

Así mismo, sostiene que en relación con la facultad de que dispone la Superintendencia Financiera para imponer sanciones por actos contrarios a los estatutos sociales, la Corte ya se pronunció en sentencia C-1161 de 2000,

decisión que según la interviniente desconoce la premisa constitucional fundamental del principio de legalidad. Otro tanto sucede con la competencia de que dispone la mencionada entidad para imponer sanciones administrativas con base en instrucciones expedidas por ella misma, resulta ser contraria al principio de legalidad.

Agrega que las normas acusadas plantean una total indeterminación respecto de la conducta sancionable, pues se castiga el autorizar, ejecutar o no evitar actos resulten ser contrarios a normas o instrucciones que expida la Superintendencia Financiera, *“terreno sumamente amplio, que conduce a que bajo este espectro se amparen conductas diversas”*.

Explica que, en lo que concierne al principio de separación de poderes, se ha entendido que legislar consiste en expedir las reglas o pautas generales que rigen a los integrantes de un conglomerado social, función que es ejercida por el Congreso de la República y no por la rama ejecutiva. En tal sentido, la Superintendencia Financiera tiene competencia para inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades que desarrollen actividades financieras y bursátiles, debiendo limitarse a velar por el cumplimiento de la ley, mas no para establecer sanciones.

Por último, la interviniente trae a colación diversas sentencias del Consejo de Estado referentes a las facultades de la Superintendencia en materia sancionatoria.

2. Universidad del Rosario.

Juan Jacobo Calderón Villegas, en representación de la Universidad del Rosario, interviniente en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequible la expresión *“estatutos sociales”*, únicamente por los cargos formulados en la demanda, e inexecutable el segmento normativo *“normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia Bancaria”*.

En su intervención, el ciudadano señala que es necesario seguir el precedente constitucional vertido en sentencia C-1161 de 2000, en la cual se desplegó una actividad argumentativa en tres niveles. Un primer nivel, común a las expresiones *“estatutos sociales”* y *“normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia Bancaria”*, según el cual la remisión de una disposición sancionatoria a otros enunciados normativos, a efectos de complementar el tipo respectivo no es, *prima facie*, inconstitucional. Un segundo ámbito, referente a la expresión *“estatutos sociales”*, la cual fue considerada constitucional, ya que la libertad en sentido amplio puede ser objeto de restricciones más intensas en aquellos casos en que se despliegan actividades que suponen el manejo de recursos públicos. Por último, un tercer nivel, específico para la expresión *“normas o instrucciones expedidas por la*

Superintendencia Bancaria”, la cual es contraria a la Constitución, por ser violatoria del principio de legalidad.

De igual manera, sostiene que en el presente caso resulta inaplicable el precedente sentado en sentencia C-123 de 2006, por cuanto si bien los asuntos abordados por la Corte en dicha oportunidad guardan relación con algunos puntos comunes con el presente, no son idénticos.

3. Universidad Externado de Colombia.

Luis Fernando López Roca, Director de la Especialización en Derecho Financiero y Bursátil de la Universidad Externado de Colombia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar inexecutable las expresiones acusadas.

Argumenta que el problema jurídico consiste en establecer si, desde la óptica de los tipos penales en blanco, puede admitirse en el plano constitucional la imposición de sanciones administrativas por la infracción de normas que no tengan el carácter de ley ni hayan sido dictadas por el Gobierno Nacional en ejercicio de atribuciones de intervención, sean estas normas de estirpe *ius privatista*, como son lo son las reglas estatutarias, que tienen relación con la vida social de un ente vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, o sean normas de estirpe *publicista*, por corresponder a reglamentos técnicos impartidos por autoridades administrativas a las que se les han confiado potestades regulatorias, o sean dictados de la autoridad administrativa impartidos dentro de los procesos de gestión administrativa, por corresponder a instrucciones que la Superintendencia Financiera puede emitir dentro del ejercicio de su función de inspección, control y vigilancia o si, por el contrario, con tal proceder se contradice la norma constitucional del debido proceso que impone el respeto al principio de legalidad.

Indica que parecería necesario establecer la frontera de las normas que pueden integrar el tipo sancionatorio en blanco, ya que disposiciones como la que es objeto de análisis tienen la peculiaridad de que no describen ninguno de los elementos de la conducta que puede llegar a ser reprochable, ya que ellas se encuentran descritas en buena parte en las circulares emitidas por la Superintendencia.

Adicionalmente, sostiene, que en lo relacionado con la potestad de imponer sanciones por el desconocimiento de una instrucción impartida con alcance particular por la misma autoridad que impone la sanción, el examen debería ser más exigente con el fin de evitar que este expediente, necesario para mantener la disciplina de los protagonistas de las actividades supervisadas, pueda derivar en abuso o ejercicio desproporcionado del poder.

Agrega que, con base en sentencia C-1161 de 2000, es violatoria del principio de legalidad la potestad con que cuenta la Superintendencia Financiera para sancionar con base en circulares o conceptos emitidos por la propia entidad. De igual manera señala que no se puede perder de vista que el régimen sancionatorio administrativo no está establecido como instrumento para castigar el desconocimiento de reglas que pertenecen al ámbito del derecho privado, como son los estatutos de la entidad vigilada, *“cuya infracción debe resolverse dentro del marco de las acciones disciplinarias que cada entidad vigilada tenga establecidas”*.

Por otra parte, señala que la misma Constitución matiza el principio de separación de poderes e igualmente señala en una misma persona, esto es, en cabeza del Presidente de la República facultades de regulación, mediante las competencias de intervención regulatoria, y de sanción por medio de facultades de vigilancia y control.

4. Superintendencia Financiera de Colombia.

Liliana Patricia Cárdenas Heredia, obrando en calidad de apoderada de la Superintendencia Financiera de Colombia interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

A lo largo de su intervención de ochenta páginas, sostiene que la mira esencial de la Superintendencia Financiera de Colombia radica en proteger a quienes puedan resultar lesionados con las actividades irregulares, inseguras o inadecuadas de las entidades que integran el sector financiero. Por lo demás, la observancia de las normas de obligatorio cumplimiento, a las cuales se encuentran sujetas las instituciones financieras, se justifica no en un capricho de la Superintendencia, sino en el contenido del giro ordinario específico y siempre técnico de la actividad de las entidades financieras. De allí que la esfera de competencia de la entidad estatal, desde un punto de vista de una actividad de policía administrativa, se orienta hacia el mantenimiento del orden público económico, garantizando la protección del interés general y la preservación de la confianza pública.

Explica que, la Superintendencia Financiera tiene precisas competencias para, de un lado, instruir a las instituciones vigiladas sobre la forma como deben cumplir las disposiciones que rigen su actividad, y de otro, para imponer las sanciones o las medidas que estime pertinentes ante el incumplimiento de aquéllas o de instructivos expedidos por la misma *“sobre las formas como deben cumplirse tales disposiciones”*.

En tal sentido, indica que dentro del catálogo de atribuciones están las de impartir órdenes e instrucciones, dictadas en materia de contabilidad y

publicación de estados financieros, así como las de previsión y sanción. Por ende, si el marco legal que rige su actividad expresamente la ha investido de ciertas facultades de regulación y sanción, no es válido poner en duda estos atributos y más aún descalificarlos sin medir las consecuencias que ello representa para un sector tan sensible de la economía.

Argumenta que la facultad de instrucción como la posibilidad de sancionar por su incumplimiento están previstas en distintas legislaciones del mundo (Ecuador, Perú, Paraguay, Chile, Argentina, Guatemala, Costa Rica, México, España e Inglaterra) que se han acogido a las políticas del Comité de Basilea. Es así como, en diversos países, las legislaciones consagran no sólo la facultad de expedir normas e instructivos sino la de sancionar el incumplimiento a lo dispuesto en éstos, todo ello en virtud de las directrices sobre supervisión bancaria emitidas por el Comité de Basilea. En tal sentido, en derecho comparado, existe un común denominador en el sentido de que la función sancionatoria sea de suyo consustancial a la función de supervisión, con el entendimiento de que, a su vez, la supervisión ha menester del proferimiento de las normas técnicas, cuyo incumplimiento haría zozobrar el sistema financiero mismo.

Sostiene que la facultad sancionadora de la Superintendencia Financiera, ejercida por medio de instructivos expedidos por ésta, tiene su razón de ser en el ejercicio de la potestad de alta policía administrativa. En tal sentido, natural que las leyes de intervención del Estado en la economía creen organismos administrativos a los que se dote de competencias policivas con el objeto de vigilar y regular ciertas actividades. De tal suerte que *“el fundamento de la función de alta policía administrativa reafirma la necesidad de que la administración determine conductas sancionables que estén consagradas per se en una norma de rango legal o en un reglamento técnico expedido con respeto y apego a la ley”*.

Asegura que la facultad reglamentaria de las autoridades de supervisión incluye entonces la facultad represiva de la conducta realizada fuera del ordenamiento jurídico. En efecto, *“las facultades reglamentarias y punitivas están indisoluble e irremediabilmente ligadas en cabeza de una misma autoridad administrativa y la una explica ampliamente la otra y viceversa. En otras palabras, a función preventiva de las autoridades de supervisión se entremezcla irremediabilmente con aquellas disuasivas y de sanción, sin que pueda comprenderse que una excluya a la otra”*.

Indica que la Corte, en fallo de constitucionalidad, consideró que la Superintendencia Nacional de Salud podía, válidamente, imponer sanciones en caso de incumplimiento de sus circulares, por parte de sus vigilados. En concreto, la interviniente alude a la sentencia C-921 de 2001, cuyos efectos, a su juicio, son aplicables al presente caso, en virtud del principio de

igualdad, como quiera que se basan en los mismos contenidos normativos. En tal sentido, opina que *“a pesar de la denominación de órdenes, instrucciones o circulares, todas tienen la misma entidad jurídica y por lo tanto deben poseer el mismo marco de subreglas aplicables y constitucionalmente deben tener las mismas consecuencias jurídicas. Las Superintendencias se encuentran facultadas legalmente para dar instrucciones de carácter general con fuerza obligatoria y, por tanto, deben ser observadas por las entidades vigiladas en la medida que los mencionados instructivos están amparados por la presunción de legalidad y son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativa”*. Además, explica que los actos proferidos por la Superintendencia Financiera se hacen públicos, mediante el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, motivo por el cual no se viola el debido proceso administrativo.

Pasa la interviniente a examinar el contenido de la sentencia C-1161 de 2000. Al respecto, señala que cuando la Corte excluyó las circulares o conceptos de la Superintendencia Financiera de los reglamentos expedidos por el Gobierno en virtud del artículo 150.19 constitucional, tal afirmación por sí sola no implica que esa Corporación haya vedado la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria.

Al respecto argumenta que, si bien no cabe discusión sobre que las circulares y las resoluciones emanadas de la Superintendencia Financiera, no son reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de una ley marco, *“lo cierto es que el fallo permite establecer que para la Corte Constitucional no es menester que las circulares tengan la categoría de reglamento presidencial para que el Ente de Control ejerza su facultad sancionatoria, pues basta que éstas instruyan sobre los temas del ámbito financiero y estén relacionadas con las labores de los funcionarios de las entidades vigiladas y conforme a la naturaleza, los objetivos, las funciones y las facultades de la Superintendencia Bancaria, para que sea jurídicamente procedente la punición por su incumplimiento”*. En conclusión *“la sentencia C-1161 no tuvo como materia de análisis la capacidad de la Superintendencia Financiera de Colombia para expedir circulares ni objetó la vigencia y legalidad de que gozan las mismas, por lo tanto están vigentes”*.

Así mismo, plantea que desde el texto mismo de la exposición de motivos del proyecto de ley, los autores del mismo indicaron que la finalidad de la nueva normatividad consistía en establecer un marco jurídico de la actividad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria *“armonizando de esta forma el contenido de dicha reglamentación con la sentencia C-1161 del 6 de Septiembre de 2000, proferida por la Corte Constitucional”*. En tal sentido, la Ley 795 de 2002 tiene por objetivos proteger el ahorro público, prevenir

crisis financieras y atender de manera más eficiente y eficaz los problemas que pudiesen presentarse en cada una de las instituciones sometidas al control de la Superintendencia Financiera.

Aclara que la sentencia C-1161 de 2000 no declaró la exequibilidad condicionada de las expresiones “*de alguna ley o reglamento*” contenida en el inciso primero del artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, o de la expresión “*reglamento*” a que hacía alusión el artículo 211 del citado Estatuto, por considerar que tales segmentos normativos violaban los preceptos constitucionales. Dicha decisión obedeció simplemente a que la Corte consideró que se trataba de expresiones que por su ambigüedad podían lugar a desproporciones y conclusiones absurdas sobre la facultad sancionatoria.

Luego de elaborar un cuadro mostrando las diferencias existentes entre los fundamentos de la demanda que dio lugar a la sentencia C-1161 de 2000, las consideraciones de la Corte frente a los cargos endilgados en dicha oportunidad y la Ley 795 de 2003, la interviniente plantea las siguientes conclusiones:

1. La Corte no cuestionó la legalidad de las normas otrora contenidas en los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, simplemente consideró que, dada la ambigüedad de las expresiones “*de alguna ley o reglamento*” ello podría dar lugar a interpretaciones absurdas y, en consecuencia, condicionó sus efectos.
2. En razón de las consideraciones que, en su momento, tuvo en cuenta la Corte, la Ley 795 de 2003, al crear un nuevo régimen sancionatorio, detalló y explicó cada uno de los aspectos que habrían de regir, en adelante, en materia administrativa sancionatoria; y aún más, especificó los principios y criterios a tener en cuenta, el procedimiento a seguir, las reglas básicas para la graduación de la sanción, las diferentes sanciones a imponer según la gravedad de la conducta, con lo cual se materializa aún más el acatamiento del debido proceso.
3. Claramente se delimitó el campo de acción de la Superintendencia Financiera de Colombia en esta materia, detallando cuáles podrían ser las normas cuya violación se sancionaría, evitando entonces cualquier ambigüedad que pudiera entorpecer su debida aplicación y excluyendo cualquier posibilidad de sanción sobre la base de circulares meramente informativas o conceptos que emite el ente de control.
4. Los artículos describen los sujetos que pueden ser objeto de sanción, las sanciones que se pueden imponer a quienes incurran en el comportamiento punible, la conducta o comportamiento que pueden

dar lugar a la sanción, pues consiste en el desobedecimiento de las instrucciones o de las órdenes impartidas por la Superintendencia.

5. Las circulares o instructivos objeto de reproche establecen conductas en forma inequívoca y se publican de manera previa a su exigencia a las entidades y sujetos supervisados.

Agrega que las disposiciones acusadas son lo suficientemente precisas y claras para evitar que la sanción que se imponga lo sea con ocasión de un simple escrito enviado directamente a la entidad vigilada, pues ella hace referencia expresa a la clase de normas en cuya violación no debe incurrir la institución o la persona natural vigiladas, que no son otras que las que tienen relación directa con el ejercicio de su actividad.

En este orden de ideas, para la interviniente resulta claro que los instructivos de que trata la norma acusada son el resultado de lo dispuesto previamente en la ley; que aquéllos se expiden con todas las formalidades previstas en la ley para el efecto, de tal manera que pueden ser conocidos por todos los administrados.

