

“Previo a resolver el asunto de fondo la sección se refiere a la competencia que tiene para conocer de la presente acción de 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 Código Contencioso Administrativo 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 AI-0110, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en 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 2º del artículo 237 de la Constitución, son aquéllas 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 1º 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 período 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 1993 y 546 de 1999, 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 196 de 13 de mayo de 1998, 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”.

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;

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

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 3°. 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 7°. 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.

De este Decreto-Ley 633 de 1993, destácanse 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; ...** (art. 3º 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” (art. 7º de la Ley 35 de 1993).

Entonces, este artículo 52 del Decreto-Ley 663 de 1993 incorporó textualmente el artículo 7º 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 7º de la Ley 35 de 1993, el Presidente de la República expidió el Decreto Reglamentario 673 de 1994² (antes de que se declarara inexecutable el art. 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 período 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.

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

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 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

³ El art. 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 art. 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario*”.

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 asociadas 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 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.

Al no tener vocación de prosperidad las censuras endilgadas al acto acusado, se impone a la Sala negar las súplicas de la demanda”. (Referencia: Expediente 110010327000 2004 00057 00).