

ACCION DE NULIDAD POR INCONSTITUCIONAL - Requisitos / SECCION PRIMERA - Competencia residual.

La acción de nulidad por inconstitucionalidad está regulada por el artículo 97 numeral 7. del C.C.A. que a la letra dice: (...). De otra parte la Ley 270 de 1996 dispone: "ARTÍCULO 37. DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales: 9. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional; y ..." Entonces, para que proceda la nulidad por inconstitucionalidad es requisito que ésta se establezca por confrontación directa de la disposición acusada con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa, como lo ha sostenido además la Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia del 6 de agosto de 2004, expediente N° AI-0110, C.P. Dr Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, el la cual se dice: (...). Como puede apreciarse la inconformidad presentada no se establece única y directamente por violación a la Constitución, sino también porque se considera quebrantado el artículo 48 del Decreto Ley 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que sirvió de fundamento para expedir el acto acusado; por lo tanto la acción de nulidad corresponde resolverla a una de las Secciones que conforman la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de conformidad con el reglamento interno, en este caso el Acuerdo 55 de 2003, que dispone que corresponde a esta Sección conocer de todos los negocios para los cuales no exista regla general de competencia, como es el presente caso.

ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSÁTIL Y ASEGURADORA - Delimitación de competencias entre legislativo y ejecutivo: Leyes marco y decretos reglamentarios

Sobre el asunto de fondo, se tiene que la disposición acusada del Decreto 1720 de 2001, dispone: (...). En resumen el actor manifiesta que la disposición acusada al establecer una sanción administrativa debe estar fundamentada en la ley, pues uno de los principios esenciales del derecho sancionador es el de la legalidad y que las facultades que el literal c) del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero le otorga al Gobierno son para establecer las normas requeridas para que las entidades objeto de intervención mantengan niveles adecuados de patrimonio y no para prescribir el régimen sancionatorio por el incumplimiento de dichas normas. En virtud del artículo 335 de la Carta Política, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, se encuentran sujetas a normas de orden público con miras a velar porque en su desarrollo se propenda por el mantenimiento de la confianza del público en tales sectores, se garantice la protección de los intereses de los usuarios de los servicios prestados por dichas entidades, especialmente, la tutela de los intereses de ahorradores, depositantes y asegurados. La delimitación de competencias entre el ejecutivo y el legislativo, en materia de intervención estatal en las actividades financiera, aseguradora y bursátil, quedó expresamente consagrada en el artículo 150 numeral 19 literal d) de la actual Constitución Política, que dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de éstas "Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes efectos: ... d) regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público". A su vez el artículo 189 numeral 24 de la Carta Fundamental dispone que corresponde al Presidente "Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil,

aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público...” El desarrollo de dicho mandato constitucional, se ha hecho efectivo, entre otras normas en las Leyes 35 de 1.993 y 546 de 1.999, conocidas en su orden, como “Ley Marco de la Intervención Estatal en los sectores financiero, asegurador y bursátil” y “Ley Marco de Vivienda”.

LEYES MARCO - Delimitación de competencias entre el legislativo y el ejecutivo

Sobre las leyes marco la Corte Constitucional ha dicho que “Con base en el mencionado tipo de instrumento legal la Constitución opera respecto de una específica materia una especial distribución de competencias normativas entre la ley y el reglamento. Al primero se confía la determinación de los objetivos y criterios generales, conforme a los cuales el segundo deberá ocuparse del resto de la regulación. De esta manera se garantiza en favor del reglamento un ámbito de regulación, como quiera que la ley deberá limitarse a los aspectos generales ya señalados que son precisamente los que configuran el "marco" dentro del cual se dictarán los reglamentos llamados a desarrollar los objetivos y criterios trazados por el legislador”. De igual manera, en sentencia núm. 196 de 13 de mayo de 1.998, la Corte Constitucional afirmó: “En efecto, lo propio del sistema constitucional en cuanto al reparto de competencias en los asuntos previstos por el artículo 150, numeral 19, de la Constitución, es la existencia de una normatividad compartida entre los órganos legislativo y ejecutivo, de tal modo que en su primera fase se establezcan reglas o pautas caracterizadas por su amplitud y con una menor mutabilidad o flexibilidad, mientras que en la segunda, dentro de tales orientaciones, se especifiquen y concreten las medidas que gobiernen, según las circunstancias y necesidades, y con gran elasticidad, la respectiva materia”.

ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSÁTIL Y ASEGURADORA- Ley marco: objetivos, instrumentos de intervención; sanciones; incorporación de normas al EOSF; inexecutable del Art. 52 del EOSF / INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE - Art. 52 del EOSF

Ahora bien, la Ley 35 de 1993 “Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora” le asignó al Gobierno Nacional ciertas funciones de intervención con respecto a las entidades financieras. Entre otras dispone esta ley: “ARTÍCULO 1°. OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN. ARTÍCULO 3o. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN.” ARTÍCULO 7o. SANCIONES. <Incorporado en el Decreto 663 de 1993, EOSF, bajo el artículo 52> El Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, podrá señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. En desarrollo de esta facultad sólo podrán establecerse sanciones pecuniarias, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas administrativas que resulten procedentes de acuerdo con la ley”. Posteriormente, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le

confirió el artículo 36 de la Ley 35 de 1993 para que, dentro de los tres meses siguientes a la sanción de ésta, incorpore al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las modificaciones aquí dispuestas y haga en dicho estatuto las modificaciones de ubicación de entidades y del sistema de titulación y numeración que se requieran, expidió el Decreto - Ley 663 de 1993, por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración. Debe resaltarse que el Presidente de la República, conforme se lo ordenó el artículo 36 de la Ley 35 de 1993, incorporó en el Decreto-Ley 633 de 1993, entre otras, las disposiciones consagradas en los artículos 1°, 3° y 7° de la citada ley, en los artículos 46, 48 y 52 respectivamente, conforme ya se transcribió. Entonces, este artículo 52 del Decreto - Ley 663 de 1993 incorporó textualmente el artículo 7° de la Ley 35 de 1993 y fue uno de los argumentos jurídicos que sirvió para que el Presidente de la República expidiera el Decreto 673 de 1994. La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1161 de 2000 declaró inexecutable el citado artículo 52 del Decreto Ley 663 de 1993, luego se dio lo que la jurisprudencia ha denominado inconstitucionalidad sobreviniente del citado decreto.

PATRIMONIO TECNICO - Sanción por defecto: incumplimiento de la relación de solvencia / ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO - Sanciones a incumplimiento de patrimonio técnico: transcripción en decreto reglamentario / SANCIÓN POR DEFECTO EN PATRIMONIO TECNICO-Legalidad decreto 1720 de 2001

La norma acusada, esto es, el artículo 14 del Decreto 1720 de 2001 repite lo señalado en el numeral 1° del artículo 83 del Decreto –Ley 663 de 1993 - Estatuto Financiero, que ya había sido dejado sin efectos en virtud del Decreto reglamentario 673 de 1994. Sobre la vigencia de los numerales 1° y 3° del artículo 83 del Decreto –Ley 663 de 1993, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación mediante concepto del 22 de marzo de 2001 manifestó: (...). La Sala Prohíja el criterio expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación. En efecto, el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades legales y ordinarias no tiene competencia para derogar disposiciones de superior jerarquía como lo es el Decreto Ley 663 de 1993, como pretendió hacerlo al expedir el Decreto reglamentario 673 de 1994 para dejar sin efecto el artículo 83 numeral 1° del Decreto Ley ídem expedido en virtud de facultades extraordinarias que sólo puede ser derogado por el legislador. De lo anterior se colige que cuando se expidió la norma acusada, artículo 14 del Decreto 1720 de 2001 no se estaba creando una sanción nueva sino que se hizo referencia expresa y se reprodujo el texto del artículo 83 numeral 1° del Decreto - Ley 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por el cual sí se podía crear esta sanción, pues las sanciones gozan de reserva legal. Por lo tanto con la expedición de la norma acusada tampoco se trasgredió el artículo 48 literal c) del Decreto - Ley 663 de 1993 que otorgó facultades al Gobierno Nacional para establecer las normas requeridas para que las entidades objeto de intervención mantengan niveles adecuados de patrimonio de acuerdo con los distintos riesgos asociados con su actividad, disposición que precisamente fue el fundamento para expedir el Decreto 1720 de 2001, cuyo artículo 14 el actor acusó de nulidad.

SANCIONES POR INFRACCIONES FINANCIERAS - Principio de legalidad; prohibición de transferencia permanente de funciones al gobierno /

**PATRIMONIO TECNICO.- Creación de sanciones en el Art. 83 del EOSF:
legalidad del decreto 1720 de 2001**

Es importante anotar que la sentencia C-1161 de 2000, declaró inexecutable el artículo 52 del Decreto – Ley 663 de 1993 que otorgaba facultad al Gobierno para señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que el mismo gobierno dictara en ejercicio de su función de regulación de las actividades descritas en la Ley 35 de 1993. Consideró la Corte Constitucional que las sanciones administrativas deben estar fundamentadas en la ley y por lo tanto no puede transferírsele al gobierno una facultad abierta en este sentido. Esta sentencia de inexecutable no se refirió al artículo 83 numeral 1 del Decreto Ley ídem, que sí creó y podía crear una sanción concreta por los defectos en que incurran los establecimientos de crédito en el patrimonio técnico necesario para el cumplimiento de la relación de solvencia, disposición que tiene fuerza de ley. En conclusión, la norma acusada, esto es el artículo 14 del Decreto 1720 de 2001, que textualmente dice “tal como lo establece el artículo 83 numeral 1° del Estatuto Orgánico el Sistema Financiero”, tiene su soporte en esta última disposición que es la que impone la sanción y no la disposición cuya nulidad se solicita, que sólo se limita a transcribir la norma superior.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera Ponente: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN.

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 11001-03-27-000-2004-00057-00

Actor: DAVID ANTONIO BELTRÁN DÁVILA

Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Acción: Nulidad Simple

I- ANTECEDENTE

LA DEMANDA

El señor David Antonio Beltrán Dávila en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación con la siguiente pretensión:

Que se declare la nulidad del artículo 14 del Decreto 1720 de 2001 expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que establece las multas a imponer a los establecimientos de crédito que violen las reglas sobre patrimonio mínimo.

El actor señala, en síntesis:

Que de conformidad con los artículos 6, 28 y 29 de la Constitución Política el Gobierno Nacional no tiene la facultad para señalar sanciones por infracción de las disposiciones que el mismo gobierno expide en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; que así lo señaló la Sentencia C-1161 del 6 de septiembre de 2000 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero respecto de la atribución que concedía al Gobierno Nacional para señalar las sanciones.

Señaló que no obstante lo anterior, meses después el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1720 del 24 de agosto de 2001 *“por el cual se establece la relación mínima de solvencia de los establecimientos de crédito”*; que el Gobierno Nacional invocó como fundamento, sus facultades constitucionales y legales, en especial las previstas en el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política y en el artículo 48 literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Manifiesta el actor que al expedir el acto administrativo cuya declaración de nulidad se solicita, se violaron los artículos 6, 28 y 29 de la Constitución

Política, porque se transgredió el principio de legalidad que es principio fundamental de la garantía constitucional del debido proceso, porque nadie puede ser juzgado ni condenado sino conforme a una ley preexistente que tipifique la conducta y prescriba la sanción aplicable.

Aduce que dentro del contexto de la Constitución Política de 1991 el Gobierno ejerce la intervención sobre el sector financiero nacional con fundamento en una ley marco, al tenor de lo dispuesto por el artículo 189 numeral 25 a cuyo imperio y el de la Constitución deben subordinarse los decretos de intervención que expida el Jefe de Estado.

Que la primera ley marco de intervención en el sector financiero expedida con posterioridad a la promulgación de la reforma de 1991, fue la Ley 35 de 1993, que dispuso en el artículo 7° que el Gobierno podría señalar las sanciones a que estarían sometidas las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria en caso de violar los decretos de intervención expedidos por el propio Gobierno.

Que el artículo 7° precitado fue incorporado al artículo 52 del Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Financiero, pero fue retirado del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 1161 del 6 de septiembre de 2000 por violar el principio de legalidad, porque las sanciones administrativas deben estar fundamentadas en la ley.

Señala que con la disposición acusada también se violó el artículo 48 literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero porque la disposición demandada se expidió excediendo las facultades que se otorgaron al Gobierno Nacional, ya que no podía regular sanciones para quienes pretermitieran las normas referentes al nivel mínimo de solvencia.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicita negar las pretensiones de la demanda, para lo cual adujo:

1. Que en materia de intervención del Estado en los mercados financieros el Constituyente consideró oportuno repartir competencias de manera eficiente entre el Congreso de la República y el Gobierno Nacional y por ello decidió crear un tipo especial de regulación en la que el legislativo expediría unas normas generales en las que señale criterios y objetivos sobre las cuales el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades de regulación, cumpla con el propósito de dotar a los mercados financieros de la regulación más adecuada para la realización de sus operaciones; que entonces, la competencia para la expedición de la regulación en materia de mercados financieros, quedaría distribuida entre las dos autoridades, de conformidad con los artículos 150 numeral 19 y 189 numeral 25 de la Constitución Política.

Sostuvo que precisamente la Sentencia C-1161 de 2000 evidencia que la Corte Constitucional considera no sólo válido, sino necesario, que sea el Gobierno Nacional el que desarrolle los criterios y objetivos señalados en la Ley marco, para efectos de completar la voluntad del legislador y que en ese orden de ideas no puede pretenderse que sea el mismo legislador quien debe complementar la regulación de los mercados financieros.

Que se debe hacer diferencia entre las facultades de regulación del Gobierno Nacional otorgadas por el artículo 189 numeral 25 de la C.P y las de reglamentación señaladas en la misma disposición numeral 11, pues por las primeras el Gobierno desarrolla una ley mientras que por éstas está sujeto a los límites que la Constitución Política y la ley misma le imponen.

2. Que la Corte Constitucional declaró la inexecutable del artículo 52 del Estatuto Financiero porque lo censurable es que exista una facultad abierta para que el Gobierno nacional defina la conducta censurable y su sanción, lo cual es perfectamente claro a la luz de un estado social de derecho y bajo el criterio de tipicidad de la norma sancionatoria; que el legislador es quien define la conducta que considera vulnera el ordenamiento jurídico, pero es el Gobierno Nacional, en ejercicio de su facultad de regulación, esto es, en desarrollo de una ley marco quien determina la forma de calcular la sanción.

3. Señaló que uno de los objetivos fundamentales de la intervención del Estado, al tenor de lo dispuesto por el artículo 46 literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en concordancia con la Constitución Política artículo 150 numeral 19 literal d) es que las instituciones financieras que realicen las actividades propias de esos mercados cuenten con los niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia; que siendo éste uno de los objetivos sobre los cuales el legislador orienta al Gobierno Nacional, le corresponde a éste desplegar el contenido normativo.