Explica que no se aprecia que el legislador delegara en la Superintendencia Financiera la posibilidad de establecer conductas sancionables, puesto que la Ley 795 de 2003, al crear un nuevo régimen sancionatorio, la descripción del tipo se hace exclusivamente con la remisión a la violación de normas o instructivos que precisamente tienen referente y apoyo en las leyes mismas, de forma que en parte alguna las disposiciones que se acusan se está facultando al organismo de control para sancionar por conductas distintas de las allí mencionadas. Tampoco se puede entender que se está facultando a la Superintendencia para reglamentar aspectos relacionados con la imposición de sanciones, como sucedió con el artículo 52 respecto del Gobierno Nacional, que fue declarado inexecutable en la sentencia C-1161 de 2000 “*pues no se evidencia del texto de los artículos demandados facultad en tal sentido*”.

Adicionalmente, plantea que, el principio de legalidad no puede considerarse vulnerado cuando quiera que el Estado, mediante diversas agencias, en desarrollo de funciones de alta policía administrativa, profiere reglamentos técnicos que recogen conductas de imposible, o por lo menos, muy dilatado desarrollo por parte del legislador formal, en relación con materias de tan permanente evaluación y tan sensibles para la estabilidad del sector y para la protección del dinero del público.

Luego de traer a colación las sentencias C-214 de 1994, C-917 de 2002, C-099 de 2003, C-530 de 2003, C-406 de 2004, C-853 de 2005, indica que la potestad punitiva de la Superintendencia Financiera contribuye a la

realización de los fines del Estado; los bienes jurídicos protegidos por ésta son específicos y técnicos, por lo que no se agotan con la descripción de una normatividad formal y ordinaria; y las actuaciones administrativas de la Superintendencia Financiera están sujetas a control jurisdiccional.

Aunado a lo anterior, arguye que la tipicidad también se predica en la ejecución en detalle de la ley por parte de la administración para desarrollar los criterios más amplios establecidos por el legislador. En tal sentido, el legislador de 2003 vio la necesidad de que la Superintendencia Financiera cuente con las facultades sancionatorias necesarias en razón de la imposibilidad del legislador (Congreso o Presidente de la República) de abarcar el amplio mundo de la técnica financiera y bursátil.

Por último, en relación con la expresión “*estatutos sociales*”, la interviniente sostiene que “*en el ámbito de las sociedades financieras en particular el cumplimiento de los estatutos sociales trasciende la órbita propia de la sociedad y de los asociados, al comprometer intereses de toda la sociedad por cuya protección debe velar el Estado, para el caso la Superintendencia Financiera de Colombia*”.

5. Ministerio de Hacienda y Crédito público.

Pedro Leonardo Pacheco Jiménez, obrando como apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar exequibles las expresiones acusadas.

Señala que, en relación con la expresión “*de los estatutos sociales*”, contenida en las normas acusadas, se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material, en virtud de lo decidido en sentencia C-1161 de 2000. Por el contrario, estima que la Corte debe pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la expresiones “*o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*”, a pesar de lo decidido en la mencionada decisión, con base en los siguientes fundamentos.

Explica que se trata de una cosa juzgada aparente, por cuanto, si se revisa en detalle el texto de la sentencia, la Corte estimó que la expresiones referidas eran ambiguas, pero que no justificaba su retiro del ordenamiento jurídico. Por el contrario, expone, la Corte consideró declarar la exequibilidad condicionada de esas expresiones, en el entendido de que el término leyes sólo debía comprender aquellas que se refieran de manera explícita a los funcionarios de las entidades vigiladas; y que por reglamentos debían entenderse los expedidos por el Presidente de la República en ejercicio de sus funciones constitucionales de regulación e intervención en el sector, sin que de manera obvia se entiendan incluidos dentro de éstas las circulares o

conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria, “*sin embargo, respecto de esta última conclusión no hubo un estudio o razonamiento mínimo en la parte motiva de la sentencia C- 1161 de 2000*”.

Señala que las expresiones acusadas no vulneran el principio de legalidad, si se tiene en cuenta que es la propia ley la que establece con claridad los sujetos o destinatarios de la sanción, la causa por la cual puede imponerse, que para este caso es la autorización o ejecución de actos violatorios de las normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia Financiera, de acuerdo con sus atribuciones.

En relación con los sujetos o destinatarios de la sanción es claro que los mismos fueron determinados por la ley, en la medida en que el artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero fue el que determinó, para el caso de las sanciones personales, que las mismas son aplicables a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de una institución sujeta a la vigilancia de la Superintendencia Financiera. A su turno, el numeral 4º del mismo artículo establece con detalle cual es el procedimiento que debe seguir la Superintendencia para imposición de las respectivas sanciones administrativas.

Por último, en relación con el elemento que integra la definición de la sanción, de acuerdo con el principio de legalidad, como es lo relativo a la descripción de la conducta sancionable, tampoco cabe ninguna duda que tal definición fue realizada por la ley, en la medida en que los literales d) y b) de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establecen como sancionable la conducta consistente en autorizar o ejecutar actos violatorios de las normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia Financiera, de acuerdo con sus atribuciones. Se trata, por tanto, de unos tipos disciplinarios en blanco, técnica que no vulnera la Constitución.

Aclara que, contrario a lo sostenido por la demandante, dentro de la remisión no entran las órdenes o instrucciones de carácter particular que la Superintendencia Financiera dirige a una entidad particular, en razón de que para estos efectos y con un alcance normativo diferente están incluidas en el literal c) de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, respectivamente. La remisión, por el contrario, alude a normas o instrucciones de carácter general expedidas por la Superintendencia.

Agrega que, si alguna duda existiere sobre la capacidad de la Superintendencia de sancionar con base en sus propias instrucciones, es absolutamente necesario diferenciar la facultad instructiva del supervisor

financiero de su capacidad reguladora. De allí que las normas demandadas empleen las expresiones “normas o instrucciones”.

6. Universidad Libre de Colombia.

Orlando Acuña Gallego, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia, interviene en el proceso de la referencia para solicitarle a la Corte declarar inexecutable las expresiones acusadas.

El interviniente se pregunta, en primer lugar, si pueden las autoridades administrativas y las superintendencias ejercer funciones judiciales, pregunta que es respondida afirmativamente, con base en las sentencias C-592 de 1992 y C-1641 de 2000.

Un segundo interrogante que se plantea el interviniente es acerca de sobre cuáles conductas o infracciones pueden las superintendencias ejercer esas funciones judiciales. Al respecto sostiene que, en virtud del principio de legalidad, es claro que las instrucciones de la superintendencia no tienen el carácter de ley y mucho menos los estatutos sociales, que como se sabe son meros acuerdos de voluntades, fruto de la autonomía de la iniciativa privada.

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

El Señor Procurador General de la Nación, mediante concepto núm. 4113, radicado en la Secretaría General de la esta Corporación el 6 de junio de 2006, solicita a la Corte lo siguiente:

“Declarar **EXEQUIBLES** las expresiones “c) *Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones*” y “o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones” contenidas en el artículo 209, “o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones” y “c) *Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones*” contempladas en el artículo 211, ambos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

Lo anterior, bajo el entendido que las sanciones a imponer a las personas dedicadas a las actividades de captación solamente proceden por vulneración del régimen legal que les es aplicable y que “*las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones*” expedidos por la

Superintendencia Financiera de Colombia deben ser expresión directa e inmediata de dicho marco regulatorio y, únicamente, sirven como guía doctrinaria y criterio auxiliar para determinar la responsabilidad por violación del régimen legal de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público.

Ordenar **ESTARSE A LO RESUELTO** en la sentencia C- 1161 de 2000 y, por tanto, declarar **EXEQUIBLE** la expresión “de los estatutos sociales” contenida en los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, únicamente por el cargo analizado”.

La Vista Fiscal solicita a la Corte integrar la unidad normativa, por cuanto los apartes demandados se reproducen en el literal c) de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, en lo correspondiente a la procedencia de sanciones por incumplimiento de las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Financiera en ejercicio de sus atribuciones.

Afirma que, en materia sancionatoria administrativa, el debido proceso exige que la tipicidad a aplicar sea la consagrada en la ley, la que para el caso de las personas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, en razón de sus actividades de captación de recursos del público, es la establecida en las leyes marco que rigen tales actividades, regulación que al respecto le compete al Gobierno Nacional y las disposiciones legales que se relacionen con dichas actividades.

Sostiene que el principio de legalidad, que debe aplicarse al definir en el Estado las conductas sancionables cobra mayor vigor cuando las actividades objeto de control las desarrollan los particulares, puesto que su responsabilidad sólo se configura por infringir la Constitución y la ley. En este orden de ideas, no es de recibo la definición de conductas objeto de sanción que sea efectuada por disposiciones que no tengan rango legal, o lo que es igual, no es delegable en autoridad administrativa alguna la competencia legislativa en materia de tipicidad.

Al respecto señala que las superintendencias sólo cumplen funciones de policía administrativa con el fin de preservar el orden público económico, pero no tiene competencia alguna para expedir disposiciones con fuerza de ley ni las que competen al Presidente de la República para regular en virtud de leyes marco, o de reglamentar para la cumplida ejecución de las leyes; tan sólo cuentan con una función normativa residual, técnica, preventiva y

operativa para el cumplimiento de sus funciones, mediante normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que tiene que ser expresión del contexto normativo superior que les antecede. Por esa razón, no resulta procedente que, para el ejercicio de sus funciones sancionatorias, las superintendencias definan conductas de reproche administrativo a partir del ejercicio de su competencia normativa residual.

Agrega que, la función de inspección, vigilancia y control a cargo de la Superintendencia Financiera de Colombia se ejerce de acuerdo con la ley, que para el presente caso es el marco regulatorio que rige las actividades de captación de recursos del público, lo cual incluye el régimen sancionatorio a aplicar por el incumplimiento del mismo por lo que en ningún momento resulta procedente que mediante el ejercicio de la facultad normativa residual de que dispone para el desempeño de sus actividades, pueda dicha entidad fundamentar juicios de responsabilidad sobre sus vigiladas estableciendo conductas objeto de reproche y sanción administrativa a partir del incumplimiento de las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida en ejercicio de sus atribuciones.

Lo anterior, explica, debido a que las facultades de policía administrativa sobre las actividades de captación se ejercen de acuerdo con la ley, y porque el derecho al debido proceso reclama que los tipos, para efectos de que el Estado ejerza su poder punitivo, se rijan por el principio de legalidad. Por tanto, el incumplimiento que da origen a las sanciones administrativas a imponer a las personas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia en razón de sus actividades de captación de recursos del público, es únicamente el del marco legal que regula tales actividades.

Con todo, la Vista Fiscal aclara que la facultad normativa residual de que dispone la Superintendencia Financiera tiene incidencia en los procesos sancionatorios respectivos. En este sentido, las normas, órdenes, requerimientos e instrucciones que expida aquella en ejercicio de sus atribuciones, *“deben ser expresión directa e inmediata del marco normativo indicado, especialmente por razones técnicas complementarias o aclaratorias del mismo o para ejercer su control preventivo”*. En tal sentido, dichas reglas, además de hacer operativa la función de control preventivo, constituyen guía doctrinaria y criterio auxiliar de la actividad sancionatoria, especialmente para la determinación de la responsabilidad de las personas, por su carácter previo en relación con la debida aplicación del marco legal que las rige y que, en virtud del principio de publicidad, las deben conocer sus destinatarios antes de cualquier sanción por infracción de dicho marco, cuando se utilicen como apoyo para establecer tal responsabilidad.

Por otra parte, sostiene el Señor Procurador que la violación de los estatutos sociales de las instituciones que captan recursos del público, por parte de las

personas sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, genera responsabilidad que hace procedente la imposición de sanciones administrativas, por tratarse de actividades de interés público que sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley.

Al respecto indica que quienes deseen adelantar actividades de captación bajo la vigilancia de la Superintendencia Financiera, deben obtener autorización previa de la misma y constituirse como sociedades anónimas o asociaciones cooperativas. Dentro de la información que debe allegar la potencial entidad está el proyecto de estatutos sociales. Si cumple con los requisitos legales, a la entidad se le autoriza su constitución, por lo que debe elevar a la escritura pública sus estatutos sociales e inscribirse en el registro mercantil, de acuerdo con las normas comerciales.

En este orden de ideas, argumenta que no se vulnera el principio de legalidad que debe regir la tipología con la cual se determina la responsabilidad de quienes cumplen actividades comerciales de captación de recursos del público, para efectos de imponer las pertinentes sanciones, en primer lugar, porque es la expresión de la autorización previa del Estado para actuar comercialmente, en segundo término, porque los estatutos sociales se diseñan, aprueban y se solemnizan de acuerdo con la ley, y no por disposiciones normativas de inferior jerarquía; y en tercer lugar, porque son reglas con que la entidad vigilada se obliga a desarrollar su objeto social ante el Estado y la sociedad, por lo que las conocen y las deben aplicar en su integridad, precisamente con el fin de no comprometer indebidamente la confianza del público y el flujo monetario. En tal sentido, *“Se trata, no de un asunto privado de las entidades dedicadas a la captación, sino del interés general al cual deben ceder y sujetarse éstas, que no vulnera la legalidad ni la seguridad jurídica inmersa en tales estatutos, precisamente por su autorización previa y porque cualquier variación de los mismos debe hacerse de acuerdo con la ley, incluida la autorización pertinente”*.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer del asunto sometido a su consideración en virtud del artículo 241 numeral 4 de la Carta, por cuanto las expresiones acusadas están contenidas en la Ley 795 de 2003, *“Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones”*.

2. Problemas jurídicos.

La ciudadana María Camila Silva Mogollón presentó demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones “*de los estatutos sociales*” y “*de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*”, del artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, al igual que la expresión “*de los estatutos sociales, o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*”, del artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003; por considerar que vulneran los artículos 6, 29, 113, 114, 115, 150 y 189 constitucionales.

En lo que atañe a la vulneración del principio de legalidad contemplado en el **artículo 6** de la Carta Política señala la ciudadana que aquél resulta infringido con las expresiones legales demandadas, como quiera que sólo se puede sancionar a los particulares con base en una ley preexistente, “*es decir, por una ley en sentido formal o material, siendo claro que las instrucciones de la Superintendencia Financiera no tienen tal carácter*”.

Así mismo, en lo que concierne al derecho al debido proceso (**artículo 29 de la C. P.**), indica que las expresiones acusadas vulneran los principios de legalidad y tipicidad, por cuanto “*se le permite al ente de supervisión establecer, mediante sus actos administrativos, conductas sancionables diferentes a las consagradas en la ley*”, con lo cual se desconoce lo establecido por la Corte en sentencias C- 559 de 1999, C- 1161 de 2000, C- 647 de 2001 y C- 312 de 2002, “*en las que expresamente se indica que las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa, sino que, además, deben tener un fundamento legal, puesto que su definición no puede ser delegada a la autoridad administrativa*”.

Al respecto explica que las instrucciones dirigidas por la Superintendencia Financiera a una entidad vigilada por ella o las que, de manera general, imparta por medio de circulares externas o resoluciones, no tienen rango de ley, lo que ocasiona una infracción del derecho al debido proceso administrativo. Sostiene igualmente que cuando la Superintendencia sanciona a una de sus vigiladas con base en los estatutos sociales de la misma, los cuales son fruto de la autonomía privada, el ejercicio de la potestad sancionatoria no tendría origen en la ley.

Por otra parte, argumenta que las expresiones acusadas vulneran el principio de separación de poderes públicos (**artículo 113 constitucional**), por cuanto “*admiten la posibilidad de que la Superintendencia Financiera sancione a las entidades que se encuentran sometidas a su vigilancia fundamentada en las instrucciones que ella misma ha expedido, convirtiéndose en consecuencia a la vez en órgano legislativo y ejecutivo*”.

La vulneración del principio de separación de poderes repercute según la actora en la infracción de otros preceptos constitucionales, tales como el **artículo 114** Superior que establece la cláusula general de competencia normativa del Congreso de la República. Explica la actora que únicamente el órgano legislativo tiene la potestad de hacer las leyes, de tal suerte que dicha facultad no puede asumirla la Superintendencia Financiera, ni tampoco puede considerarse como cuerpo legislativo a los asociados o socios de una entidad financiera al redactar los estatutos de la misma. Por esa misma razón resultaría vulnerado el **artículo 150** constitucional (competencias legislativas del Congreso de la República) pues alega la demandante que sancionar a una entidad vigilada por vulnerar sus estatutos equivaldría a equiparar un contrato o acuerdo de voluntades, elevado a escritura pública y debidamente registrado en la Cámara de Comercio, con una ley de la República. En palabras de la ciudadana *“los estatutos sociales de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera no son leyes en sentido formal o material que puedan utilizarse como base para una sanción, no obstante lo cual su violación puede utilizarse por la vía civil para exigir responsabilidad pecuniaria a los socios o a los administradores de la sociedad respectiva, pero en momento alguno como base para la imposición de una sanción”*.

Por último, frente a la vulneración del **artículo 189 de la Carta Política**, argumenta que los segmentos normativos acusados, al permitirle a la Superintendencia Financiera impartirle a las entidades vigiladas instrucciones que tengan el carácter de normas o leyes que puedan servir de soporte para una sanción, *“o en otras palabras, al permitir que expida normas reglamentarias de una Ley que por su carácter puedan ser utilizadas como soporte para una sanción administrativa, estaría asumiendo la facultad reglamentaria exclusiva del Presidente de la República, razón por la cual estarían violando la Carta Política”*.

Las posiciones de los intervinientes en el proceso, a su vez, son diversas. Algunos, coadyuvan la demanda en todos sus aspectos, por cuanto estiman que las disposiciones acusadas vulneran diversos artículos constitucionales; otros, solicitan a la Corte, con base en lo decidido en sentencia C- 1161 de 2000, declarar exequible la expresión *“estatutos sociales”*, únicamente por los cargos formulados en la demanda e inexecutable el segmento normativo *“normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia Bancaria”*. Un tercer grupo, sostiene que esta Corporación debe declarar conformes con la Carta Política los segmentos normativos acusados, aclarando que, en relación con la expresión *“de los estatutos sociales”* se presenta el fenómeno de la cosa juzgada material, en virtud de lo decidido en sentencia C-1161 de 2000 y que, por el contrario, la Corte debería pronunciarse de fondo respecto a la constitucionalidad de la expresiones *“o de normas o instrucciones que*

expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones”, a pesar de lo decidido en la mencionada decisión, posición esta última que es compartida, con fundamento en numerosos argumentos, por la Superintendencia Financiera.

La Vista Fiscal, por su parte, solicita a la Corte integrar la unidad normativa, por cuanto los apartes demandados se reproducen en sendos literales c) de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, en lo correspondiente a la procedencia de sanciones por incumplimiento de las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Financiera en ejercicio de sus atribuciones. De igual manera, en relación con la expresión *“de los estatutos sociales”* el Jefe del Ministerio Público pide a esta Corporación estarse a lo resuelto en la sentencia C-1161 de 2000 y, por tanto, declarar exequible dicho segmento normativo. Así mismo, solicita un pronunciamiento de exequibilidad respecto de las expresiones *“c) Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones”* y *“o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones”* contenidas en el artículo 209, *“o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones”* y *“c) Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones”* contempladas en el artículo 211, ambos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, bajo el entendido que las sanciones a imponer a las personas dedicadas a las actividades de captación solamente proceden por vulneración del régimen legal que les es aplicable y que *“las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones”* expedidos por la Superintendencia Financiera de Colombia deben ser expresión directa e inmediata de dicho marco regulatorio y, únicamente, sirven como guía doctrinaria y criterio auxiliar para determinar la responsabilidad por violación del régimen legal de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público.

En este orden de ideas, le corresponde a la Corte determinar en primer lugar si, en relación con la expresión *“de los estatutos sociales”* de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, ha operado o no el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, de conformidad con lo decidido en sentencia C-1161 de 2000. Igual problema jurídico deberá resolver en lo concerniente al segmento normativo *“o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones”* contenido en las mismas disposiciones legales y frente al mismo fallo de constitucionalidad. De tal suerte que, en caso de no haber operado el

fenómeno de la cosa juzgada constitucional, la Corte deberá resolver los siguientes cargos de inconstitucionalidad:

1. Si los enunciados normativos demandados vulneran el debido proceso administrativo (art. 29 constitucional), específicamente el principio de legalidad en materia sancionatoria, al consignar que la Superintendencia Financiera¹ puede imponer **sanciones institucionales** a una entidad sujeta a su vigilancia; al igual que **sanciones personales** a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados que laboran en una entidad de esta naturaleza; por los actos violatorios de los *estatutos sociales*; debido a que los estatutos sociales de una institución financiera no son legal ni materialmente una ley y en esa medida no pueden configurar tipos sancionatorios administrativos. Este cargo subsume las acusaciones del demandante sobre la supuesta vulneración del principio de separación de poderes –artículos 113, 114, 150 y 189 constitucionales- por la atribución a un documento privado -los estatutos sociales de una institución financiera- fuerza de ley en materia de configuración de tipos sancionatorios administrativos.
2. Si los enunciados normativos demandados vulneran el debido proceso administrativo (art. 29 constitucional), específicamente el principio de legalidad en materia sancionatoria, al consignar que la Superintendencia Financiera² puede imponer **sanciones personales** a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de una institución sujeta a su vigilancia; al igual que **sanciones institucionales** a una entidad sujeta a su vigilancia; por la ejecución o autorización de actos violatorios de las *normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia Financiera*; debido a que tales actos administrativos no son legal ni materialmente una ley y en esa medida no pueden configurar tipos sancionatorios administrativos. Este cargo subsume las acusaciones del demandante sobre la supuesta vulneración del principio de separación de poderes –artículos 113, 114, 150 y 189 constitucionales- por la atribución a un acto administrativo –las normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia Financiera-

¹ Si bien los enunciados normativos demandados hacen referencia a la Superintendencia Bancaria, es preciso recordar que por medio de la expedición el Decreto 4327 de 2005, “*por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura*”, las atribuciones a las que hacen referencia los enunciados normativos demandados actualmente están en cabeza de a Superintendencia Financiera.

² Si bien los enunciados normativos demandados hacen referencia a la Superintendencia Bancaria, es preciso recordar que por medio de la expedición el Decreto 4327 de 2005, “*por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura*”, las atribuciones a las que hacen referencia los enunciados normativos demandados actualmente están en cabeza de a Superintendencia Financiera.

fuerza de ley en materia de configuración de tipos sancionatorios administrativos.

Para abordar el examen de los anteriores cargos la Corte (i) examinará el papel que están llamados a cumplir los órganos de inspección y vigilancia administrativa en materia bancaria, financiera, bursátil y aseguradora en un Estado Social de derecho; (ii) analizará el contenido y el alcance del principio de legalidad en materia de derecho administrativo sancionador; (iii) estudiará la complementariedad entre las facultades reguladora y sancionadora de la Superintendencia Financiera de Colombia; y (v) finalmente examinará la constitucionalidad de los enunciados normativos demandados. Previamente, examinará la supuesta existencia de cosa juzgada propuesta por algunos intervinientes así como la solicitud de integración de la unidad normativa solicitada por el Procurador.

3. La existencia de cosa juzgada constitucional respecto de los enunciados normativos demandados.

Sostiene la Vista Fiscal que se ha configurado el fenómeno de *cosa juzgada material* frente a la expresión *estatutos sociales* contenida en los enunciados normativos demandados, porque en la sentencia C-1161 de 2000 la Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad de disposiciones de idéntico contenido normativo incorporadas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Cabe señalar que la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre distintas categorías conceptuales que delimitan el alcance de la cosa juzgada constitucional, en aras de satisfacer tanto el objetivo de seguridad jurídica que persigue esta figura como las garantías ciudadanas propias del proceso de constitucionalidad, y las necesidades de cambio y evolución del ordenamiento jurídico³.

Una de sus modalidades es la cosa juzgada material, sobre cuyos alcances se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Corporación en reiteradas oportunidades. Así, por ejemplo, se ha sostenido que esta figura tiene lugar cuando la disposición acusada tiene un contenido normativo idéntico al de otro precepto legal sobre el cual esta Corporación previamente emitió una decisión, por lo que “*los argumentos jurídicos que sirvieron de fundamento para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de éste serían totalmente aplicables a aquella y la decisión que habría de adoptarse sería la misma que se tomó en la sentencia anterior.*”⁴

³ Ver las sentencias C-774 de 2001 y C-228 de 2002.

⁴ Auto 027 A de 1998, reiterado en las sentencias C-774 de 2001 y C-783 de 2004.

No obstante, en otras oportunidades la Corte Constitucional ha precisado que para que se configure la figura en estudio no basta la identidad en el contenido normativo entre los preceptos examinados respecto de otros previamente encontrados constitucionales, puesto que ha vinculado los efectos de la cosa juzgada material a la declaratoria de inexecutable de los enunciados normativos inicialmente examinados⁵.

En todo caso, más allá de la divergencia de posturas en cuanto a si se predica de sentencias que haya culminado con una declaratoria de executable o no, la jurisprudencia constitucional siempre ha sido constante en vincular la cosa juzgada material al concepto de precedente, específicamente con la obligación en cabeza del juez constitucional de *ser consistente con sus decisiones previas*, deber que no deriva *no sólo de elementales consideraciones de seguridad jurídica -pues las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles- sino también del respeto al principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. (...) Por ello la Corte debe ser muy consistente y cuidadosa en el respeto de los criterios jurisprudenciales que han servido de base (ratio decidendi) de sus precedentes decisiones*⁶. Empero, la cosa juzgada material no puede ser entendida como una *petrificación de la jurisprudencia* sino como un mecanismo que busca asegurar el respeto al precedente, pues lo contrario podría *provocar inaceptables injusticias*⁷. Por lo tanto frente al precedente sentado en una decisión anterior, la Corte Constitucional cuando existan razones que motiven un cambio jurisprudencial –tales como un nuevo contexto fáctico o normativo⁸- puede apartarse de la decisión adoptada en un pronunciamiento

⁵ Así, por ejemplo, en la sentencia C-228 de 2002 sostuvo:

“[P]ara determinar si se esta en presencia del fenómeno de la cosa juzgada material, es preciso examinar cuatro elementos:

1. Que un acto jurídico haya sido previamente declarado inexecutable.
2. Que la disposición demandada se refiera al mismo sentido normativo excluido del ordenamiento jurídico, esto es, que lo reproduzca ya que el contenido material del texto demandado es igual a aquel que fue declarado inexecutable. Dicha identidad se aprecia teniendo en cuenta tanto la redacción de los artículos como el contexto dentro del cual se ubica la disposición demandada, de tal forma que si la redacción es diversa pero el contenido normativo es el mismo a la luz del contexto, se entiende que ha habido una reproducción.
3. Que el texto de referencia anteriormente juzgado con el cual se compara la “reproducción” haya sido declarado inconstitucional por “razones de fondo”, lo cual significa que la ratio decidendi de la inexecutable no debe haber reposado en un vicio de forma.

Que subsistan las disposiciones constitucionales que sirvieron de fundamento a las razones de fondo en el juicio previo de la Corte en el cual se declaró la inexecutable.

Cuando estos cuatro elementos se presentan, se está ante el fenómeno de la cosa juzgada constitucional material y, en consecuencia, la norma reproducida, también debe ser declarada inexecutable por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política, pues éste limita la competencia del legislador para expedir la norma ya declarada contraria a la Carta Fundamental”

⁶ Sentencia C-447 de 1997.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Se trata del concepto de “Constitución viviente” que ha sido empleado en la jurisprudencia constitucional. Así, en la sentencia C-774 de 2001 sostuvo este Tribunal:

previo⁹, e incluso también puede llegar a la misma decisión adoptada en el fallo anterior pero por razones adicionales o heterogéneas¹⁰.

Esto lleva a que el juez constitucional deba evaluar en cada caso concreto las disposiciones demandadas aun en aquellos eventos en que textos idénticos hayan sido objeto de un pronunciamiento de exequibilidad. Así pues, si una nueva ley reproduce enunciados o contenidos normativos ya estudiados por esta Corporación y es acusada, no podrá acudir de manera automática los efectos de la figura de la cosa juzgada material para resolver los cargos formulados. Como antes se dijo, la constitucionalidad de una disposición no depende solamente de su tenor literal sino también del contexto jurídico en el cual se inserta, al igual que de las circunstancias fácticas que rodean la aplicación de la norma, por lo tanto será siempre necesario hacer un examen de constitucionalidad de los preceptos acusados para determinar si subsisten las razones que condujeron al pronunciamiento de exequibilidad en la decisión previamente adoptada.

“No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la cosa juzgada constitucional, es necesario advertir, que de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que habían sido objeto de decisión de exequibilidad previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva - aún cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental -, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de “Constitución viviente” puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución, - que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades -, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica”.

⁹ Un ejemplo lo constituye la sentencia C-228 de 2002, en la cual la Corte Constitucional decidió apartarse del precedente sentado en la sentencia C-293 de 1995 al estudiar la constitucionalidad de unas disposiciones del código de Procedimiento Penal que limitaban el papel de la parte civil en el proceso penal.

¹⁰ En el mismo sentido en la sentencia C-311 de 2002 sostuvo esta Corporación:

“El fallo anterior constituye un precedente respecto del cual la Corte tiene diversas opciones, ya que no queda absolutamente autovinculada por sus sentencias de exequibilidad. La primera, es seguir el precedente, en virtud del valor de la preservación de la consistencia judicial, de la estabilidad del derecho, de la seguridad jurídica, del principio de la confianza legítima y de otros valores, principios o derechos protegidos por la Constitución y ampliamente desarrollados por la jurisprudencia de esta Corte. En esta primera opción la Corte decide seguir la ratio decidendi anterior, mantener la conclusión que de ella se deriva, estarse a lo resuelto y, además, declarar exequible la norma demandada. Otra alternativa es apartarse del precedente, esgrimiendo razones poderosas para ello que respondan a los criterios que también ha señalado la Corte en su jurisprudencia, para evitar la petrificación del derecho y la continuidad de eventuales errores. También puede la Corte llegar a la misma conclusión de su fallo anterior pero por razones adicionales o diversas. En conclusión, los efectos de la cosa juzgada material de un fallo de exequibilidad son específicos y no se asimilan a los del derecho procesal general. Se inscriben dentro de la doctrina sobre precedentes judiciales en un sistema de tradición romano germánica, son los propios del proceso constitucional y responden a la interpretación de una Constitución viviente.

En conclusión, la identidad entre un enunciado o un contenido normativo declarado previamente exequible y otro reproducido en un nuevo cuerpo normativo, no puede ser el argumento concluyente para negarse a examinar el nuevo precepto por haberse producido la cosa juzgada material, pues dicha figura –entendida como al obligación de estarse a lo resuelto en un pronunciamiento anterior- está supeditada a la concurrencia de todos los elementos que a continuación se enuncian¹¹:

(i) Que exista una sentencia de constitucionalidad sobre la misma disposición incluida en el mismo cuerpo normativo, respecto de la cual se solicita estudio posterior (identidad formal).

(ii) Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta Corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud de estudio.

(iii) Que no se hayan producido cambios económicos, sociales, culturales, políticos e, incluso, ideológicos sustancialmente significativos que hagan insostenible, a la luz de la Constitución, el pronunciamiento anterior. Esto es, que se presente una identidad en el contexto fáctico y normativo entre el momento en que la Corte hizo su anterior pronunciamiento y el momento en que se solicita el nuevo análisis¹².

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Corte entra a determinar la operancia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con las expresiones legales demandadas.

En el caso concreto, la Corte en sentencia C-1161 de 2000 examinó la constitucionalidad del ordinal primero del artículo 211 del decreto ley 633 de 1993, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 211. - **SANCIONES ADMINISTRATIVAS**

¹¹ También ha establecido la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional que “*el control de constitucionalidad que se ejerce sobre los proyectos de leyes estatutarias es integral y como consecuencia de ello, una vez expedida la ley, la misma se encuentra amparada por la cosa juzgada material(...)*”. Así lo señaló esta Corporación en la sentencia C-1155 de 2005, en la cual la Corte se pronunció respecto de la demanda dirigida contra algunos apartes de los artículos 9° y 10° del Decreto 2652 de 1991, los cuales reprodujeron de forma idéntica apartes de los artículos 112 y 114 de la Ley 270 de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia) previamente analizada por este Tribunal. Por lo anterior, la Corte decidió “*Estar a lo resuelto en la sentencia C-037 de 1996 que declaró la exequibilidad de los artículos 112 y 114 del proyecto de ley estatutaria de la Administración de Justicia y en consecuencia, declarar exequibles el numeral 4) del artículo 9° del Decreto Ley 2652 de 1991 y la expresión “los abogados en ejercicio” contenida en el numeral 1) del artículo 10 del mismo Decreto Ley.*”

¹² Ver sentencia C-1121 de 2005.

1. **Régimen general.** Cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que éstos han violado una norma de su **estatuto** o **reglamento**, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá al establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional no menor de quinientos mil pesos (\$500.000) ni mayor de dos millones de pesos (\$2.000.000), graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores. Estas sumas se ajustarán anualmente, a partir de la vigencia del decreto 2920 de 1982, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE (negrillas y subrayados agregados).

Así mismo, examino el numeral 1 del artículo 211 del mismo Estatuto, disposición cuyo texto era el siguiente:

Artículo 211. Sanciones administrativas.

1. REGIMEN GENERAL. Cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometidas a su vigilancia, se cerciore de que éstos han violado **una norma de su estatuto o reglamento**, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá al establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional, no menor de quinientos mil pesos (\$500.000) ni mayor de dos millones de pesos (\$2.000.000), graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores. Estas sumas se ajustarán anualmente, a partir de la vigencia del Decreto 2920 de 1982, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE (negrillas y subrayados agregados).

Puede apreciarse entonces que estos enunciados normativos guardan semejanza con las disposiciones ahora examinadas en cuanto hace referencia a la previsión que la infracción de los *estatutos sociales* de las instituciones financieras configure un tipo sancionatorio administrativo, pues esta última expresión es simplemente una precisión del término *estatuto* inicialmente contenido en el artículo 211 del EOSF. En esa medida la sentencia C-1161 de 2000 constituye un precedente que deberá ser considerado por esta Corporación al momento de decidir la constitucionalidad de las

disposiciones acusadas dentro del presente expediente. Sin embargo, como se dijo anteriormente la existencia de un precedente en la materia no exime a esta Corporación de realizar un nuevo examen sobre los enunciados acusados en esta oportunidad, por las razones arriba consignadas.

No ocurre lo mismo con la expresión *reglamento* contenida en los artículos 209 y 211 originales del EOSF y declarada exequible condicionadamente en el pronunciamiento previo, la cual difiere de los términos *normas e instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones* contenida en el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, por medio del cual se sustituyen precisamente las disposiciones que fueron objeto de control en la sentencia C-1161 de 2000.

Entonces, es claro que respecto de las expresiones *normas e instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones* que trae la actual redacción de los artículos 209 y 211 del EOSF tal como fueron modificados por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, la sentencia C-1161 de 2000 no constituye un precedente al cual este vinculada esta Corporación en esta oportunidad, porque en el anterior pronunciamiento tuvo por objeto un enunciado normativo con un contenido diferente al ahora examinado.

En este orden de ideas, la Corte deberá continuar con el examen de las expresiones acusadas de conformidad con la secuencia propuesta en los apartados anteriores de esta decisión, pero antes de continuar con tal orden expositivo hará una breve referencia a la solicitud de integración de la unidad normativa con el literal c) de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero solicitada por el Procurador.

4. La solicitud de la integración de la unidad normativa formulada por la Vista Fiscal.

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera constante que la integración de la unidad normativa es excepcional, y sólo procede “*cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado*”¹³.

Se trata realmente de dos hipótesis diferentes en las cuales la Corte Constitucional puede extender su examen de constitucionalidad sobre

¹³ Sentencia C-320 de 1997.

disposiciones o enunciados normativos que no han sido acusados expresamente en la demanda. En primer lugar, cuando las expresiones demandadas carecen de un contenido deóntico claro unívoco o de un ámbito regulador propio, aislado del contexto en el cual están insertadas, y se requiere precisar su alcance incluyendo en el juicio de constitucionalidad otros enunciados normativos que las complementan, caso en el cual la Corte procede a formular la *proposición jurídica completa*¹⁴.

La otra hipótesis acaece cuando “[l]as normas (...) tienen cada una un sentido regulador propio y autónomo, pero el estudio de constitucionalidad de la disposición acusada impone el examen de la conformidad o inconvención con la Constitución de algunos elementos normativos a los cuales hace referencia, que están contenidos en otras disposiciones no demandadas. Con estas últimas se constituye la unidad normativa”¹⁵.

En este último evento la Corte Constitucional ha afirmado que debe existir una relación “íntima e inescindible” entre la disposición acusada y aquella respecto de la cual se integra la unidad normativa, de manera tal que para evitar un fallo inocuo resulte indispensable extender el examen de constitucionalidad a esta última¹⁶. La segunda hipótesis también tiene lugar cuando la disposición impugnada se encuentre íntima e inescindiblemente relacionada con otra norma que parece *prima facie* inconstitucional¹⁷.

Ahora bien, en el caso concreto el Ministerio Público solicita que se integre la unidad normativa con el literal c) de los artículos 209 y 211 del EOSF, enunciado normativo idéntico en ambas disposiciones, que otorga a la Superintendencia Financiera la atribución de imponer sanciones personales a los directivos de instituciones financieras sujetas a su vigilancia, al igual que a estas últimas cuando “*Incumplan las normas, órdenes, requerimientos o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en ejercicio de sus atribuciones, cuando dicho incumplimiento constituya infracción a la ley*”.

Considera la Vista Fiscal que los literales c) del artículo 209 y del artículo 211 reproducen el contenido de los literales demandados por la ciudadana Silva Mogollón, razón por la cual solicita que la Corte Constitucional extienda su examen a estos preceptos.

Encuentra esta Corporación que la solicitud formulada por el Ministerio Público de integración de la unidad normativa es improcedente, debido a que los enunciados normativos a los cuales pretende que se extienda el examen de constitucionalidad tiene un contenido normativo autónomo, y no se

¹⁴ Ver sentencias C-357 de 1999 y C-409 de 1994.

¹⁵ Sentencia C-349 de 2004.

¹⁶ Ver las sentencias C-538 y C-925 de 2005.

¹⁷ Sentencia C-320 de 1997.

encuentran en relación inescindible con las expresiones demandadas, ni tampoco resultan *prima facie* inconstitucionales.

En efecto, el literal c) de los artículos 209 y 211 del EOSF –tal como fueron modificados por el artículo 24 de la Ley 795 de 2003, versa sobre un supuesto diferente de configuración de tipos sancionatorios, que hace expresa referencia a la ley como origen de la potestad sancionadora del ente estatal, razón por la cual respecto de tales enunciados normativos no son predicables las acusaciones formuladas por la actora.

5. El principio de Estado social de derecho, la intervención del Estado en la economía y la inspección y vigilancia administrativa en materia bancaria, financiera, bursátil y aseguradora.

La Carta de 1991 dedica un capítulo completo (el XII) a regular el régimen económico y de la hacienda pública. Sin embargo, como ha señalado la Corte Constitucional, estas disposiciones no se pueden interpretar de manera aislada sino que es menester tener en cuenta los principios rectores del estado colombiano y los valores consagrados en el Preámbulo y en el Título I, y por otra parte los derechos fundamentales y los derechos económicos sociales y culturales enunciados en el Título II¹⁸.

El intérprete constitucional ha entendido la cláusula de Estado social de derecho como la llave maestra del orden constitucional económico y así lo ha dado a entender desde sus primeras decisiones¹⁹. Así mismo ha sostenido que la adopción de este modelo constitucional guarda estrecha relación con la consagración en el texto constitucional de “*un Estado interventor a través de un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas destinadas a la realización de un orden económico y social justo*”²⁰.

En efecto, si bien esta Corporación ha insistido en que la adopción del principio de Estado social de derecho no supuso la contitucionalización de “*un modelo económico restringido, rígido, inamovible, que tuviera como efecto legitimar exclusivamente una ideología o partido y vetar todas aquellas que le fueren contrarias*”²¹, eso no quiere decir que la Carta de 1991 sea un texto neutro, indiferente al comportamiento económico de los particulares o del Estado. Por el contrario “*el nuevo derecho constitucional*

¹⁸ Sentencia T-426 de 1992.

¹⁹ Por ejemplo, en la sentencia T-426 de 1992 sostuvo:

El Estado social de derecho, los principios de dignidad humana y de solidaridad social, el fin esencial de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales, y el derecho fundamental a la igualdad de oportunidades, guían la interpretación de la Constitución económica e irradian todos los ámbitos de su regulación – propiedad privada, libertad de empresa, explotación de recursos, producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, régimen impositivo, presupuestal y gasto público.

²⁰ Sentencia C-074 de 1994.

²¹ Ibidem.

diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal”²².

Por ello la Constitución provee al Estado *“de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento”* e igualmente dota *“a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública”²³.*

Entonces, la intervención del Estado en la economía tiene justificación no sólo desde una perspectiva organizacional, sino también desde un punto de vista axiológico pues persigue la materialización de principios y valores consagrados en el texto constitucional. Tal es precisamente el alcance del artículo 334 constitucional, precepto que radica en cabeza del Estado la dirección de la economía y prevé la intervención estatal en todas las actividades económicas para *“conseguir e mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”*, entre otros propósitos.

La intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de distintos instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos. Una de las expresiones de tales facultades es el poder de policía administrativa en materia económica, cuyo ejercicio supone, por una parte, la actuación de Congreso de la República, pero también la actividad de entidades que hacen parte de la Administración, las cuales ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control, a cargo del poder ejecutivo, sobre las actividades o agentes económicos.

Ahora bien, en la sentencia C-150 de 2003 esta Corporación sostuvo que la intervención estatal en el ámbito socioeconómico puede obedecer al cumplimiento de distintas funciones tales como la redistribución del ingreso y de la propiedad, la estabilización económica, la regulación económica y social de múltiples sectores y actividades específicas según los diversos parámetros trazados por la Constitución. De igual manera esta Corporación ha estimado que según su contenido, los actos de intervención pueden someter a los actores económicos a un régimen de declaración; a un régimen de reglamentación, mediante el cual se fijan condiciones para la realización de una actividad; a un régimen de autorización previa, que impide el inicio de la actividad económica privada sin que medie un acto de la autoridad pública que lo permita; a un régimen de interdicción que prohíbe ciertas actividades económicas juzgadas indeseables; y a un régimen de monopolio, mediante el cual el Estado excluye para sí ciertas actividades económicas y se reserva para sí su desarrollo sea de manera directa o indirecta según lo que establezca la ley²⁴.

Respecto de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y de cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, el artículo 335 constitucional establece un régimen de intervención estatal reforzada por tratarse de una actividad económica que compromete el interés público²⁵, y adicionalmente el artículo 189.24 atribuye al poder ejecutivo específicas funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realizan tal actividad. En esa medida, en este específico sector se justifica una mayor restricción de las libertades económicas, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional²⁶, lo cual va aparejado a un incremento de los poderes de las entidades estatales en ejercicio de la función de policía administrativa.

Ahora bien, el texto constitucional no hace específica referencia a la *actividad bancaria* en los preceptos antes mencionados, no obstante, emplea la expresión *actividad financiera* la cual ha sido considerada

²⁴ Sentencia C-150 de 2003.

²⁵ Ver sentencia SU-157 de 1999.

²⁶ Ibidem.

jurisprudencialmente como un término genérico que cobija a la primera²⁷. Cabe señalar por otra parte que el mandato de intervención reforzada que contienen los artículos 189.24 y 335 de la Constitución cobija cualquier actividad relacionada con “*el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos capados del público*”, descripción dentro de la cual queda comprendido sin lugar a dudas el sector bancario.

Si bien la expresión *interés público* es un concepto jurídico indeterminado al cual pueden ser adscritos distintos significados, la jurisprudencia constitucional respecto de la actividad bancaria ha deducido de esta calificación algunas consecuencias concretas, entre las que cabe mencionar: (i) el acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado; (ii) la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio, puesto que si bien aquella debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del ahorro; (iii) la libertad contractual de los bancos está limitada si se tiene en cuenta que el artículo 335 dispone, como una obligación constitucional, la Democratización del crédito²⁸.

Lo anterior no significa que “*el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado*”²⁹.

Por otra parte la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la actividad bancaria el carácter de un servicio público. En efecto, a pesar que tal calificación corresponde en primera instancia al Legislador y que actualmente no existe una disposición legal que así lo prevea de manera expresa³⁰, esta Corporación ha considerado que tal actividad, al estar

²⁷ Sobre este extremo sostuvo la sentencia T-520 de 2003: “La distinción terminológica usual entre actividad financiera y actividad bancaria supone que la segunda es una especie de la primera, a la cual corresponderían también la actividad bursátil y aseguradora. Sin embargo, como la Constitución trata éstas dos últimas como categorías aparte, la utilización indistinta de las expresiones “actividad bancaria” y “actividad financiera” no supone problemas en el ámbito constitucional”.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ El Decreto 1593 de 1959, que se expidió con fundamento en el inciso i) del artículo 1º del Decreto 753 de 1956, fue derogado por el 3º de la Ley 48 de 1968, razón por la cual no está vigente.

relacionada con el manejo, el aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, al involucrar el interés público, y al reunir adicionalmente otra serie de características tales como su importancia para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, un diseño constitucional que prevé una intervención reforzada del Estado y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción³¹. Lo anterior no quiere decir que las nociones de interés público y de servicio público se confundan o que toda actividad que involucre el interés público pueda ser catalogada como servicio público, pues han sido las especiales características de la actividad bancaria las que han motivado esta doble calificación, es decir, además de ser una actividad que compromete el interés público es un servicio público³².

³¹ Al respecto puede consultarse las sentencias SU-157 de 1997 y T-520 de 2003.

³² En la Aclaración de voto a las sentencia T-1179 de 2000, reiterada posteriormente en la sentencia T-763 de 2005 sostuvo el Magistrado Álvaro Tafur Galvis:

“Atendido el modelo económico constitucional, la calificación de una actividad como de servicio público no queda a la libre conformación por parte del legislador es necesario que en ausencia de calificación constitucional expresa (por ej. educación, seguridad social, salud pública y saneamiento) confluyan características especiales en la actividad de que se trate para que sea acreedora al régimen especial que a partir del artículo 365 de la Constitución Política compete establecer al legislador. En ese orden de ideas, es evidente que las características, naturaleza y régimen especial de las actividades financiera, bursátil, aseguradora se proyecta desde la Constitución y no puede ser ignorado por el legislador. Efectivamente, si bien es cierto que el régimen jurídico de los servicios públicos depende del legislador (Artículo 365 en concordancia con el artículo 150,23) no es menos cierto que la Constitución de 1991 parece haber diseñado un régimen especial para actividades como la financiera tipificando además, especialmente las instituciones cuyo objeto sea precisamente el adelantamiento de las mismas.

En ese orden de ideas, debe anotarse que el Constituyente en varios textos se refiere y regula de manera específica las actividades financiera, bursátil y aseguradora, de manera tal que no sea dable al legislador a mi juicio en cumplimiento de la función de calificar una actividad como de servicio público asignarle tal condición a las financiera, bursátil y aseguradora.

Precisamente, el artículo 335 define las actividades financiera, bursátil y 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 concordancia con esta disposición, la Constitución da un tratamiento especial - precisamente en el citado numeral 19 del Artículo 150 - a la regulación que puede expedir el legislador y también el Artículo 189 establece como función específica del Presidente de la República, la de ejercer de acuerdo con la ley la inspección vigilancia y control sobre las personas que realicen actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

Por su parte, como es sabido y ya se ha expresado, la Constitución a partir de la disposición del Artículo 365 prevé la formulación de un régimen legal especial de los servicios públicos dentro del cual se contemplan funciones específicas de inspección y vigilancia y un régimen especial, teniendo en cuenta las características de esas actividades.

Así las cosas, en el marco de la Constitución vigente, bien puede afirmarse, que no toda actividad de interés público es servicio público y no ha de estar sujeta necesariamente a las reglas del servicio público. En consecuencia la proyección de la noción y consecuencial trato como actividades de servicio público a las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras quizá no se corresponde en la actualidad con los enunciados constitucionales.

Lo anterior, por supuesto no empecé que el legislador establezca tratamientos especiales para ellas, en consideración a su catalogación constitucional como de interés público, pero

En este orden de ideas, esta Corporación ha establecido claros criterios jurisprudenciales respecto de la **actividad bancaria** en el sentido de que (i) se trata de un servicio público por sus características de permanencia, continuidad, regularidad, y generalidad³³, (ii) si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material, con relevancia jurídica frente al usuario y se obliga por lo tanto a respetar los derechos de los usuarios³⁴; (iii) la prestación del servicio bancario, como parte integrante de la actividad financiera, es de interés público, lo que significa que esta actividad debe buscar el bienestar general³⁵; (iv) no todas las personas pueden prestar el servicio público bancario, pues en razón del alto riesgo social que implica esa actividad, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional, justifican la previa licencia gubernamental³⁶; (v) la calificación como servicio público de la actividad financiera permite que el Estado la regule, otorgándole a las personas que la ejercen un conjunto de derechos, facultades y prerrogativas, y permite que a la vez ejerza sobre ellos la vigilancia, inspección y control, necesarios para garantizar el cumplimiento de sus finalidades sociales³⁷; (vi) en tanto que servicio público, la actividad bancaria constituye un instrumento necesario para la realización de los valores y principios constitucionales fundamentales³⁸; y (vii) el Estado debe garantizar que dicho servicio se preste de conformidad con los principios de eficiencia y universalidad, y para ello cuenta con las potestades necesarias para regularlos, controlarlos, y vigilarlos³⁹.

De igual manera, en relación con la **actividad bursátil**, la Corte ha estimado que (i) al igual que sucede con las entidades financieras, la actividad bursátil es de interés público⁴⁰; (ii) el carácter de interés público de esa actividad se concreta en la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores, hoy Financiera de Colombia, la cual debe intervenir para mantener el mercado bursátil debidamente organizado, velar porque quienes participan en él desarrollen su actividad en condiciones de igualdad, transparencia y no se ponga en peligro ni se lesione el interés público y específicamente el interés de los inversionistas⁴¹; (iii) el ejercicio de la actividad es reglado, como quiera que la legislación y la inspección

sin que se confundan con el tratamiento propio de las actividades calificadas como servicios públicos que, se reitera, responden a una axiología diferente.”

³³ Sentencias T-443 de 1992 y Su-157 de 1999.

³⁴ Sentencia C- 122 de 1999, SU- 157 de 1999, reiterada por las sentencias SU- 167 de 1999 y T- 763 de 2005.

³⁵ Sentencia SU- 157 de 1999.

³⁶ Sentencia SU- 157 de 1999 y T- 693 de 2000.

³⁷ Sentencia T- 520 de 2003.

³⁸ Sentencia T- 520 de 2003.

³⁹ Sentencia T- 520 de 2003.

⁴⁰ Sentencia SU- 166 de 1999.

⁴¹ Sentencia SU- 166 de 1999.

gubernamental determinan cuáles transacciones deben llevarse a cabo obligatoriamente a través de bolsas de valores, qué montos y cómo deberá efectuarse cada transacción⁴²; (iv) se trata de una actividad sometida a autorización gubernamental previa⁴³; (v) el Estado ha intervenido en esta actividad de manera especial para prevenir conductas delictivas, tales como, el lavado de activos y la utilización de esta labor para fines diferentes al interés público⁴⁴; y (vi) la actividad bursátil es una de aquellas en que se manifiesta la potestad administrativa sancionatoria.⁴⁵

Desde la anterior perspectiva, las actividades bancaria, bursátil, aseguradora o cualquier otra vinculada con la captación de recursos de los inversionistas o ahorradores se encuentran sometidas a un régimen estricto de intervención del Estado, en el sentido de requerir autorizaciones previas para su funcionamiento, e igualmente, son constantemente vigiladas y controladas por organismos gubernamentales de carácter técnico, llamados a ejercer funciones de policía administrativa, como lo es la Superintendencia Financiera de Colombia, con el propósito de asegurar la confianza en el sistema financiero, así como garantizar la transparencia de las actividades realizadas por las entidades vigiladas, evitar la comisión de delitos, en especial, relacionados con el lavado de activos, y proteger los intereses de terceros de buena fe que pueden resultar lesionados por operaciones de mercado irregulares, inseguras o inadecuadas.

En esa medida la atribución de funciones de policía administrativa a la Superintendencia Financiera es una expresión del control reforzado estatal sobre una actividad económica y los agentes que la desempeñan ordenado por los artículos 189.24 y 335 constitucionales y, adicionalmente, preserva fines relevantes no sólo para el adecuado desempeño de la actividad bancaria, financiera, bursátil y aseguradora de una institución financiera en especial, o de un sector económico específico, sino para la estabilidad macroeconómica del país. La importancia de tales propósitos, relevantes desde el punto de vista del ordenamiento constitucional, justifica la asignación de potestad sancionadora a la Superintendencia Financiera, la cual debe ser suficiente y adecuada para cumplir los altos fines encomendados, de manera tal que el ente estatal pueda adoptar medidas eficaces para prevenir y sancionar las actuaciones de los agentes económicos o de las instituciones que los amenacen o lesionen, entre las cuales se cuenta la imposición de sanciones personales o institucionales.

Este es el marco constitucional dentro del cual deben ser examinados los enunciados normativos demandados, es decir, a la luz de la intervención estatal en una actividad económica para asegurar los fines propios del Estado

⁴² Sentencia SU- 166 de 1999.

⁴³ Sentencia SU- 166 de 1999.

⁴⁴ Sentencia SU- 166 de 1999.

⁴⁵ Sentencia C- 406 de 2004.

social de derecho, por medio de entidades que cumplen funciones de policía administrativa reforzada –debido a específicos mandatos constitucionales de intervención-. Bajo esta perspectiva pasará a examinarse el alcance del principio de legalidad en materia de derecho administrativo sancionatorio.

5. El principio de legalidad en materia de derecho administrativo sancionatorio.

Un examen atento de la jurisprudencia de la Corte en materia de derecho administrativo sancionatorio evidencia la existencia de unas claras líneas jurisprudenciales en la materia. En efecto, si bien se ha reconocido que esta modalidad hace parte del *derecho punitivo del Estado*⁴⁶, la jurisprudencia ha destacado que esta modalidad jurídica persigue fines propios ligado con los principios teleológicos que orientan la actividad de la Administración. Así, en la sentencia C-214 de 1994 se consigna al respecto:

“[La] potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues (...) permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos (...)”

Por esa razón se ha entendido que hace parte de las competencias de gestión que constitucionalmente se le atribuyen a la Administración *“pues es indudable que si un órgano tiene la facultad jurídica para imponer una obligación o para regular una conducta con miras a lograr la realización del interés general, el incumplimiento de ese mandato correlativamente debe implicar la asignación de atribuciones sancionatorias bien sea al mismo órgano que impuso la obligación o a otro distinto, con el propósito de asegurar la vigencia del orden jurídico mediante la imposición de los castigos correspondientes”*⁴⁷.

⁴⁶ Véase, entre otras, las sentencias C-214 de 1994, C-948 de 2002 y C-406 de 2004. Sobre este extremo se sostuvo en la sentencia C-818 de 2005:

Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del *ius puniendi*, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario⁴⁶ y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador.

⁴⁷ Sentencia C-818 de 2005.

Debido a las finalidades propias que persigue, y a su relación con los poderes de gestión de la Administración, la jurisprudencia constitucional, ha sostenido reiteradamente que el derecho administrativo sancionador guarda importantes diferencias con otras modalidades del ejercicio del *ius puniendi* estatal, específicamente con el derecho penal, especialmente en lo que hace referencia a los principios de legalidad y de tipicidad, al respecto se ha sostenido que si bien los comportamientos sancionables por la Administración deben estar previamente definidos de manera suficientemente clara⁴⁸; el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal⁴⁹; por lo tanto el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal⁵⁰. En esa medida el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate⁵¹ y aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no se puede demandar en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos hace posible también una flexibilización razonable de la descripción típica⁵².

Tal flexibilidad en materia de legalidad y tipicidad se ha justificado por la variabilidad y el carácter técnico de las conductas sancionables, que dificultaría en grado sumo la redacción de un listado minucioso por parte del legislador, así como el señalamiento en cada caso de dichos supuestos técnicos o específicos que permitan al propio tiempo determinar los criterios para la imposición de la sanción. Adicionalmente en ciertas áreas sujetas al control de la Administración, que se caracterizan por su constante evolución técnica, la exigencia rigurosa del principio de legalidad acarrearía en definitiva la impunidad y la imposibilidad de cumplir con las finalidades estatales⁵³.

En esa medida la flexibilidad en la configuración del tipo sancionatorio persigue garantizar la eficiencia y la eficacia en el cumplimiento de los deberes constitucionales a cargo de la Administración, sin que tales

⁴⁸ Sentencia C- 530 de 2003.

⁴⁹ Sentencias T- 438 de 1992, C- 195 de 1993, C- 244 de 1996, C- 280 de 1996 y C- 530 de 2003.

⁵⁰ Sentencia C- 530 de 2003.

⁵¹ Sentencia C- 406 de 2004.

⁵² Sentencias C- 564 de 2000 y C- 099 de 2003.

⁵³ En estos eventos, como se señala en la sentencia C-343 de 2006, el legislador puede acudir a la técnica de la remisión normativa puesto que determinadas materias “*están sujetas a constantes modificaciones y ajustes, lo cual hace imposible que el Congreso de la República o el legislador extraordinario pueda vislumbrar en un momento determinado cuales serán los nuevos deberes, obligaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento en un momento determinado puedan llegar a constituir una conducta reprochable. De la misma forma, existen disciplinas jurídicas de enorme complejidad técnica que dificultan su descripción minuciosa por parte del legislador*”.

propósitos justifiquen la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad sancionadora. Así ha manifestado que:

“(…) guarda coherencia con los fines constitucionales de esta actividad sancionatoria administrativa, que las hipótesis fácticas establecidas en la ley permitan un grado de movilidad a la administración, de forma tal que ésta pueda cumplir eficaz y eficientemente con las obligaciones impuestas por la Carta. Sin embargo, debe precisarse que la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Por el contrario, en el derecho administrativo sancionador el principio de legalidad exige que directamente el legislador establezca, como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, al igual que exige que en la ley se establezca también la sanción que será impuesta o, igualmente, los criterios para determinarla con claridad”.⁵⁴

De igual manera, cabe señalar que la flexibilización del concepto de legalidad en derecho administrativo sancionatorio presenta un importante desarrollo en lo que concierne a las actividades bancaria y bursátil, debido a las características que las mismas presentan⁵⁵. En efecto, las normas del derecho bancario y bursátil constantemente deben ajustarse a las variables necesidades de los mercados financieros interno e internacional. De allí que determinadas medidas de carácter normativo pierdan rápidamente su razón de ser y eficacia; incluso pueden resultar inconvenientes o contraproducentes a mediano o largo plazo para los operadores del mercado, afectándose también el interés público. De tal suerte que la regulación de dichos sectores de la economía sea, por naturaleza, mutable, sin ánimo de permanencia.

Así mismo, no se puede perder de vista que los destinatarios del derecho administrativo sancionatorio en materia bancaria y bursátil son instituciones altamente especializadas, al igual que sus directivos, quienes deben cumplir unos deberes encaminados a garantizar la seguridad, licitud y transparencia de las operaciones que realizan, la estabilidad macroeconómica del país, y en últimas, los derechos de terceros de buena fe. Todo ello, en un contexto de integración económica y de globalización de los mercados financieros y

⁵⁴ Sentencia C-406 de 2004. A.V.: Álvaro Tafur Galvis, A.V.: Manuel José Cepeda Espinosa, S.P.V.: Jaime Araújo Rentería.

⁵⁵ Hugo Rangel Cuoto, *El derecho económico*, México, 1986.

bursátiles, en los cuales interactúan constantemente diversos centros bancarios, intermediarios, bolsas de valores, empresas, al igual que organismos de supervisión de diversos países. Se trata, en consecuencia, de unas actividades económicas llevadas a cabo por operadores del mercado calificados, las cuales implican elevados riesgos para los usuarios del sistema financiero colombiano.

En suma, la reserva de ley, que opera de manera estricta en materia penal, resulta ser más flexible en el ámbito de las sanciones administrativas, especialmente en materia bancaria y bursátil, debido a los rasgos distintivos de dicho sector económico, sin que en todo caso quepa considerar que desaparece la vinculación positiva al principio de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria y por medio de reglamentos puedan configurarse de manera autónoma conductas sancionables. Así, mientras que en el primer caso la ley legitimadora por regla general ha de contemplar tanto la previsión de la pena como de la descripción de la conducta ilícita (tipicidad), sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo, salvo el caso excepcional y restrictivo de los tipos penales en blanco; en el segundo evento, es decir cuando se trata del derecho administrativo sancionador, el principio de legalidad de las sanciones administrativas sólo exige que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionables, las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables, sin que pueda decirse en este caso que las normas de carácter reglamentario complementan los enunciados legales, pues se trata de una remisión normativa contemplada específicamente por la disposición legal de carácter sancionador.

6. Complementariedad entre las facultades de regulación y sancionatoria de la Superintendencia Financiera de Colombia.

La Superintendencia Financiera de Colombia surgió de la fusión de la Superintendencia Bancaria en la Superintendencia de Valores, la cual tuvo lugar por medio del Decreto 4327 de 2005. La entidad resultante ejerce las funciones de supervisión que estaban a cargo de las superintendencias fusionadas enunciadas, entre otras disposiciones, por el Decreto 2739 de 1991, el Decreto 663 de 1993 y la Ley 964 de 2005.

Corresponde entonces a la Superintendencia Financiera ejercer las funciones que antes correspondían a la Superintendencia Bancaria y a la Superintendencia de Valores, entre las que se cuenta el ejercicio de diferentes modalidades de supervisión, entre las que cabe destacar (i) concesión de autorización de funcionamiento para las entidades vigiladas; (ii) expedición de autorizaciones para llevar a cabo determinadas actividades (vgr. fusiones,

transformaciones, apertura de filiales, horarios de servicio, adquisición de activos fijos); (iii) regulación mediante la expedición de reglamentos técnicos (vgr. contabilidad bancaria, determinación de prácticas inseguras, definición de la información que debe brindarse al mercado, sistema de información comercial de centrales de riesgo); (iv) de inspección a las entidades vigiladas mediante la realización de visitas; (v) de información consistente en cuidar que los establecimientos sometidos a su vigilancia provean suficiente información al público acerca de su situación y las características de sus productos; (vi) de certificación (vgr. tasa de interés bancario corriente); (vii) de elaboración de doctrina por medio de la expedición de conceptos; (viii) sancionatorias derivadas de su calidad de ente de alta policía administrativa encaminadas a mantener y salvaguardar el orden público económico; y (ix) de prevención consistente en la emisión de órdenes o instrucciones necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento cuando la Superintendencia considere que una entidad vigilada está violando sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura.

Tales funciones se ejercen mediante la expedición de actos administrativos y en esa medida hoy en día la Superintendencia Financiera profiere los que antes correspondían a la Superintendencia Bancaria y a la Superintendencia de Valores. Sobre el particular, es necesario tomar en cuenta que, de conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero -Decreto 663 de 1993-, la Superintendencia Financiera tiene competencia para expedir las siguientes variedades de actos administrativos (i) de carácter general tales como resoluciones, circulares externas o cartas circulares, mediante las cuales se imparten instrucciones a las instituciones vigiladas o se adopten medidas de carácter general, adjuntando la justificación que explica o motiva su expedición⁵⁶, dentro de las cuales se destacan la Circular Básica Contable y Financiera y la Circular Básica Jurídica, y (ii) actos administrativos particulares, como por ejemplo, aquellos mediante los cuales se ordena la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada para su liquidación, se ordene liquidar una entidad aseguradora, se imponga una multa, entre otros.

A su vez la Superintendencia Financiera, en los términos del Decreto 2739 de 1991, “*por el cual se adecua la estructura de la Comisión Nacional de Valores a su nueva naturaleza de Superintendencia*” tiene competencia para expedir (i) actos administrativos de carácter general mediante los cuales se permita establecer cuándo una oferta de valores tiene el carácter de oferta pública, se organice el funcionamiento del Registro Nacional de Valores y de Intermediarios de los mismos, así como los requisitos que deben reunir

⁵⁶ Art. 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

documentos e intermediarios para ser inscritos en tales registros, señalar los requisitos que deben observarse para que los valores puedan ser inscritos y negociados en las bolsas de valores, se fijen las condiciones de admisión de miembros en la bolsa de valores, se adopten criterios generales que permitan determinar cuáles transacciones deben llevarse a cabo obligatoriamente a través de las bolsas de valores, entre otras; y (ii) actos administrativos particulares.

Posteriormente, la Ley 964 de 2005, en su artículo 6º, le otorgó la competencia a la Superintendencia de Valores –hoy en cabeza de la Superintendencia Financiera- para impartirle instrucciones a las entidades sujetas a su inspección y vigilancia permanente o control acerca de la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en el mercado de valores, fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación.

Ahora bien, como se sostuvo en el acápite anterior de esta decisión, la **facultad sancionatoria de la administración** se orienta a la propia protección de su organización y funcionamiento⁵⁷; en tanto que potestad propia de la administración necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines⁵⁸. Tal potestad permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos⁵⁹; y en esa medida constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas⁶⁰.

Entonces, la atribución en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia para expedir determinados reglamentos técnicos, lleva aparejada la de contar con la competencia para velar por el cumplimiento de aquéllos, lo cual implica el adelantamiento de los correspondientes procedimientos administrativos encaminados a imponer sanciones en caso de incumplimiento de los mismos.

En efecto, la función de vigilancia y control, que es de carácter operativo, apunta a asegurar el respeto de la reglamentación expedida por los organismos competentes mediante la puesta en marcha de instrumentos represivos. Se presenta, por tanto, una unidad en la misión de prevención y sanción encomendada a la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual se cumple mediante el ejercicio de las facultades de reglamentación,

⁵⁷ Sentencia T- 145 de 1993.

⁵⁸ Sentencia C-597 de 1996.

⁵⁹ Sentencia C-597 de 1996.

⁶⁰ Sentencia C-214 de 1994, reiterada en sentencia C- 506 de 2002.

instrucción, investigación, requerimiento y sanción. Existe, en consecuencia, un necesario complemento entre las facultades punitivas y preventivas, en el sentido de que las segundas son ejercidas cuando quiera que las primeras resulten ser insuficientes, y la autoridad administrativa deba sancionar a los infractores con miras a asegurar una protección eficiente del sector económico encomendado⁶¹. De tal suerte que las facultades reglamentarias y sancionatorias de las entidades administrativas de inspección y control se encuentran íntimamente ligadas.

Esta Corporación ya se había referido a la complementariedad en las funciones de regulación y la potestad sancionadora en cabeza de ciertas entidades estatales. Al respecto, la Corte en sentencia C- 921 de 2001, con ocasión del examen de unas expresiones del decreto Ley 1259 de 1994, “*por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud*”, consideró lo siguiente:

La conducta o comportamiento que da lugar a la imposición de la sanción también se encuentra nítidamente descrita, y consiste en el **desobedecimiento de las instrucciones y órdenes que imparte la Superintendencia Nacional de Salud**. Las expresiones “instrucciones y órdenes” deben entenderse conforme al uso general y ordinario de las palabras. Instrucción, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es el “conjunto de reglas o advertencias para algún fin”; “reglamento en que predominan las disposiciones técnicas y explicativas para el cumplimiento de un servicio administrativo”. Orden es una “regla o mandato” (negrillas originales).

Si a los sujetos a la vigilancia y control de la Superintendencia de Salud se les imponen unos deberes y obligaciones por parte de esa entidad con el único fin de lograr la eficiencia, calidad, oportunidad y permanencia en la prestación del servicio público de salud, resulta apenas obvio, que se le autorice a esa misma entidad para imponer sanciones de naturaleza administrativa a quienes no cumplan sus mandatos, como medio de coerción ideado por el legislador, que se muestra razonable y proporcionado para ese fin.

Resulta por lo tanto ajustado a la Constitución, atribuir de manera simultánea funciones de tal índole a una misma entidad estatal en aras de garantizar el

⁶¹ Claudia Jiménez Jaramillo, Represión administrativa y organismos de vigilancia y control. Análisis comparado colombo-francés, Universidad Externado de Colombia, 2000.

cumplimiento de los principios que rigen la función administrativa y los fines propios del Estado.

De igual manera, los “Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Efectiva”, definidos por el Comité de Basilea en 1997, los cuales han sido tomados en consideración por la jurisprudencia constitucional⁶², disponen que los Estados deben contar con un sistema efectivo de supervisión bancaria, lo cual implica disponer de “un marco de leyes bancarias que establezcan estándares mínimos que los bancos deben cumplir; que otorgue la suficiente flexibilidad al supervisor para establecer administrativamente, conforme sea necesario, reglas prudenciales para alcanzar los objetivos deseados, así como para utilizar juicios cualitativos; que provea poderes para recolectar información y verificarla de manera independiente; y, que otorgue poder al supervisor para ejecutar una variedad de sanciones que sean aplicables cuando no se cumpla con los requerimientos prudenciales, incluyendo poderes para destituir individuos, promover sanciones y revocar licencias”. Otro tanto sucede en el derecho comparado, en el cual existe una importante tendencia en el sentido de garantizarle al órgano de inspección y vigilancia la facultad de sancionar a las entidades vigiladas por el incumplimiento de reglamentaciones e instrucciones dadas por las mismas.

⁶² Sentencias SU- 157 de 1999, C- 326 de 2000 y C- 851 de 2005.

En tal sentido, se pueden consultar las legislaciones ecuatoriana⁶³, peruana⁶⁴, argentina⁶⁵, española⁶⁶ y británica.⁶⁷

Por último, podría pensarse que el ejercicio simultáneo por parte de la Superintendencia Financiera de la facultad reguladora, mediante la expedición de normas e instrucciones, y de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las mismas, podría ir en detrimento del debido proceso de las instituciones y de las personas sobre las cuales se ejercen tales competencias. Empero, como ha señalado la jurisprudencia constitucional

⁶³ Así por ejemplo, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero del Ecuador, del 9 de enero de 2002, dispone:

ARTICULO 134. - Cuando en una institución del sistema financiero sus directores, administradores, funcionarios o empleados infringiesen leyes o reglamentos que rijan su funcionamiento y dichas leyes o reglamentos no establezcan una sanción especial, o en los casos en que contravinieren instrucciones impartidas por la Superintendencia, ésta impondrá la sanción de acuerdo con la gravedad de la infracción, la misma que no será menor de 50 UVCs y no excederá de 3.000 UVCs. La reincidencia de la infracción, de contravenir instrucciones impartidas por la Superintendencia, será de responsabilidad de la entidad. Igual sanción se impondrá a cualquier persona o institución que sin tener las calidades indicadas en el párrafo que antecede, cometiese infracciones a esta ley, sus reglamentos o instrucciones impartidas por la Superintendencia, cuando tales infracciones no tuviesen una sanción específica.

ARTICULO 138. - Si la Superintendencia comprobase que una firma de auditoría externa procede en contra de los principios de contabilidad generalmente aceptados o coadyuva a la presentación de datos y estados financieros no acordes con las disposiciones legales y reglamentarias o instrucciones vigentes, dispondrá que la institución controlada cambie de firma auditora, aún antes de la expiración del correspondiente contrato, sin que por la decisión adoptada por la Superintendencia haya lugar a reclamación alguna por parte de dicha firma en contra de ésta ni en contra de la institución controlada. La firma auditora será suspendida o eliminada del registro de compañías auditoras, según la gravedad de la falta, a juicio de la Superintendencia.

⁶⁴ La Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley No. 26702) dispone:

Artículo 356. Determinación de infracciones.

El Superintendente está facultado para hacer comparecer a uno o más representantes de las empresas cuando... hayan incurrido en alguna de las faltas que a continuación se señala: a. Infringir cualquier norma legal, disposición u orden que la Superintendencia hubiere dictado en uso de sus atribuciones.

⁶⁵ La Ley Orgánica del Banco Central de la República Argentina dispone

Artículo 46. Al Superintendente le corresponde, en el marco de las políticas generales fijadas por el directorio del banco, y poniendo en conocimiento del mismo las decisiones que se adopten, las siguientes funciones:...d) implementar y aplicar las normas reglamentarias de la Ley de Entidades Financieras dictadas por el Directorio del Banco.

⁶⁶ La Ley 26 de 1988 sobre disciplina e intervención de las Entidades de Crédito dispone:

Artículo 1. 1. Las entidades de crédito, así como quienes ostenten cargos de administración o dirección en las mismas, que infrinjan normas de ordenación y disciplina incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en el presente Título.

Dicha responsabilidad alcanzará igualmente a las personas físicas o jurídicas que posean una participación significativa según lo previsto en el Título VI de esta Ley, y a aquellas que, teniendo nacionalidad española, controlen una entidad de crédito de otro Estado miembro de la Comunidad Europea. La responsabilidad también alcanzará a quienes ostenten cargos de administración o dirección en las entidades responsables. (...)

5. Se consideran normas de ordenación y disciplina las leyes y disposiciones administrativas de carácter general que contengan preceptos específicamente referidos a las entidades de crédito y de obligada observancia para las mismas.

Artículo 5.

Son infracciones graves:

F) La realización de actos u operaciones prohibidas por normas reglamentarias de ordenación y disciplina o con incumplimiento de los requisitos establecidos en las mismas, salvo que tenga un carácter meramente ocasional o aislado.

⁶⁷ Según el artículo 206 del “Financial Services and Markets Act” de 2000, la autoridad gubernamental de control tiene competencia para imponer sanciones a quienes hubiesen desconocido los requerimientos u órdenes formulados por aquélla.

cuando ha examinado el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de organismos de inspección, vigilancia y control⁶⁸, las eventuales vulneraciones al debido proceso por la acumulación de potestad regulatoria y sancionatoria en una misma entidad se conjuran mediante la separación al interior de ésta de los funcionarios o dependencias encargados de tales potestades, de manera tal que no se confundan las atribuciones de expedir normas o instrucciones con el ejercicio de la potestad sancionatoria por el incumplimiento de tales actos administrativos y por esta vía se asegure la neutralidad e independencia de los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio.

En resumen, de acuerdo a lo consignado en los acápites anteriores de esta decisión, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración esta sujeto, entre otros, a los siguientes requisitos:

- Debe existir una configuración normativa previa y suficiente de los supuestos que dan lugar a la sanción, y los destinatarios de la misma. Empero, no es preciso que los elementos del tipo sancionatorio estén definidos en un norma con fuerza material de ley pues en el campo del derecho administrativo sancionador es válida la técnica de la remisión normativa⁶⁹.
- Debe respetarse la proporcionalidad y razonabilidad entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción prevista, de manera tal que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente para su

⁶⁸ En la sentencia C-1042 de 2002 la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 446 de 1998, resumió los precedentes sentados por esta Corporación en las sentencias C-1143 y C-1641 de 2000 y C-649 de 2001 en materia del ejercicio de funciones jurisdiccionales por organismos de inspección, vigilancia y control. Sostuvo esta Corporación:

Un análisis de las anteriores tres sentencias permite precisar la doctrina constitucional sobre el ejercicio de funciones judiciales por las superintendencias. Así, esta Corte ha exigido, en forma invariable, que los funcionarios administrativos que ejercen funciones judiciales estén dotados de independencia e imparcialidad, doctrina que es reiterada en la presente oportunidad. La diferencia en el sentido de las decisiones en los tres casos deriva de la distinta relación entre el ejercicio de las funciones judiciales por las superintendencias, y el desarrollo de labores de inspección, vigilancia y control por esas mismas entidades. Así, si es posible distinguir con claridad el ámbito de la función judicial de aquel desarrollado en las labores de vigilancia y control, entonces la imparcialidad e independencia no se ven comprometidas. Por ello, la sentencia C-1143 de 2000 declaró la constitucionalidad de la posibilidad de que la Superintendencia de Sociedades pudiera incoar la acción revocatoria concursal. Por el contrario, si las funciones judiciales y de vigilancia y control se encuentran tan íntimamente ligadas dentro de la superintendencia respectiva que resulta imposible autonomizar la función judicial dentro de la entidad, entonces la decisión que se impone es la declaración de inexecutable de la atribución de funciones judiciales a esa superintendencia, tal y como lo hizo la Corte en la sentencia C-1641 de 2000 en relación con ciertas funciones judiciales de la Superintendencia Bancaria. Finalmente, si existen interferencias entre las funciones judiciales y las labores de vigilancia y control, pero es razonable suponer que la propia entidad puede ajustar su estructura y funcionamiento para proteger la imparcialidad de la función judicial, entonces la decisión más adecuada es recurrir a una sentencia de constitucionalidad condicionada, tal y como lo hizo la sentencia C-649 de 2001 en relación con las atribuciones judiciales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia desleal.

⁶⁹ Ver la sentencia C-343 de 2006.

imposición, un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto⁷⁰.

- En el procedimiento administrativo que se adelante para imponer una sanción debe respetarse el derecho al debido proceso de los administrados.
- Las entidades que ejerzan de manera simultánea y complementaria facultades de regulación y potestad sancionadora, deben prever la separación de las dependencias o funcionarios encargados del ejercicio de tales competencias, para evitar que se confunda la expedición de normas o instrucciones con el ejercicio de la potestad sancionatoria por el incumplimiento de tales actos administrativos, con la finalidad de garantizar la neutralidad e independencia de los encargados de adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio.

7. Los estatutos sociales de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

De conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las entidades que se propongan adelantar operaciones propias de las instituciones cuya inspección y vigilancia corresponde a la Superintendencia Bancaria deberán cumplir con determinados requisitos legales y obtener el respectivo certificado de autorización, para lo cual, elevarán una solicitud aportando, entre otros documentos, el proyecto de estatutos sociales, proyecto que debe ser aprobado por el ente de control. Una vez surtido el correspondiente trámite administrativo, dentro del plazo establecido en la resolución que autorice la constitución de la entidad deberá elevarse a escritura pública el proyecto de estatutos sociales e inscribirse de conformidad con la ley. La entidad adquirirá existencia legal a partir del otorgamiento de la escritura pública correspondiente, aunque sólo podrá desarrollar actividades distintas de las relacionadas con su organización una vez obtenga el certificado de autorización. La entidad, cualquiera sea su naturaleza, deberá efectuar la inscripción de la escritura de constitución en el registro mercantil, en la forma establecida para las sociedades por acciones, sin perjuicio de la inscripción de todos los demás actos, libros y documentos en relación con los cuales se le exija a dichas sociedades tal formalidad.⁷¹ Quiere ello decir que, para que una entidad vigilada pueda funcionar, deberá lograr la aprobación de sus estatutos, que deben ser entonces protocolizados y registrados.

8. Examen de los enunciados normativos acusados.

⁷⁰ Sentencia C-564 de 2000.

⁷¹ Artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

8.1. Exequibilidad de la expresión “o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones”, de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

La ciudadana demandante considera que la expresión “o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones”, de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, vulnera los artículos 6, 29, 113, 114, 150.1 y 189.11 Superiores. No cree esta Corporación que las anteriores acusaciones tengan fundamento, por las siguientes razones.

Como se ha explicado, la Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de sus competencias de policía administrativa, dispone de una facultad de regulación, la cual se ejerce por medio de la expedición de actos administrativos de carácter general y de carácter particular. Entre los primeros se cuentan las circulares externas, instructivos y resoluciones, encaminadas a preservar la confianza, estabilidad y seguridad de determinados sectores económicos sensibles, cuyos destinatarios son entidades altamente profesionalizadas sometidas a su vigilancia y control. Tales actos administrativos de contenido general⁷² apuntan a precisar determinados aspectos técnicos de la norma de rango legal de intervención en la economía. De igual manera, dicha Superintendencia cuenta con la competencia legal para demandarle a las entidades vigiladas el cumplimiento de sus órdenes y requerimientos, potestad que se encamina, en últimas, a hacer cumplir la voluntad del legislador y a materializar la especial intervención en un sector económico sensible prevista por la Carta de 1991. Igualmente la Superintendencia Bancaria puede expedir actos administrativos de carácter particular mediante los cuales imparte órdenes o instrucciones específicas a una determinada institución financiera o a sus directivos. Tales facultades, a su vez, están acompañadas de una necesaria competencia sancionatoria, sin la cual el órgano gubernamental difícilmente lograría disciplinar a los operadores del mercado, y por ende, no alcanzaría los fines estatales para los cuales fue creada.

En este orden de ideas, la demandante parte de un equívoco, consistente en concebir a la Superintendencia Financiera de Colombia como una especie de legislador, que usurpa constantemente las competencias congresionales y presidenciales, el cual no sólo estructura autónomamente tipos disciplinarios, sin ninguna clase de respaldo o fundamento en el texto de una norma de rango legal, sino que además se sirve de su competencia

⁷² Independientemente de la denominación que reciban, las circulares externas, las instrucciones y las resoluciones son actos administrativos de carácter general, pues cabe recordar que en derecho administrativo colombiano existe un concepto material y no formal de acto administrativo.

sancionadora para castigar a las entidades vigiladas, que a su vez no cumplan con sus órdenes y requerimientos.

Por el contrario, la Corte considera que la facultad de que dispone la mencionada autoridad administrativa para sancionar a las entidades vigiladas, así como a sus directivos, por violar *las normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*, es decir, por desconocer los actos administrativos de contenido general o particular proferidos por ésta, que son simplemente normas mediante las cuales se precisan algunos aspectos técnicos de la norma de rango legal, no desconoce el sometimiento de los particulares a ley, el principio de legalidad, la separación de poderes, ni tampoco permite una usurpación de las competencias del Congreso o del Presidente de la República en materia sancionatoria. Otro tanto sucede con los requerimientos, órdenes o instrucciones que dirija el órgano de control a la entidad vigilada, por cuanto se trata simplemente de medios para lograr el cumplimiento de la ley.

En esa medida el enunciado normativo demandado contiene una referencia al texto legal, porque cuando hace referencia a las normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus *atribuciones*, delimita la naturaleza de las órdenes o instrucciones porque ésta deben tener soporte en las competencias de la Superintendencia, competencias que no sobra decirlo son de origen legal. Por lo tanto la supuesta violación del principio de separación de poderes no tiene lugar porque la Superintendencia no puede crear tipos autónomos, pues en definitiva el ejercicio de sus potestades sancionatorias tiene como referente último las competencias legalmente atribuidas por el Legislador a la entidad estatal.

En efecto, diversas normas con fuerza material de ley, tales como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero le otorgan a la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, importantes facultades para impartirle diversas instrucciones a las entidades vigiladas, como por ejemplo, las sociedades administradoras de fondos de cesantías deben enviar periódicamente a sus clientes extractos de cuenta de los movimientos de los fondos, con arreglo a las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Bancaria⁷³; o, en cualquier caso las entidades que captan ahorro del público deberán advertir sobre la existencia o no del seguro de depósito y su alcance, de conformidad con las instrucciones que al respecto imparta la Superintendencia Bancaria⁷⁴.

Así las cosas, acordarle a la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, facultad para imponer sanciones administrativas personales o

⁷³ Art. 33 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

⁷⁴ Art. 317 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

institucionales a las entidades sometidas a su vigilancia, debido a la ejecución de actos contrarios a las instrucciones previamente dadas por aquélla, bien sea que éstas se encuentren en actos administrativos de contenido general o particular, no vulnera los principios de tipicidad y legalidad, por cuanto, se insiste, los elementos esenciales de la conducta reprochable, el procedimiento a seguir para aplicarla, al igual que la sanción, figuran en el cuerpo de una norma de rango legal. De tal suerte que el instructivo, resolución o circular externa se limitan a precisar algún aspecto técnico de la ley, competencia que se justifica constitucionalmente por las particularidades que ofrece el sector económico sometido a control y vigilancia. Así mismo, la instrucción o requerimiento particulares no estructura nuevos tipos disciplinarios.

Esta Corporación estima que las expresiones acusadas no desconocen el principio de separación de poderes, ya que el legislador no habilitó a la Superintendencia Financiera de Colombia para asumir competencias de otras ramas del poder público, ni tampoco lesiona la facultad del Congreso para expedir leyes ni aquellas del Presidente de la República para reglamentar la ley.

Por esa razón la Corte Constitucional estima que la expresión demandada difiere sustancialmente del término “reglamento” inicialmente contenido en los artículos 209 y 211 del EOSF y declarados condicionalmente exequibles en la sentencia C-1161 de 2000. La Corte sostuvo en esa oportunidad:

Por el contrario, la imposición de la multa por la realización o autorización de actos violatorios “de alguna ley o reglamento” es en principio ambigua, por cuanto esa expresión podría interpretarse, si se acoge su sentido literal, en el siguiente sentido: si un funcionario de una entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia autoriza un acto que viole cualquier ley de la República, o cualquier reglamento, podría ser sancionado con una multa de hasta un millón de pesos. Entendida de esa forma, la disposición es no sólo ambigua, pues no se sabe a que leyes se refiere, sino que puede ser incluso desproporcionada y conducir a conclusiones absurdas: así, podría incluso sostenerse, como lo hace el actor, que si el directivo de una entidad financiera desconoce una norma de tránsito, contenida en cualquier ley o reglamento, entonces la Superintendencia Bancaria podría sancionarlo con una multa de hasta un millón de pesos constantes de 1982, lo cual es a todas luces irrazonable.

La ambigüedad señalada en el anterior pronunciamiento ha sido superada por la redacción introducida por la Ley 795 de 2003. En efecto, los enunciados

normativos actualmente vigentes hacen específica referencia a las normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia en el ejercicio de sus *atribuciones legales*. Es decir, la potestad sancionatoria no se ejerce por la violación de cualquier acto administrativo, sino por el desconocimiento de aquellos que tienen fundamento en las facultades de inspección, vigilancia y control que la ley otorga a la entidad administrativa. No sobra advertir por otra que la actuación de la Superintendencia, como en general la de toda la Administración, está sujeta al principio de legalidad, y por lo tanto la expedición de normas e instrucciones debe sujetarse a las competencias conferidas por la ley a esta entidad.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible la expresión “*o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*”, de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

8.2. Exequibilidad de la expresión “*estatutos sociales*”.

La remisión que opera el legislador a los textos de los estatutos sociales para efectos de que la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, imponga sanciones administrativas personales a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros empleados de una institución sujeta a la vigilancia de aquélla, debido a la ejecución de actos que resulten contrarios a los mencionados estatutos, o igualmente, autoricen o no eviten debiendo hacerlo, actos violatorios de aquellos, no vulnera los artículos 6, 113, 114, 150.1 y 189.11 constitucionales. Otro tanto sucede con las sanciones administrativas institucionales, impuestas por los mismos motivos, por cuanto se trata de un tipo disciplinario en blanco cuya estructura se ajusta a la jurisprudencia constitucional en la materia.

En efecto, en lo que concierne a los tipos disciplinarios en blanco, la Corte ha estimado que (i) su existencia es aceptada, dentro de ciertos límites, en el derecho administrativo sancionatorio⁷⁵; (ii) la ley que opera la remisión debe contener los aspectos esenciales de la conducta y la sanción⁷⁶; (iii) el reenvío normativo debe permitir al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente⁷⁷; (iv) es válido el establecimiento de tipos disciplinarios que ostentan un grado de determinación menor que los tipos penales, sin que ello signifique que la imprecisión definitiva en la descripción de la conducta sancionable no conduzca a la violación del principio de tipicidad⁷⁸; y (v) los principios, como norma jurídica, también pueden ser objeto de complementación mediante la integración jurídica de su contenido normativo, ya sea a través

⁷⁵ Sentencia C- 530 de 2003.

⁷⁶ Sentencia C. 853 de 2005.

⁷⁷ Sentencias C-127 de 1993, C-599 de 1999 y C- 431 de 2004.

⁷⁸ Sentencia C-796 de 2004.

de disposiciones constitucionales de aplicación directa o de normas de rango legal, que permitan concretar de manera clara e inequívoca, los conductas prohibidas en materia disciplinaria⁷⁹. Se trata en definitiva, de una manifestación concreta del fenómeno de la remisión normativa en materia de derecho administrativo sancionador, al cual ya se ha hecho referencia.

Pues bien, el reenvío que opera el legislador a los estatutos sociales de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia para efectos de complementar los tipos disciplinarios consagrados en los literales d) y b) de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero respectivamente, cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, en el sentido de que resulta ser lo suficiente claro y preciso para el operador jurídico. De hecho, se trata de una remisión muy concreta a un documento privado que ha sido elevado a escritura pública y registrado según la ley.

Adicionalmente, sobre la materia existe un claro precedente de esta Corporación cuando declaró exequibles la expresión *estatutos* contenida en la redacción original de los artículos 209 y 211 del EOSF en la sentencia C-1161 de 2000. Sostuvo la Corte Constitucional en esa oportunidad:

Por ende, debido a esa especialidad del sector financiero, los funcionarios y directivos de las entidades de este sector se encuentran sometidos a un régimen legal especial de deberes, que deben conocer y respetar, con el fin de proteger los dineros del público. Y en particular las entidades, para funcionar, deben lograr la aprobación de sus estatutos, que deben entonces ser protocolizados y registrados (art. 53 del EOSF). Por consiguiente, es obvio que constituye una carga elemental para quienes laboran en ese sector conocer los estatutos de la entidad en donde son directivos o empleados, así como el régimen legal especial al cual están sometidas esas instituciones. Por ello la Corte considera que la obligación que impone la norma acusada a los directivos y funcionarios de esas entidades de no realizar ni autorizar actos contrarios a los estatutos de las entidades y a las normas legales a que el establecimiento deba sujetarse, es no sólo suficientemente precisa, sino que además se encuentra justificada, debido a las particularidades de este sector, que, se repite, no sólo maneja dineros ajenos sino que, además, tiene una incidencia decisiva en el desarrollo económico del país. Por ende, esas expresiones son claramente exequibles.

⁷⁹ Sentencia C- 815 de 2005.

Se justifica de esta manera la especial obligación de observancia de los estatutos sociales en cabeza de los directivos de las entidades bancarias, pues éstos distan de ser una mera expresión de la voluntad privada pues por una parte, han sido previamente aprobados por el ente de control, y adicionalmente aseguran finalidades relevantes desde el punto de vista constitucional al concretar deberes específicos en el manejo de los recursos captados del público.

Cabe asimismo señalar que el reenvío llevado a cabo por el legislador no vulnera el principio de sometimiento de los particulares a la ley, por cuanto la entidad vigilada, contrario a lo sostenido por la demandante, no está siendo sancionada por violar simplemente un contrato de carácter particular, sino por ajustar su conducta a un tipo disciplinario en blanco de rango legal. Así mismo, no se configura violación alguna al principio de separación de poderes, ya que la expresión acusada no le atribuye a los particulares funciones propias del legislador colombiano, y por ende, tampoco se desconocen las facultades constitucionales del Congreso de la República ni aquellas del Presidente de la República.

En este orden de ideas, la Corte declarará exequible la expresión “*de los estatutos sociales*” de los literales d) y b) de los artículos 209 y 211 del artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

VI. DECISION

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

RESUELVE

Primero. Declarar **EXEQUIBLE**, la expresión “*de los estatutos sociales*” contenida en los literales b) y d) del artículo 209 y en el literal b) del artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** la expresión “*o de normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones*”, contenida en el literal d) del artículo 209 y en el literal b) del artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA
Magistrado
CON SALVAMENTO DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado
CON ACLARACION DE VOTO

CLARA INÉS VARGAS HERNANDEZ
Magistrada
COMISION

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVARO TAFUR GALVIS A LA SENTENCIA C-860 DE 2006

CONCEPTO JURIDICO INDETERMINADO-Alcance
(Aclaración de voto)

SERVICIO PUBLICO-Competencia para determinar qué actividades se consideran como tales/**ACTIVIDADES DE INTERES PUBLICO**-Competencia para determinar qué actividades se consideran como tales/**JUEZ CONSTITUCIONAL**-Límites
(Aclaración de voto)

Luego de la Constitución de 1991, con claridad se señalan elementos y se da competencia al legislador en materia de las actividades que puedan ser calificadas y consideradas como “de servicio público” o “servicios públicos”. Lo anterior significa que la actividad del juez se halla limitada, por la potestad exclusiva y excluyente del legislador y por ello no puede aquella de manera “discrecional” asignar una determinada actividades de las no previstas en la Constitución, el carácter como actividad de interés público (artículo 335) y asignarles los efectos que de esa norma, y según lo expresado, se pueden derivar, pues ello implicaría una afectación no razonable del principio contenido en el artículo 333 de la Constitución sobre libre iniciativa y libre competencia en condiciones de igualdad, afectación que de otra parte ha de tener carácter excepcional. Tampoco puede el juez constitucional reemplazar al legislador en cuanto a la precisión sobre características y régimen de las actividades que sean calificadas legalmente, a partir de los enunciados constitucionales, como de servicio público o como servicios públicos. El juez debe estarse a las definiciones del legislador sin que pueda innovar al respecto. No obstante sí puede el juez a partir de los elementos explícitamente definidos por el legislador, armonizar y precisar el régimen que sea aplicable. Finalmente considero que dentro del marco de las características esbozadas, tanto respecto de las actividades de interés público (que tal vez no es sinónimo de interés general, concepto éste que se afirma en relación con los servicios públicos) no puede el juez constitucional atribuirle a una actividad como las referidas en el artículo 335 la condición de servicios públicos, incluso podría ponerse en duda si el propio legislador tuviera facultad para ello. Es que las fuentes normativas constitucionales, en el caso en análisis, se repite, establecen características, efectos y régimen específicos, a mi modo de ver, no intercambiables.

Referencia: expediente D-6235

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 209 y 211 (parciales) del Estatuto Orgánico del sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

Magistrado Ponente:
Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA
PORTO

Respetuosamente reitero las manifestaciones hechas en la Sala en el sentido de la decisión que se contiene en la parte resolutive y en general las fundamentaciones en que ella se basa. No obstante, me aparto de algunas de las razones que se expresan en la sentencia las que quizá no constituyen la parte sustancial de la providencia, en relación con las características que se atribuyen a la actividad financiera, bursátil y aseguradora en cuanto que comprometen, conforme a la Constitución, el interés público y respecto de la posibilidad que pueda al juez de constitucionalidad para calificar esas actividades como de servicio público.

Al respecto se dice en la sentencia lo siguiente:

“Si bien la expresión interés público es un concepto jurídico indeterminado al cual pueden ser adscritos distintos significados, la jurisprudencia constitucional respecto de la actividad bancaria ha deducido de esta calificación algunas consecuencias concretas, entre las que cabe mencionar: (i) el acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado; (ii) la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio, puesto que si bien aquella debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del ahorro; (iii) la libertad contractual de los bancos está limitada si se tiene en cuenta que el artículo 335 dispone, como una obligación constitucional, la Democratización del crédito⁸⁰.

Lo anterior no significa que “el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquellas que

⁸⁰ Ibidem.

captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado”⁸¹.

Por otra parte la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la actividad bancaria el carácter de un servicio público. En efecto, a pesar que tal calificación corresponde en primera instancia al Legislador y que actualmente no existe una disposición legal que así lo prevea de manera expresa⁸², esta Corporación ha considerado que tal actividad, al estar relacionada con el manejo, el aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, al involucrar el interés público, y al reunir adicionalmente otra serie de características tales como su importancia para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, un diseño constitucional que prevé una intervención reforzada del Estado y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción⁸³. Lo anterior no quiere decir que las nociones de interés público y de servicio público se confundan o que toda actividad que involucre el interés público pueda ser catalogada como servicio público, pues han sido las especiales características de la actividad bancaria las que han motivado esta doble calificación, es decir, además de ser una actividad que compromete el interés público es un servicio público⁸⁴.

⁸¹ Ibidem.

⁸² El Decreto 1593 de 1959, que se expidió con fundamento en el inciso i) del artículo 1º del Decreto 753 de 1956, fue derogado por el 3º de la Ley 48 de 1968, razón por la cual no está vigente.

⁸³ Al respecto puede consultarse las sentencias SU-157 de 1997 y T-520 de 2003.

⁸⁴ En la Aclaración de voto a las sentencia T-1179 de 2000, reiterada posteriormente en la sentencia T-763 de 2005 sostuvo el Magistrado Álvaro Tafur Galvis:

“Atendido el modelo económico constitucional, la calificación de una actividad como de servicio público no queda a la libre conformación por parte del legislador es necesario que en ausencia de calificación constitucional expresa (por ej. educación, seguridad social, salud pública y saneamiento) confluyan características especiales en la actividad de que se trate para que sea acreedora al régimen especial que a partir del artículo 365 de la Constitución Política compete establecer al legislador. En ese orden de ideas, es evidente que las características, naturaleza y régimen especial de las actividades financiera, bursátil, aseguradora se proyecta desde la Constitución y no puede ser ignorado por el legislador. Efectivamente, si bien es cierto que el régimen jurídico de los servicios públicos depende del legislador (Artículo 365 en concordancia con el artículo 150,23) no es menos cierto que la Constitución de 1991 parece haber diseñado un régimen especial para actividades como la financiera tipificando además, especialmente las instituciones cuyo objeto sea precisamente el adelantamiento de las mismas.

En ese orden de ideas, debe anotarse que el Constituyente en varios textos se refiere y regula de manera específica las actividades financiera, bursátil y aseguradora, de manera tal que no sea dable al legislador a mi juicio en cumplimiento de la función de calificar una actividad como de servicio público asignarle tal condición a las financiera, bursátil y aseguradora.

*En este orden de ideas, esta Corporación ha establecido claros criterios jurisprudenciales respecto de la **actividad bancaria** en el sentido de que (i) se trata de un servicio público por sus características de permanencia, continuidad, regularidad, y generalidad⁸⁵, (ii) si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material, con relevancia jurídica frente al usuario y se obliga por lo tanto a respetar los derechos de los usuarios⁸⁶; (iii) la prestación del servicio bancario, como parte integrante de la actividad financiera, es de interés público, lo que significa que esta actividad debe buscar el bienestar general⁸⁷; (iv) no todas las personas pueden prestar el servicio público bancario, pues en razón del alto riesgo social que implica esa actividad, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y*

Precisamente, el artículo 335 define las actividades financiera, bursátil y 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 concordancia con esta disposición, la Constitución da un tratamiento especial - precisamente en el citado numeral 19 del Artículo 150 - a la regulación que puede expedir el legislador y también el Artículo 189 establece como función específica del Presidente de la República, la de ejercer de acuerdo con la ley la inspección y vigilancia y control sobre las personas que realicen actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

Por su parte, como es sabido y ya se ha expresado, la Constitución a partir de la disposición del Artículo 365 prevé la formulación de un régimen legal especial de los servicios públicos dentro del cual se contemplan funciones específicas de inspección y vigilancia y un régimen especial, teniendo en cuenta las características de esas actividades.

Así las cosas, en el marco de la Constitución vigente, bien puede afirmarse, que no toda actividad de interés público es servicio público y no ha de estar sujeta necesariamente a las reglas del servicio público. En consecuencia la proyección de la noción y consecuencial trato como actividades de servicio público a las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras quizá no se corresponde en la actualidad con los enunciados constitucionales.

Lo anterior, por supuesto no empecé que el legislador establezca tratamientos especiales para ellas, en consideración a su catalogación constitucional como de interés público, pero sin que se confundan con el tratamiento propio de las actividades calificadas como servicios públicos que, se reitera, responden a una axiología diferente.”

⁸⁵ Sentencias T-443 de 1992 y Su-157 de 1999.

⁸⁶ Sentencia C- 122 de 1999, SU- 157 de 1999, reiterada por las sentencias SU- 167 de 1999 y T- 763 de 2005.

⁸⁷ Sentencia SU- 157 de 1999.

eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional, justifican la previa licencia gubernamental⁸⁸; (v) la calificación como servicio público de la actividad financiera permite que el Estado la regule, otorgándole a las personas que la ejercen un conjunto de derechos, facultades y prerrogativas, y permite que a la vez ejerza sobre ellos la vigilancia, inspección y control, necesarios para garantizar el cumplimiento de sus finalidades sociales⁸⁹; (vi) en tanto que servicio público, la actividad bancaria constituye un instrumento necesario para la realización de los valores y principios constitucionales fundamentales⁹⁰; y (vii) el Estado debe garantizar que dicho servicio se preste de conformidad con los principios de eficiencia y universalidad, y para ello cuenta con las potestades necesarias para regularlos, controlarlos, y vigilarlos⁹¹.”

Sobre el particular, (conforme a orientaciones plasmadas en salvamento de voto, que la propia sentencia registra, aunque no acoge) es pertinente señalar que la noción misma de “orden público” bien puede corresponder a lo que en la doctrina se denomina concepto jurídico indeterminado, en la medida en que no se precise en la norma sus características y efectos, y cuya concreción dependan del entendimiento “técnico o especial” que puede darse a “saberes” de ciencias extrajurídicas.

En ese orden de ideas y desde la perspectiva constitucional, los enunciados normativos superiores pueden obtener concreción mediante desarrollos legislativos o a través de la interpretación judicial, o de la que realicen los aplicadores de la norma superior. Sin embargo, en este punto conviene señalar que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados no equivale a ejercicio discrecional de potestades; por el contrario, en cuanto se trata de conceptos indeterminados jurídicamente, pero, claramente determinados conforme a reglas científicas o técnicas, quienes están llamados a su aplicación no pueden apartarse precisamente de esos dictados técnicos y científicos.

Como han señalado algunos sectores de la doctrina los conceptos jurídicos indeterminados resultan para el aplicador, “reglados” aunque no por el derecho, sino por las otras ciencias o técnicas y en ese sentido el concepto jurídico indeterminado significa la negación de la discrecionalidad, conceptualmente entendida, como la posibilidad de optar entre varias soluciones posibles, lícitas y conformes a derecho.

⁸⁸ Sentencia SU- 157 de 1999 y T- 693 de 2000.

⁸⁹ Sentencia T- 520 de 2003.

⁹⁰ Sentencia T- 520 de 2003.

⁹¹ Sentencia T- 520 de 2003.

En el caso que ocupa a la Corte, el artículo 335 de la Constitución señala que las actividades financiera, bursátil y aseguradora, así como cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público. A partir de ese enunciado, la Constitución de manera directa, entonces, enuncia características y efectos específicos.

Así las cosas, por principio no puede entenderse que so pretexto de que el concepto de orden público sea “*un concepto jurídico indeterminado*”, pueda el legislador y el intérprete darle la comprensión que estime. Y si se aplica ese concepto a unas determinadas actividades, como sucede con las actividades financiera, bursátil y aseguradora, es evidente que adquiere una concreción constitucional y jurídica especial que se manifiesta, por virtud del propio ordenamiento constitucional en delimitación de efectos de la calificación de interés público conforme al propio texto constitucional.

- Ejercicio, previa autorización necesaria por parte del Estado conforme a la regulación legal.

- Habilitación al gobierno para intervenir en los términos que señale la ley y para ejercer inspección y vigilancia sobre ella, igualmente, conforme a la ley; y regular dichas actividades dentro de las normas generales que haya fijado la ley con los correspondientes objetivos y criterios.

Así las cosas la propia Constitución al calificar las actividades financiera, bursátil y aseguradora y todas aquellas relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos de captación como de interés público determina el mencionado concepto, y, como se ha visto, señala efectos en varios aspectos que según corresponde dentro de un Estado social y democrático de derecho han de ser regulados, desarrollados y puntualizados por la ley.

En el mismo orden de ideas cabe expresar que en la Constitución se enuncian los elementos básicos configurativos de las actividades de servicio público, finalidad y competencias para la regulación de la prestación de las mismas, así como enunciados acerca del régimen que también ha de ser desarrollado y puntualizado por el legislador.

Se determinan igualmente las competencias de regulación, finalidades y medidas de intervención y se afirma la inspección, vigilancia y control respecto de dichas actividades de servicio público por parte del Estado. Inclusive a los anteriores enunciados contenidos primordialmente en los artículos 365 a 367, 150 y 189 se suman en la Constitución, previsiones especiales y específicas sobre algunos servicios públicos y se prevé que el

legislador regule el régimen de inspección y vigilancia y de desarrollo y prestación excluyente por parte del Estado.

De lo anterior puede concluirse que en especial, luego de la Constitución de 1991, con claridad se señalan elementos y se da competencia al legislador en materia de las actividades que puedan ser calificadas y consideradas como “*de servicio público*” o “*servicios públicos*”.

Lo anterior significa que la actividad del juez se halla limitada, por la potestad exclusiva y excluyente del legislador y por ello no puede aquella de manera “*discrecional*” asignar una determinada actividades de las no previstas en la Constitución, el carácter como actividad de interés público (artículo 335) y asignarles los efectos que de esa norma, y según lo expresado, se pueden derivar, pues ello implicaría una afectación no razonable del principio contenido en el artículo 333 de la Constitución sobre libre iniciativa y libre competencia en condiciones de igualdad, afectación que de otra parte ha de tener carácter excepcional.

Tampoco puede el juez constitucional reemplazar al legislador en cuanto a la precisión sobre características y régimen de las actividades que sean calificadas legalmente, a partir de los enunciados constitucionales, como de servicio público o como servicios públicos. El juez debe estarse a las definiciones del legislador sin que pueda innovar al respecto. No obstante sí puede el juez a partir de los elementos explícitamente definidos por el legislador, armonizar y precisar el régimen que sea aplicable.

Finalmente considero que dentro del marco de las características esbozadas, tanto respecto de las actividades de interés público (que tal vez no es sinónimo de interés general, concepto éste que se afirma en relación con los servicios públicos) no puede el juez constitucional atribuirle a una actividad como las referidas en el artículo 335 la condición de servicios públicos, incluso podría ponerse en duda si el propio legislador tuviera facultad para ello. Es que las fuentes normativas constitucionales, en el caso en análisis, se repite, establecen características, efectos y régimen específicos, a mi modo de ver, no intercambiables.

Fecha ut supra.

ÁLVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C -860 DE 2006
DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA**

Referencia: expediente D-6235.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 209 y 211 (parciales) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituidos por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO
SIERRA PORTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de esta Corporación, me permito manifestar mi Salvamento de Voto a la presente sentencia, reiterando para ello mi posición en relación con el desconocimiento del principio de legalidad en el establecimiento de las conductas a sancionar.

Por la razón expuesta, disiento de la decisión adoptada en la presente sentencia.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado