

# LOPEZ MONTEALEGRE & ASOCIADOS

## ABOGADOS LTDA.

Boletín Informativo No. 012  
A octubre 01 de 2007

En el presente boletín informativo ponemos en conocimiento el Decreto 3530 expedido por el Gobierno, por medio del cual se reglamenta lo relacionado con la aprobación de liquidaciones voluntarias de instituciones financieras sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera.

Así mismo, se exponen algunos fallos recientemente proferidos por la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado, y cuyo contenido esperamos sea de valioso aporte para la constante concreción de nuestro pensamiento jurídico.

El presente Boletín corresponde exclusivamente a un servicio informativo, por lo cual no constituye de ningún modo una asesoría legal.

Luis Fernando López Roca

### Contenido del Boletín Informativo

#### **NORMATIVIDAD**

- Decreto 3530, del 17 de septiembre de 2007: Por medio del cual se reglamenta el literal j) del numeral 2° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.
- Circular Reglamentaria Externa DCIN-83, del Banco de la República (31 de agosto de 2007): Procedimiento aplicable a las operaciones de cambio.

#### **JURISPRUDENCIA**

- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, Expediente: 2000-31959 del 02 de agosto de 2007, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena: Cuando en el otorgamiento de un crédito no se especifique plazo o condición para el desembolso del mismo, no puede haber mora de la entidad financiera.
- Consejo de Estado, Sección cuarta, Expediente: 2006-00963 del 12 de julio de 2007, C. P. Héctor J. Romero Díaz: Cuando se trata de acreditar la costumbre mercantil a través de testimonios, de conformidad con el artículo 6° del Código de Comercio, para ello se requerirá la comparecencia de 5 comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil.
- Consejo de Estado, Sección cuarta, Expediente: 2000-00103 del 26 de julio de 2007, C. P. María Inés Ortiz Barbosa: Las normas expedidas por la autoridad crediticia y monetaria constitucional son de orden público de carácter económico, y, en consecuencia, no son susceptibles de desconocerse por convenios de índole particular, menos aún cuando ello puede significar un abuso de la posición contractual.
- Consejo de Estado, Sección cuarta, Expediente: 2003-0095 del 30 de agosto de 2007, C. P. Héctor J. Romero Díaz: La expresión “o de gran amplitud” contenida en el inciso 1°, numeral 1.3, título primero, capítulo décimo de la Circular Externa 007 de 1996 equivale al poder de carácter general contenido en el artículo 2156 del Código Civil.

### Decreto 3530

17 de septiembre de 2007

El Gobierno reglamenta la función de aprobación de la liquidación voluntaria de las entidades vigiladas por la Superfinanciera.

Ministerio de Hacienda.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió el 17 de septiembre del año en curso el Decreto 3530. A través de esta norma reglamenta lo relacionado con la función de la Superintendencia Financiera en lo atinente a la aprobación de la liquidación voluntaria de las entidades sometidas a su inspección y vigilancia.

Al respecto, el Ministerio de Hacienda señala que para proceder a la aprobación de que trata el literal j) del numeral 2º del artículo 326 del EOSF, la Superintendencia Financiera de Colombia deberá, previamente, haber comprobado que la correspondiente institución no posee obligaciones para con el público, por los conceptos de que trata el numeral 2º del artículo 299 del EOSF, es decir, por aquellos bienes que se encuentran excluidos de la masa de la liquidación.

El presente decreto entró a regir el día de su publicación.

Consulta de la norma:

<http://www.minhacienda.gov.co/pls/portal30/docs/PAGE/INTERNET/REGULACION/DECRETOS2007/DECRETO%203530%20DE%202007.PDF>

### Circular Reglamentaria

#### Externa DCIN-83

31 de agosto de 2007

Procedimiento aplicable a las operaciones de cambio

Banco de la República.

Por medio de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del 31 de agosto de 2007, el Banco de la República modifica, así como incluye, unas hojas a la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 de junio 22 de 2007.

Así, se modifica el punto 5.1.3., referente a la obligación de reportar la información de las operaciones de endeudamiento externo, en su numeral 2º en cuanto a la verificación de la condición de entidad financiera del exterior, para lo cual, y con el fin de garantizar dicha verificación, el listado de las entidades financieras aludidas, contenido en el anexo No. 1, se publicará en la página web del Banco de la República.

Consulta de esta Circular:

<http://www.banrep.gov.co/documentos/reglamentacion/pdf/compendiodcin83.pdf>

### Banco de la República Circular Externa No. 13 de 2007

El 21 de septiembre de 2007, el Banco de la república emitió la circular 13 de 2007, por la cual se expiden regulaciones en materia cambiaria, y, por medio de ésta, modifica el artículo 39 de la Resolución Externa 08 de 2000, referente al otorgamiento de avales por residentes en el exterior.

---

---

## JURISPRUDENCIA

### Corte Suprema de Justicia Sala de casación civil

Cuando en el otorgamiento de un crédito no se especifique plazo o condición para el desembolso del mismo, no puede haber mora de la entidad financiera.

Expediente: 2000-31959

02 de agosto de 2007

M. P. Pedro Octavio Munar Cadena

En el presente asunto, la Corte Suprema de Justicia se ocupa de resolver la controversia surgida entre un cliente de una entidad financiera, y ésta, como producto de la aprobación de un crédito a favor de aquel, el cual no fue desembolsado en su totalidad, situación que, según el demandante (usuario financiero), le causó graves perjuicios, ya que el dinero solicitado se destinaría en su totalidad a la cancelación de múltiples obligaciones pendientes que, al no haber sido satisfechas oportunamente con el dinero inicialmente otorgado en crédito, le causaron la ruina patrimonial.

El tribunal, al resolver el presente asunto, no encontró demostrado que sobre la entidad demandada pesara en aparte alguno el cumplimiento de un plazo para la ejecución de sus obligaciones (desembolso), para con ello, poder entenderla en mora en determinado momento, y, mucho menos, encontró probado que entre la conducta de la demandada, y los supuestos daños causados al demandante, mediara el nexo de causalidad necesario y suficiente

para configurar la responsabilidad de la primera.

Así las cosas, la Sala de Casación Civil comienza por considerar que el cargo formulado en dicha instancia por el demandante resulta novedoso y sorpresivo, pues su inconformidad se basa en el supuesto incumplimiento, por parte de la entidad financiera, de un contrato de promesa de mutuo, y no, como lo había hecho a lo largo de las instancias anteriores, en el incumplimiento por parte de dicha entidad, pero entonces, de un contrato de mutuo, simplemente.

No obstante lo anterior, dicha falta de rigor, más allá de no ser procedente en razón de la observancia debida al principio de contradicción, no resulta relevante para la Sala de decisión, pues, a su juicio, el examen efectuado por el Tribunal en segunda instancia, así como la decisión desestimatoria de éste frente a las pretensiones del demandante, fue lo suficientemente amplio como para dejar de lado el problema específico de la tipología contractual.

Ahora bien, lo que el demandante esgrimió en relación con el supuesto indebido análisis efectuado por el Tribunal se centró en la idea de que, al ser un contrato de promesa de mutuo lo que mediaba entre las partes, y, en consecuencia, de estirpe consensual, fueron obligaciones puras y simples las que de éste convenio se configuraron, y por tanto, obligaciones no sujetas a ningún plazo ni condición, salvo aquel plazo que se mostraba como necesario para la satisfacción de aquellas.

Respecto a lo anotado, y como ya se anticipó, tanto para la primera instancia como para la segunda, “no estaba probada la existencia de un plazo en el que la demandada debiera cumplir la obligación a su cargo”, es decir, en

ninguna instancia se logró probar la existencia de un plazo o una condición impuesta a la entidad financiera, y bajo la cual, pudiera entenderse a ésta en mora frente al cliente.

Cabe decir que la Sala de Casación Civil, en el presente caso, compartió en su totalidad las consideraciones expresadas en las instancias procesales, no dejando pasar la oportunidad para resaltar que:

“(…) el deudor solamente responde por la indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a su cargo cuando ha sido constituido en mora, ya sea mediante requerimiento judicial, o, en su caso, en las demás hipótesis del artículo 1608 del Código Civil; por supuesto que si la obligación es pura y simple, se debe la indemnización de perjuicios a partir del aludido requerimiento, ya que una cosa es la exigibilidad de la obligación y otra muy distinta la reparación de los perjuicios causados al acreedor por la mora del deudor.”

---

---

### Consejo de Estado Sección cuarta

Cuando se trata de acreditar la costumbre mercantil a través de testimonios, de conformidad con el artículo 6º del Código de Comercio, para ello se requerirá la comparecencia de 5 comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil.

Expediente: 2006-00963  
12 de julio de 2007  
C. P. Héctor J. Romero Díaz

Mediante el presente pronunciamiento la Sección Cuarta del Consejo de Estado

resuelve el recurso de apelación interpuesto contra un auto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el que éste negó la práctica de unos testimonios solicitados por el demandante.

En efecto, en el texto de la demanda se solicitó, además del testimonio del Representante Legal de Bavaria, el de 5 comerciantes registrados ante la Cámara de Comercio con el fin de acreditar como costumbre mercantil la realización de descuentos en contratos de suministro y compraventa, ante lo cual, el Tribunal negó 2 de dichos testimonios, al igual que el correspondiente al Representante Legal de Bavaria, por considerarlos innecesarios.

Ante lo acontecido, el demandante interpuso recurso de apelación contra el auto que negó las solicitudes mencionadas, exponiendo, por un lado, que de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio, son 5 los testimonios necesarios para acreditar la costumbre mercantil, y, por el otro, que el testimonios del Representante Legal de Bavaria es absolutamente necesario en razón de que fue directamente con dicha sociedad con la que se habían realizado los descuentos comentados, no tenidos en cuenta por la administración (DIAN).

En vista de lo anterior, la Sección de conocimiento procede a efectuar las consideraciones del caso, comenzando por referirse al artículo 5º del Código de comercio, el cual alude a la costumbre como criterio auxiliar de interpretación.

En esa misma línea se expone que por remisión expresa del artículo 168 del C.C.A., se debe dar aplicación a los artículos 189 y 190 del C.P.C., los cuales señalan que los usos y costumbres mercantiles se acreditarán con documentos auténticos, o, con un conjunto de testimonios; testimonios

que, de conformidad con el artículo 6º del C. Cio. deberán ser de por lo menos 5 comerciantes idóneos inscritos en el registro mercantil..

Así las cosas, el Consejo de Estado concluyó que:

“En el caso sub exámine la actora pretende demostrar una costumbre dentro del comercio por medio de testigos; por tanto, la norma aplicable es el artículo 6 del Código de Comercio. De manera que los tres testimonios decretados por el Tribunal son insuficientes.”

En conclusión, la decisión adoptada por el Consejo de Estado fue la de ordenar la práctica de los testimonios a los que el Tribunal no había accedido, completando con ello los 5 testimonios a los que alude la norma mencionada.

---

---

### Consejo de Estado Sección cuarta

Las normas expedidas por la autoridad crediticia y monetaria constitucional son de orden público de carácter económico, y, en consecuencia, no son susceptibles de desconocerse por convenios de índole particular, menos aún cuando ello puede significar un abuso de la posición contractual.

Expediente: 2000-00103  
26 de julio de 2007

C. P. María Inés Ortiz Barbosa

Decide el Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que no accedió a la nulidad de las resoluciones

pretendida por dicho extremo, las cuales le habían impuesto, y confirmado, a una entidad bancaria la correspondiente sanción pecuniaria por el cobro excesivo de intereses moratorios en un crédito hipotecario.

Para resolver, el Consejo de Estado destaca que los beneficiarios del crédito hipotecario en cuestión suscribieron el correspondiente pagaré el día 13 de septiembre de 1990; título valor en el que se pactaron, respecto de las cuotas atrasadas, intereses corrientes del 7.5%, y una tasa moratoria del 50% adicional a los mismos, es decir, intereses moratorios del 11.25% efectivo anual.

Se resalta por parte de la Sección de conocimiento que, para la fecha de la suscripción del mencionado pagaré, la disposición vigente en materia de intereses era la Resolución 5 de 1990, la cual disponía que en los préstamos para adquisición de vivienda cuyo valor comercial no fuera superior a 4000 UPACs, el interés corriente debía ser del 7.5%, en tanto la moratoria sería de un 50% adicional, más la sobre tasa de interés equivalente al mismo porcentaje sobre el interés corriente, cuando el deudor presentaba una mora superior a 90 días calendario. Así mismo, según la resolución comentada, estas tasas eran fijas y no podían ser variadas durante el plazo del crédito.

Ahora bien, en la sentencia que se examina se hace alusión a que la resolución aludida fue posteriormente derogada por la Resolución 19 de 1991, en la que se estableció que, además de que las tasas de interés eran fijas y no podían variarse durante el plazo del crédito; que el cobro de intereses de mora se sujetaría a las disposiciones generales sobre la materia, eliminando de paso la sobretasa de interés moratorio.

Por otro lado, y en relación con el argumento esgrimido por la entidad bancaria en cuanto al acuerdo contenido en las cláusulas del pagaré firmado por los beneficiarios del crédito hipotecario, en cuanto a la viabilidad de la aplicación del interés mencionado con independencia de las normas que al respecto pudieran expedirse, la Sala de decisión expuso de manera categórica que:

“(…) la aceptación del beneficiario del crédito de una futura variación en las tasas de interés, no puede llevar a que la Corporación de Ahorro abuse de su posición dominante, para basarse en una cláusula que afecta el equilibrio del contrato, y va en detrimento del deudor, quien adquiere una carga adicional de intereses, cuyo ajuste unilateral beneficia exclusivamente a la institución financiera.”

Como apoyo de lo anterior, se remite la Sección al fallo de la Corte Constitucional (C-955 de julio 26 de 2000), en el que dicha corporación señaló que las tasas de interés en los créditos de vivienda debían ser intervenidas por el Estado, y, por tanto, no podían ser pactadas por los contratantes en un plano de absoluta autonomía, porque su fluctuación en el mercado hace posible que las instituciones financieras, en su posición dominante impongan tasas y márgenes excesivos que hagan nugatorio el derecho a la vivienda y el crédito.

Así las cosas, el Consejo de Estado concluye que la sanción impuesta por la Superintendencia Financiera se ajusta a derecho, por cuanto la entidad acreedora aceptó haber cobrado un interés distinto al pactado en el pagaré por los beneficiarios, lo cual implicó un desconocimiento de la normatividad expedida por la Junta Directiva del Banco de la República en cuanto a tasas

máximas de interés, deduciéndose de ello la confirmación del fallo apelado.

Por otro lado, y como resultado de la ilegalidad del cobro de intereses efectuado por la entidad bancaria, anteriormente expuesto, el Consejo de Estado también confirmó la decisión del Tribunal en cuanto a la devolución de los intereses excesivamente cobrados, aumentados en otra cantidad igual, por cuanto dicha facultad no es exclusiva de la jurisdicción ordinaria, como equívocamente lo expuso el demandante en su recurso.

---

## Consejo de Estado

### Sección cuarta

En relación con el otorgamiento de poderes, la expresión “o de gran amplitud” contenida en el inciso 1°, numeral 1.3, título primero, capítulo décimo de la Circular Externa 007 de 1996 equivale al poder de carácter general contenido en el artículo 2156 del Código Civil.

Expediente: 2003-0095  
30 de agosto de 2007  
C. P. Héctor J. Romero Díaz

Dentro del expediente de la referencia, el Consejo de Estado se ocupó de la demanda de nulidad formulada en acción pública contra el inciso 1°, numeral 1.3., Título Primero, Capítulo Décimo de la Circular Externa 07 de 1996, de la Superintendencia Bancaria, el cual califica como práctica no autorizada el otorgamiento de poderes generales o de gran amplitud a personas que, habiendo sido designadas en cargos que conllevan representación legal, aún

no han tomado posesión de sus cargos ante la Superintendencia.

Para la demandante, dicho aparte normativo desconoce abiertamente el artículo 2156 del Código Civil, el cual solamente contempla la existencia de 2 clases de poderes, el general y el especial, sin que de ello pueda deducirse otra categoría como la creada por vía de decreto de prácticas inseguras, es decir, los poderes denominados como de “gran amplitud”.

Lo anterior, a juicio de la demandante, se configura como una violación al debido proceso por cuanto queda en el criterio del funcionario definir cuándo un poder es de gran amplitud.

Ahora bien, y pese a que la norma demandada no hacía parte del ordenamiento al momento de demandarse su nulidad, pues la misma fue derogada por la Circular 07 de 2003, la Sala de decisión entró a resolver sobre su nulidad en razón de las posibles situaciones jurídicas que hubieran podido producirse durante su vigencia, las cuales pueden eventualmente ameritar la reparación de daños causados.

Así, se comienza por examinar la razón de ser del deber de posesión que recae sobre quienes tengan la representación legal de una institución bancaria, ante el ente de control, al paso que se alude a la facultad del Superintendente de decidir acerca de tales posesiones.

Por otro lado, al abordar lo atinente a la norma demandada, se señala hace referencia a poderes generales o de gran amplitud, en donde la “o” es copulativa, es decir, significa que indistintamente, pero en idéntico sentido, ambos vocablos pueden ser usados para significar lo mismo.

Se analiza también la naturaleza y el objeto de los poderes generales, frente a lo que por contraposición se denomina en la ley como poderes especiales, para concluir que, según su contenido, los poderes solamente pueden ser generales, o, especiales.

A renglón seguido se examina el objetivo perseguido por la norma acusada, ante lo cual, no se llega a otra conclusión diferente que la intención de la misma es la de evitar que los representantes legales de las instituciones vigiladas ejerzan sus funciones sin haber tomado posesión de su cargo.

Así las cosas, el Consejo de Estado sintetiza su análisis sosteniendo que, al referirse la norma acusada a “poderes de gran amplitud”, solamente lo hace de manera explicativa, para contraevidenciar lo que no debe ser entendido como poderes especiales.

Al respecto se dijo:

“Cuando la circular se refirió a poderes generales o de gran amplitud, sin duda, aludió a la facultad que el mandante otorga al mandatario para que lo represente en todos los negocios, excepto aquellos que, por mandato legal, requieren de facultad especial. Así, la expresión “o” usada en el acto demandado, es eminentemente explicativa, esto es, significa que poder general es el que se otorga para gestionar, en nombre del mandante, negocios de gran amplitud, dentro de los cuales, se reitera, quedan excluidos los que por excepción requieren de mandato especial.”

Frente a lo anterior, se añade que no puede quedar al arbitrio de la Superintendencia Financiera la calificación o determinación, en cada caso concreto, si se esta ante un poder especial, o, de gran amplitud, pues ello conduciría a un

grado de incertidumbre que no puede darse dentro del sistema financiero en general..

Finalmente, a manera de sentencia interpretativa, la Sección de conocimiento concluye que el fragmento demandado, se aviene a lo dispuesto en el artículo 2156 del Código Civil, en tanto la expresión “o de gran amplitud” sea entendida como un concepto equivalente al de poder general.

---

---

Superintendencia  
Financiera

Concepto No. 2007026846-001  
(13 de Junio de 2007)

El leasing operativo puede ser realizado por entidades comerciales diferentes de las entidades financieras cuando para su realización no utilicen recursos captados del público. Las sociedades comerciales que se propongan realizar estas operaciones no requieren autorización para su funcionamiento por parte del ente de control y vigilancia.