Que de hecho el artículo 83 numeral 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone que por los defectos en que incurran los establecimientos de crédito respecto de las relaciones máximas de activos a patrimonio señaladas en las disposiciones vigentes, la Superintendencia Bancaria impondrá una multa a favor del Tesoro Nacional por el equivalente a 3.5% del defecto patrimonial que presenten mensualmente, sin exceder respecto de cada incumplimiento del 1.5% del patrimonio requerido para dar cumplimiento a dichas relaciones.

Que de lo anterior se prueba que existe un fundamento legal para el establecimiento de sanciones por defectos en los márgenes de solvencia.

4. Que el constituyente dejó en manos del Congreso de la República la fijación de unos criterios y objetivos y al Gobierno Nacional su desarrollo y que atendiendo a este principio, el legislador en el artículo 46 del EOSF dispuso que dentro de los objetivos de la intervención conforme al artículo 150 numeral 19 literal d) de la C.P., corresponderá al Gobierno ejercer la intervención para que las entidades que realicen las actividades relacionadas con los recursos captados al público cuenten con los niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia.

Que así mismo el artículo 48 del Decreto 663 de 1993 EOSF determinó entre los instrumentos de la intervención, establecer las normas requeridas para que las entidades objeto de la norma mantengan niveles adecuados de patrimonio, de acuerdo con los distintos riesgos asociados con su actividad y dictar normas que amplíen los mecanismos de regulación prudencial con el fin de adecuar la regulación a los parámetros internacionales.

Que la disposición acusada no viola el principio de tipicidad por cuanto la conducta sancionable está descrita previamente y tiene como fundamento legal los citados artículos 46 y 48 del EOSF, sin que su definición esté delegada en la autoridad administrativa.

La Superintendencia Financiera en calidad de tercero impugnante en la relación jurídica procesal, se opone a las pretensiones de la demanda. Manifiesta que el competente para resolver la presente demanda de nulidad es la Sala Plena.

Sobre el asunto de fondo considera que de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional del 15 de septiembre de 1998, de los preceptos constitucionales contenidos en los numerales 24 y 25 del artículo 189, se deduce que el Congreso es el órgano encargado de señalar las pautas que

regirán las labores de inspección, vigilancia y control sobre las actividades a las que aluden estas disposiciones y que ello se debe realizar a través de leyes marco como ocurre con las que se dictan con base en el numeral 19 del artículo 150 o por medio de leyes ordinarias como las que se fundamentan en el numeral 8 ídem.

Que en sentencia del 18 de noviembre de 1993, la Corte Constitucional al revisar la constitucionalidad de la Ley 35 de 1993 precisó que la intervención del Gobierno en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, tiene, de conformidad con los artículos 189 numeral 25 y 335 de la Constitución Política su mecanismo propio de regulación que es la ley general o marco que es una modalidad de ley ordinaria; que esta sentencia hizo referencia al fallo C-021 de 1994 que señaló que el ejercicio de la intervención del Gobierno *“está condicionado a la voluntad del Legislador, en la medida en que éste debe instruir al ejecutivo para ejercer esta atribución, señalándole mediante una ley marco, orientaciones y lineamientos a los cuales debe atenerse en su función interventora”* y que los instrumentos de intervención comprenden todos los mecanismos que permiten manejar el ejercicio de las referidas actividades, fijar el plazo de las operaciones, señalar las garantías aplicables a cada operación en particular, establecer el margen de solvencia y el patrimonio técnico mínimo de la entidad objeto de intervención.

Que del artículo acusado N° 14 del Decreto 1720 de 2001, se infiere que el Gobierno Nacional únicamente hizo la remisión al régimen sancionatorio definido en el artículo 83 numeral 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, EOSF.

Señaló que ante la declaratoria de inexecutable del artículo 52 de la Ley 35 de 1993, el régimen legal sancionatorio por incumplimiento a la relación de

solvencia definido en los numerales 1 y 3 del artículo 83 del estatuto Financiero, derogados por el Decreto 673 de 1994, recobraron su vigencia.

Que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el concepto del 22 de marzo de 2001 señaló que la *“Superintendencia Bancaria no perdió su competencia para imponer sanciones por el incumplimiento de los márgenes de solvencia dado que el artículo 83.1 mantuvo siempre su vigencia y por lo tanto no dejó de producir efectos ni antes ni después de la publicación del Decreto 673 de 1994, artículos 14 y 17”*.

Concluyó que es evidente que con la expedición del Decreto 1720 de 2001 el Gobierno Nacional no tipificó la conducta ni fijó sanción alguna, porque éstas le antecedieron y por lo tanto no es posible calificar de ilegal la inclusión en la norma impugnada de una remisión al régimen sancionatorio que fue incorporado de tiempo atrás en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Que la demanda carece de fundamento porque no puede pretenderse la nulidad de un acto administrativo bajo la consideración de que el mismo contiene la definición de una sanción, cuando en estricto sentido no la tiene, en la medida en que el artículo 14 del Decreto 1720 de 2001, no creó nada nuevo en materia de sanciones por infracción al margen de solvencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante reitera lo expresado en la demanda e insiste en que, contrario a lo expresado por la Sala de Consulta y Servicio Civil, el numeral 1° del artículo 83 del Estatuto Financiero - EOSF, fue expresamente derogado por el artículo 17 del Decreto 673 de 1994 y no revive al mundo jurídico por el hecho de haber sido derogada la norma que lo creó.

La parte demandada reitera los argumentos de la contestación de la demanda.

El Ministerio Público considera que las pretensiones del actor no están llamadas a prosperar y así solicita que se declare. Comparte el criterio de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 22 de marzo de 2001, C.P. Dr Flavio Augusto Rodríguez Arce, en cuanto sostuvo que como consecuencia de la decisión de inconstitucionalidad del artículo 52 del Decreto Ley 663 de 1994 desapareció el fundamento jurídico de los artículos 14 y 17 del Decreto 673 de 1994 lo que da lugar a la pérdida de su fuerza ejecutoria; que lo anterior sin perjuicio de la vigencia del artículo 83 numeral 1 del decreto Ley 663 de 1993, cuya fuerza legal nunca se enervó, y que es el soporte de la norma acusada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previo a resolver el asunto de fondo la Sección se refiere a la competencia que tiene para conocer de la presente acción nulidad y no la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo como lo considera la Superintendencia Financiera, quien actúa como tercero interesado en este proceso.

La acción de nulidad por inconstitucionalidad está regulada por el artículo 97 numeral 7. del C.C.A. que a la letra dice:

“...

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:

7. De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa.

La acción podrá ejercitarse por cualquier ciudadano y se tramitará con sujeción al procedimiento ordinario previsto en los artículos 206 y siguientes de este código, salvo en lo que se refiere al período probatorio que, si fuere necesario, tendrá un término máximo de diez (10) días.

En estos procesos la sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los consejeros de la sección respectiva según la materia y el fallo a la Sala Plena.

Contra los autos proferidos por el ponente sólo procederá el recurso de reposición. Los que resuelvan la petición de suspensión provisional, los que decreten inadmisión de la demanda, los que pongan fin al proceso y los que decreten nulidades procesales, serán proferidas por la sección y contra ellos solamente procederá el recurso de reposición.

El ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada a despacho para sentencia. La Sala Plena deberá adoptar el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional.

Las acciones de nulidad de los demás decretos del orden nacional, dictados por el Gobierno Nacional, se tramitarán y decidirán por las secciones respectivas, conforme a las reglas generales de este código y el reglamento de la corporación.

De otra parte la Ley 270 de 1996 dispone:

“ARTÍCULO 37. DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:

9. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional; y ...”

Entonces, para que proceda la nulidad por inconstitucionalidad es requisito que ésta se establezca por confrontación directa de la disposición acusada con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa, como lo ha sostenido además la Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia del 6 de agosto de 2004, expediente N° AI-0110, C.P. Dr Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, el la cual se dice:

“En ese orden de ideas, y por exclusión, las ‘acciones de nulidad por inconstitucionalidad’ atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquellas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa con la Constitución Política.

En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata frente o a través de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad, que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”

Como puede apreciarse la inconformidad presentada no se establece única y directamente por violación a la Constitución, sino también porque se considera quebrantado el artículo 48 del Decreto Ley 663 de 1993 -Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que sirvió de fundamento para expedir el acto acusado; por lo tanto la acción de nulidad corresponde resolverla a una de las Secciones que conforman la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de conformidad con el reglamento interno, en este caso el Acuerdo 55 de 2003, que dispone que corresponde a esta Sección conocer de todos los negocios para los cuales no exista regla general de competencia, como es el presente caso.

Sobre el asunto de fondo, se tiene que la disposición acusada del Decreto 1720 de 2001, dispone:

*“Artículo 14. Sanciones. **Tal como lo establece el artículo 83, numeral 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero**, por los defectos en que incurran los establecimientos de crédito en el patrimonio técnico necesario para el cumplimiento de la relación de solvencia, la Superintendencia Bancaria impondrá una multa a favor del tesoro nacional por el equivalente al 3% del defecto patrimonial presentado por cada mes del periodo de control, sin exceder del 1.5 % del patrimonio requerido para su cumplimiento. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las demás sanciones o medidas*

administrativas que puede imponer la Superintendencia Bancaria conforme a sus facultades.

Parágrafo. Cuando un mismo establecimiento de crédito incumpla la relación de solvencia individualmente y en forma consolidada, se aplicará la sanción que resulte mayor”. (subraya la Sala)

En resumen el actor manifiesta que la disposición acusada al establecer una sanción administrativa debe estar fundamentada en la ley, pues uno de los principios esenciales del derecho sancionador es el de la legalidad y que las facultades que el literal c) del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero le otorga al Gobierno son para establecer las normas requeridas para que las entidades objeto de intervención mantengan niveles adecuados de patrimonio y no para prescribir el régimen sancionatorio por el incumplimiento de dichas normas.

En virtud del artículo 335 de la Carta Política, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, se encuentran sujetas a normas de orden público con miras a velar porque en su desarrollo se propenda por el mantenimiento de la confianza del público en tales sectores, se garantice la protección de los intereses de los usuarios de los servicios prestados por dichas entidades, especialmente, la tutela de los intereses de ahorradores, depositantes y asegurados.

La delimitación de competencias entre el ejecutivo y el legislativo, en materia de intervención estatal en las actividades financiera, aseguradora y bursátil, quedó expresamente consagrada en el artículo 150 numeral 19 literal d) de la actual Constitución Política, que dispone que corresponde al Congreso hacer las leyes y por medio de éstas *“Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno para los siguientes*

efectos: d)regular las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público”.

A su vez el artículo 189 numeral 24 de la Carta Fundamental dispone que corresponde al Presidente *“Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados al público...”*

El desarrollo de dicho mandato constitucional, se ha hecho efectivo, entre otras normas en las Leyes 35 de 1.993 y 546 de 1.999, conocidas en su orden, como “Ley Marco de la Intervención Estatal en los sectores financiero, asegurador y bursátil” y “Ley Marco de Vivienda”.

Sobre las leyes marco la Corte Constitucional ha dicho que *“Con base en el mencionado tipo de instrumento legal la Constitución opera respecto de una específica materia una especial distribución de competencias normativas entre la ley y el reglamento. Al primero se confía la determinación de los objetivos y criterios generales, conforme a los cuales el segundo deberá ocuparse del resto de la regulación. De esta manera se garantiza en favor del reglamento un ámbito de regulación, como quiera que la ley deberá limitarse a los aspectos generales ya señalados que son precisamente los que configuran el "marco" dentro del cual se dictarán los reglamentos llamados a desarrollar los objetivos y criterios trazados por el legislador”*.¹

De igual manera, en sentencia núm. 196 de 13 de mayo de 1.998, la Corte Constitucional afirmó: *“En efecto, lo propio del sistema constitucional en*

¹ (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-510 del 3 de septiembre de 1992. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

cuanto al reparto de competencias en los asuntos previstos por el artículo 150, numeral 19, de la Constitución, es la existencia de una normatividad compartida entre los órganos legislativo y ejecutivo, de tal modo que en su primera fase se establezcan reglas o pautas caracterizadas por su amplitud y con una menor mutabilidad o flexibilidad, mientras que en la segunda, dentro de tales orientaciones, se especifiquen y concreten las medidas que gobiernen, según las circunstancias y necesidades, y con gran elasticidad, la respectiva materia”.

Ahora bien, **la Ley 35 de 1993** “*Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora*” le asignó al Gobierno Nacional ciertas funciones de intervención con respecto a las entidades financieras. Entre otras dispone esta ley:

“ARTÍCULO 1º. OBJETIVOS DE LA INTERVENCIÓN. *<Incorporado en el Decreto 663 de 1993, EOSF, bajo el artículo 46> Conforme al artículo 150 numeral 19 literal d) de la Constitución Política corresponderá al Gobierno Nacional ejercer la intervención en las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, con sujeción a los siguientes objetivos y criterios:*

a. Que el desarrollo de dichas actividades esté en concordancia con el interés público;

b. Que en el funcionamiento de tales actividades se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades objeto de intervención y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas;

c. Que las entidades que realicen las actividades mencionadas cuenten con niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia;

d. Que las operaciones de las entidades objeto de la intervención se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia; ...”

ARTÍCULO 3o. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN. *<Incorporado en el Decreto 663 de 1993, EOSF, bajo el artículo 48> En desarrollo de lo previsto en el artículo 1°, el Gobierno Nacional tendrá las siguientes funciones de intervención en relación con las entidades financieras y aseguradoras sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y, en general, respecto de las entidades cuyas actividades consistan en el manejo, aprovechamiento y la inversión de recursos captados del público:*

a. ...

b. ...

c. Establecer las normas requeridas para que las entidades objeto de intervención mantengan niveles adecuados de patrimonio, de acuerdo con los distintos riesgos asociados con su actividad;

d.

e. Determinar el margen de solvencia, el patrimonio técnico mínimo y el régimen de inversiones de las reservas de las entidades aseguradoras conforme a las normas legales respectivas;
....”

ARTÍCULO 7o. SANCIONES. *<Incorporado en el Decreto 663 de 1993, EOSF, bajo el artículo 52> El Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, podrá señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. En desarrollo de esta facultad sólo podrán establecerse sanciones pecuniarias, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas administrativas que resulten procedentes de acuerdo con la ley”.*

Posteriormente, el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 36 de la Ley 35 de 1993 para que, dentro de los tres meses siguientes a la sanción de ésta, **incorpore al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero las modificaciones aquí dispuestas** y haga en dicho estatuto las modificaciones de ubicación de entidades y del sistema de titulación y numeración que se requieran, expidió el Decreto - Ley

663 de 1993, por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.

Debe resaltarse que el Presidente de la República, conforme se lo ordenó el artículo 36 de la Ley 35 de 1993, incorporó en el Decreto –Ley 633 de 1993, entre otras, las disposiciones consagradas en los artículos 1º, 3º y 7º de la citada ley, en los artículos 46, 48 y 52 respectivamente, conforme ya se transcribió.

De este Decreto - Ley 633 de 1993, destaquense las siguientes disposiciones:

Artículo 48:

*“1. **Facultades del Gobierno Nacional.** En desarrollo de lo previsto en el artículo 46 del presente Estatuto, el Gobierno Nacional tendrá las siguientes funciones de intervención en relación con las entidades financieras y aseguradoras sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y, en general, respecto de las entidades cuyas actividades consistan en el manejo, aprovechamiento y la inversión de recursos captados del público:*

a.

b.

*c. **Establecer las normas requeridas para que las entidades objeto de intervención mantengan niveles adecuados de patrimonio, de acuerdo con los distintos riesgos asociados con su actividad; ...”** (artículo 3 literal c de la Ley 35 de 1993)*

Artículo 52:

“ Sanciones. El Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, podrá señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. En desarrollo de esta facultad sólo

podrán establecerse sanciones pecuniarias, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas administrativas que resulten procedentes de acuerdo con la ley”. (artículo 7° de la Ley 35 de 1993)

Entonces, este artículo 52 del Decreto - Ley 663 de 1993 incorporó textualmente el artículo 7° de la Ley 35 de 1993 y fue uno de los argumentos jurídicos que sirvió para que el Presidente de la República expidiera el Decreto 673 de 1994.

La Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1161 de 2000 declaró inexecutable el citado artículo 52 del Decreto Ley 663 de 1993, luego se dio lo que la jurisprudencia ha denominado inconstitucionalidad sobreviniente del citado decreto.

El Artículo 83, señala:

“1. Establecimientos de crédito. Por los defectos en que incurran los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial y organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, respecto de las relaciones máximas de activos a patrimonio señaladas en las disposiciones vigentes, la Superintendencia Bancaria impondrá una multa a favor del Tesorero Nacional por el equivalente al tres punto cinco por ciento (3.5%) del defecto patrimonial que presenten mensualmente, sin exceder, respecto de cada cumplimiento, del uno punto cinco por ciento (1.5%) del patrimonio requerido para dar cumplimiento a dichas relaciones. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las sanciones que puede imponer la Superintendencia Bancaria en desarrollo del artículo 207 del presente Estatuto”.

En virtud del artículo 52 del Decreto - Ley 663 de 1993 que incorporó textualmente el artículo 7° de la Ley 35 de 1993, el Presidente de la República expidió el Decreto Reglamentario 673 de 1994² (antes de que se declarara

² Derogado por el artículo 17 del Decreto 1720 de 2001.

inexequible el artículo 52 que le dio sustento jurídico). De este último decreto se reseñan las siguientes disposiciones:

Artículo 14:

“SANCIONES. Por los defectos en que incurran los establecimientos de crédito en el patrimonio técnico necesario para el cumplimiento de la relación de solvencia, la Superintendencia Bancaria impondrá una multa a favor del tesoro nacional por el equivalente al 3% del defecto patrimonial presentado por el patrimonio requerido por cada mes del periodo de control, sin exceder del 1.5% del patrimonio requerido para su cumplimiento.

Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las demás sanciones o medidas administrativas que puede imponer la superintendencia Bancaria conforme a sus facultades legales.

PARÁGRAFO: Cuando un mismo establecimiento de crédito incumpla la relación de solvencia individualmente y en forma consolidada, se aplicará la sanción que resulte mayor.

Artículo 17 deja sin efecto los numerales 1° y 3° del artículo 83 del Decreto - Ley 663 de 1993, expedido en virtud de facultades extraordinarias. Reza esta disposición:

*“El presente Decreto rige a partir del 1° de mayo de 1994, y **deja sin efecto** lo previsto en las resoluciones 45, 46, 47 y 48 de 1991 de la Junta Monetaria y sus normas concordantes, los Decretos 846 y 2652 de 1993, el artículo 2° del decreto 541 de 1994, **los numerales 1° y 3° del artículo 83 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero**, así como las demás disposiciones que le sean contrarias”. (resalta la Sala)*

La norma acusada, esto es, el artículo 14 del Decreto 1720 de 2001 repite lo señalado en el **numeral 1° del artículo 83 del Decreto –Ley 663 de 1993 -** Estatuto Financiero, que ya había sido dejado sin efectos en virtud del Decreto reglamentario 673 de 1994.

Sobre la vigencia de los numerales 1° y 3° del artículo 83 del Decreto –Ley 663 de 1993, la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación mediante concepto del 22 de marzo de 2001 manifestó:

*“La locución ‘deja sin efecto’ que traía el artículo 17 no produjo la derogatoria del numeral 1° del artículo 83, pues en ejercicio de la potestad reglamentaria no le era dable al gobierno proveer por vía general establecer sanciones ni retirar del ordenamiento normas de rango legal. Por lo demás, el Presidente de la República al expedir el decreto 673 no estaba investido de facultades extraordinarias. En consecuencia los artículos 14 y 17 debieron ser inaplicados por ser manifiestamente contrarios a la Carta - artículo 4°, en consideración a que **la vigencia y eficacia del artículo 83.1 no se afectó**, ya que en nuestro sistema jurídico prima el principio constitucional de prevalencia de la norma fundamental frente al alcance de la presunción de legalidad del acto administrativo”.*

.....

Como la sentencia (C-1161 de 2000) al declarar inexecutable el artículo 52 no determinó efectos jurídicos especiales de la decisión, en aplicación al artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia³, estos se producen hacia el futuro - conforme lo ha sostenido tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como la de esta Corporación, el primero de los cuales es

³ El artículo 45 de la Ley 270/96 dispone: **Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”**

el de la inejecutabilidad del precepto retirado del ordenamiento, a partir de la notificación de la sentencia referida -11 de octubre de 2002, fecha de desfijación del edicto.

Como consecuencia de la pérdida de vigencia de la norma inexecutable - artículo 52- y por tanto de su inejecutabilidad, habría tenido como efecto revivir el precepto legal anterior que regulaba la materia, pero en el caso consultado –como se anotó- el artículo 83.1, nunca perdió vigencia.

De no haber existido la manifiesta inconstitucionalidad puesta de presente, para determinar los efectos de la decisión de inexecutable en relación con el régimen de imposición de sanciones por el incumplimiento de los márgenes de solvencia, debería haberse tenido en cuenta el precepto legal anterior de rango legal y de igual contenido sustancial, que no resultara contrario al ordenamiento constitucional, que estableciera la tipicidad y la sanción por tal infracción, que lo es el artículo 83.1 del decreto 663 de 1993, el que habría sido – pero no lo fue-, simultáneamente, sustituido en sus elementos por el artículo 14 y derogado por el artículo 17 del decreto 673 de 1994.

Sin embargo como consecuencia de la decisión de inconstitucionalidad del artículo 52 respecto de los artículos 14 y 17 del decreto 673 desapareció el fundamento de derecho de los artículos en mención, lo que da lugar a la pérdida de su fuerza ejecutoria, todo sin perjuicio de la vigencia del artículo 83.1, cuya fuerza legal nunca se enervó mediante el acto administrativo contenido en el decreto 673”.

La Sala Prohíja el criterio expuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación.

En efecto, el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades legales y ordinarias no tiene competencia para derogar disposiciones de superior jerarquía como lo es el Decreto Ley 663 de 1993, como pretendió hacerlo al expedir el Decreto reglamentario 673 de 1994 para dejar sin efecto el artículo 83 numeral 1° del Decreto Ley ídem expedido en virtud de facultades extraordinarias que sólo puede ser derogado por el legislador.

De lo anterior se colige que cuando se expidió la norma acusada, artículo 14 del Decreto 1720 de 2001 no se estaba creando una sanción nueva sino que se hizo referencia expresa y se reprodujo el texto del artículo 83 numeral 1° del Decreto - Ley 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, por el cual sí se podía crear esta sanción, pues las sanciones gozan de reserva legal.

Por lo tanto con la expedición de la norma acusada tampoco se trasgredió el artículo 48 literal c) del Decreto - Ley 663 de 1993 que otorgó facultades al Gobierno Nacional para establecer las normas requeridas para que las entidades objeto de intervención mantengan niveles adecuados de patrimonio de acuerdo con los distintos riesgos asociados con su actividad, disposición que precisamente fue el fundamento para expedir el Decreto 1720 de 2001, cuyo artículo 14 el actor acusó de nulidad.

Es importante anotar que la sentencia C-1161 de 2000, declaró inexecutable el artículo 52 del Decreto – Ley 663 de 1993 que otorgaba facultad al Gobierno para señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que el mismo gobierno dictara en ejercicio de su función de regulación de las actividades descritas en la Ley 35 de 1993. Consideró la Corte Constitucional que las sanciones administrativas deben estar fundamentadas en la ley y por lo tanto no puede transferírsele al gobierno una facultad abierta en este sentido.

Esta sentencia de inexecutableidad no se refirió al artículo 83 numeral 1 del Decreto Ley ídem, que sí creó y podía crear una sanción concreta por los defectos en que incurran los establecimientos de crédito en el patrimonio técnico necesario para el cumplimiento de la relación de solvencia, disposición que tiene fuerza de ley.

En conclusión, la norma acusada, esto es el artículo 14 del Decreto 1720 de 2001, que textualmente dice “tal como lo establece el artículo 83 numeral 1° del Estatuto Orgánico el Sistema Financiero”, tiene su soporte en esta última disposición que es la que impone la sanción y no la disposición cuya nulidad se solicita, que sólo se limita a transcribir la norma superior.

Al no tener vocación de prosperidad las censuras endilgadas al acto acusado, se impone a la Sala negar las súplicas de la demanda.

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

F A L L A :

NIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente
Ausente con permiso

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE