

COMISION NACIONAL DE VALORES-Carácter de Superintendencia a partir de la Constitución vigente

CORTE CONSTITUCIONAL-Nuevo pronunciamiento de fondo frente a la Constitución vigente

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL AMBITO DE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Alcance

Como ya lo ha determinado la Corte Constitucional, el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites “al ejercicio de dicha potestad punitiva. Así, ha señalado que en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa”.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Integración

Cabe recordar que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición”.

En relación con la potestad sancionadora del Estado, pueden distinguirse diversas especies, las cuales se diferencian entre sí por las materias reguladas, la determinación de los sujetos o las sanciones consagradas respecto de las conductas sancionables. Esta distinción ha sido reconocida de tiempo atrás por esta Corporación, acogiendo los criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control de constitucionalidad, según los cuales “el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o “impeachment”.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO SANCIONADOR-Alcance de la rigurosidad

Debido a las particularidades de cada una de las normatividades sancionadoras, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. Es por ello, que la Corte ha considerado que el principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO SANCIONADOR-Posibilidad de flexibilización con excepción del derecho penal

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Posibilidad de flexibilización

Posibilidad de flexibilización del principio de legalidad, que cobija al derecho administrativo sancionador, pues si bien es cierto, esta Corporación ha sido enfática en señalar que en el derecho administrativo sancionador también rige el debido proceso, de forma tal que se exige una tipicidad de las conductas reprochables, una sanción predeterminada y un procedimiento que asegure el derecho de contradicción, también ha considerado que en

materia administrativa el principio de legalidad se aplica con una mayor flexibilidad, para asegurar la efectividad de la actuación de la administración pública, dada la naturaleza de su objeto y las sanciones para ella establecidas, que difieren frente a otros derechos sancionadores.

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

Ha reiterado la Corte, que en el derecho administrativo sancionador “aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no es demandable en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal”, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionadoras en estos casos, hacen posible también una flexibilización razonable de la descripción típica, en todo caso, siempre erradicando e impidiendo la arbitrariedad y el autoritarismo, que se haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás principios y fines del Estado, y que se asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal o convencional de todas las personas.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO SANCIONADOR-No idéntica aplicación

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Alcance

POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA-Finalidad

DEBIDO PROCESO EN POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Carácter determinable de la forma típica

Debido a que el derecho administrativo sancionador tiene adicionalmente más controles para evitar la mera liberalidad de quien impone la sanción, como por ejemplo las acciones contencioso administrativas, y dado que la sanción prevista no afecta la libertad personal de los procesados, la Corte ha aceptado que en el derecho administrativo sancionatorio, y dada la flexibilidad admitida respecto del principio de legalidad, la forma típica pueda tener un carácter determinable. Posibilidad que no significa la concesión de una facultad omnímoda al operador jurídico, para que en cada situación establezca las hipótesis fácticas del caso

particular. Por ello, la Corte ha sido cuidadosa en precisar, que si bien es posible la existencia de una forma típica determinable, es imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico, establezcan criterios objetivos que permitan razonablemente concretar la hipótesis normativa, como ha sido reiterado con insistencia.

ACTIVIDAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACION-Grado de movilidad

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Aspectos mínimos que debe establecer el legislador directamente

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN DERECHO SANCIONADOR-Función/PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y TIPICIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Función

INFRACCION ADMINISTRATIVA-Use de conceptos indeterminados

En el caso de las infracciones de carácter administrativo, según ya lo ha precisado la Corte, el uso de conceptos indeterminados es admisible, siempre y cuando ellos sean determinables en forma razonable, esto es que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Puede admitirse entonces, que para efectos de la concreción de los conceptos indeterminados, se acuda a las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o “Lex Artis”, en su esencia cambiante por la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de experiencias y costumbres, y que marcan un especial modo de actuar y entender las reglas respectivas y propias de cada ejercicio profesional. Igualmente juega un papel importante al momento de hacer la correspondiente determinación de conductas sancionables la costumbre mercantil, que tiene fuerza reguladora dada su condición intrínseca o de común aceptación como regla adecuada de conducta comercial cuando es pública, uniforme y reiterada. Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos.

ACTIVIDAD BURSÁTIL EN POTESTAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

SUPERINTENDENCIA DE VALORES-Ambigüedad y vaguedad de expresión “suficientemente” en relación con las operaciones no representativas del mercado/DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Ambigüedad y vaguedad de expresión

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Concepto indeterminado que puede ser determinable de manera razonable

LEY-Remisión normativa

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR-Concepto indeterminado que consagra una descripción típica determinable de manera razonable

SUPERINTENDENCIA DE VALORES-Previamente al hecho o acto objeto de investigación establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado

ACTIVIDAD FINANCIERA, BURSÁTIL Y ASEGURADORA-Desarrollo en concreto mediante normas generales de entes administrativos o por actividades de control, inspección y vigilancia

SUPERINTENDENCIA DE VALORES-Facultad reglamentaria y funciones de inspección, vigilancia y control

Referencia: expediente D-4874

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12, numeral 3, literal b) de la Ley 32 de 1979 “Por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones”; 8º, numeral 4 del Decreto Ley 1172 de 1980 “Por el cual se regula la actividad de los Comisionistas de Bolsa” y 6º, literal b) de la Ley 27 de 1990 “por la cual se dictan normas en relación con las bolsas de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto”

Actor: Ángela María Muñoz Carrillo.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., cuatro (4) de mayo de dos mil cuatro (2004).

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución Política, la ciudadana Ángela María Muñoz Carrillo solicita a la Corte declarar inexecutable los artículos 12, numeral 3, literal b) de la Ley 32 de 1979 “Por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones”; 8º, numeral 4 del Decreto Ley 1172 de 1980 “Por el cual se regula la actividad de los Comisionistas de Bolsa” y 6º, literal b) de la Ley 27 de 1990 “por la cual se dictan normas en relación con las bolsas de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto”

La Magistrada Sustanciadora, mediante auto del dos (02) de octubre de 2003, admitió la demanda de la referencia por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991. En dicha providencia se ordenó fijar en lista las normas acusadas y dar traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera su concepto.

Al mismo tiempo se resolvió comunicar la iniciación del proceso al Presidente de la República, al Presidente del Congreso de la República, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. De igual forma, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, se invitó a participar a la Superintendencia de Valores, al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Academia Nacional de Jurisprudencia y a los Departamentos de Derecho Público de las Universidades Los Andes, Javeriana, Rosario y Externado de Colombia, a fin de que emitieran su concepto en relación con la demanda de la referencia.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, y previo concepto de la Procuraduría General de la Nación, la Corte

Constitucional procede a decidir en relación con la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

Se transcribe a continuación el texto del artículo 12, numeral 3º, literal b) de la ley 32 de 1979; artículo 8º , numeral 4º del decreto 1172 de 1980 y el artículo 6º literal b) de la ley 27 de 1990. Se subrayan las partes demandadas.

Ley 32 de 1979

“Por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones”

Artículo 12. en ejercicio de sus funciones la comisión nacional de valores podrá:

1) Suspender la inscripción de un documento en el registro nacional de valores cuando hubiere temor fundado de que con él se puede causar daño a sus tenedores o al mercado de valores, por el término necesario y hasta cuando se subsanen las irregularidades que hayan motivado la suspensión.

2) Cancelar la inscripción de un documento cuando:

a) Sus emisores incumplan las obligaciones que les impone la presente Ley, o las decisiones de la Comisión o aquellas exigidas para la inscripción de un documento;

b) El documento deje de satisfacer los requisitos necesarios para su inscripción.

3) Suspender la inscripción de un intermediario en el Registro Nacional de Intermediarios cuando:

a) Incurra en violación de lo ordenado por esta Ley, sus disposiciones reglamentarias o las decisiones de la Comisión;

b) Realice operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado;

c) En su actuación se presenten irregularidades que puedan comprometer la seguridad del mercado;

4) Cancelar la inscripción de un intermediario en el registro nacional de intermediarios cuando:

- a) Incurra en violaciones reiteradas a lo dispuesto en esta ley, en sus disposiciones, o las decisiones de la Comisión;
- b) Deje de satisfacer los requisitos exigidos para su inscripción;
- c) Injustificadamente incumpla las obligaciones que surjan de las operaciones contratadas;
- d) Entre en período de liquidación;
- e) Proporcione a la Comisión informaciones falsas o engañosas.

Decreto Ley 1172 de 1980

“Por el cual se regula la actividad de los Comisionistas de Bolsa”

“Artículo 8º – Prohíbese a las sociedades comisionistas de Bolsa a sus socios y a sus administradores:

1. Representar en las asambleas generales de accionistas las acciones que se negocien en mercados públicos de valores, y recibir poderes para este efecto;
2. Negociar por cuenta propia, directamente o por interpuesta persona acciones inscritas en Bolsa, exceptuando aquellas que reciban a título de herencia o legado o las de su propia sociedad comisionista de Bolsa.
3. Cobrar comisiones o emolumentos no autorizados por la Comisión Nacional de Valores.
4. Realizar operaciones que no sean representativas de las condiciones del mercado, a juicio de la Comisión Nacional de Valores; y

Ley 27 de 1990

“por la cual se dictan normas en relación con las bolsas de valores, el mercado publico de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto”

Artículo 6º – De ciertas sanciones pecuniarias que puede imponer la Comisión Nacional de Valores. La Comisión Nacional de Valores, sin perjuicio de las facultades que le asignen la leyes vigentes, tendrá además las siguientes:

Imponer, a quienes desobedezcan sus decisiones o violen las normas legales que regulen el mercado de valores o las entidades sujetas a su inspección y vigilancia, multas sucesivas hasta por cinco millones de pesos hasta por un monto igual al valor de la operación realizada, si este último fuere superior a cinco millones de pesos. Para efectos de determinar la sanción se tendrá en cuenta la gravedad de la infracción y/o el beneficio pecuniario obtenido;

Imponer multas hasta de cinco millones de pesos cada una, según la gravedad de la infracción a quienes directamente o a través de interpuestas personas realicen operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado.

Parágrafo.- Las sumas establecidas en el presente artículo se ajustarán anualmente en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el Departamento Nacional de Estadística, DANE.”

III. LA DEMANDA

La ciudadana Ángela María Muñoz Carrillo demandó los artículos 12, numeral 3, literal b) de la Ley 32 de 1979 “Por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones”; 8º, numeral 4 del Decreto Ley 1172 de 1980 “Por el cual se regula la actividad de los Comisionistas de Bolsa” y 6º, literal b) de la Ley 27 de 1990 “por la cual se dictan normas en relación con las bolsas de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto”.

En primer lugar, advierte que la Corte Suprema de Justicia, en virtud del control de constitucionalidad que ejercía con anterioridad a la Constitución de 1991, había declarado la exequibilidad de la Ley 32 de 1979 y del artículo 8º, numeral 4º del Decreto Ley 1172 de 1980. Sin embargo, afirma que por el tránsito de Constitución, esta Corporación ha admitido acciones públicas de inconstitucionalidad contra este tipo de disposiciones, sobre las cuales la Corte Suprema ejerció control de constitucionalidad.

Considera que el contenido de las disposiciones demandadas desconoce los artículos 6, 28 y 29 de la Constitución, que consagran el principio constitucional de legalidad. A su juicio, la hipótesis sancionatoria consagrada en los artículos demandados, “deja a la mera discrecionalidad del funcionario (decidir) cuándo una operación es o no suficientemente representativa del mercado público de valores, de cara a la imposición de sanciones a los ciudadanos, lo que constituye un verdadero desafío frente al principio democrático de la ‘legalidad’”.

Haciendo alusión a la jurisprudencia constitucional, explica que el principio de legalidad le impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas. Por lo anterior considera que las normas son abiertamente inconstitucionales, al no consagrar un comportamiento antijurídico claro, explícito e inequívoco que describa la infracción.

Así entonces, afirma que las normas cuestionadas vulneran este principio constitucional, en la medida en que los sujetos destinatarios de las mismas no pueden conocer de antemano cuáles son o no las “operaciones representativas del mercado”, mucho menos cuando su calificación depende a posteriori de la autoridad administrativa competente. Según la demandante, al analizar las disposiciones acusadas se observa que la ley ha dejado en total libertad y discrecionalidad a la Comisión Nacional de Valores -hoy Superintendencia de Valores- en su calidad de operador jurídico, para definir en forma caprichosa cuándo una operación es o no suficientemente representativa del mercado público de valores. En virtud de lo expuesto, considera que debe ser directamente la ley, quien determine qué es una operación no representativa del mercado.

Finalmente, asegura que las normas vulneran el principio de imparcialidad, porque permiten que sea la misma Superintendencia quien “a su juicio” determine qué es una operación no representativa del mercado y a la vez quien imponga la sanción por vulnerar esa conducta. A su parecer, esto permitiría que un funcionario público pueda en un caso concreto “por sí y ante sí definir el bien y el mal”, y no con base en disposiciones erga omnes, impersonales y abstractas.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Carlos Andrés Guevara Correa, obrando en calidad de apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicita se declare la exequibilidad de las normas acusadas.

Después de explicar, a la luz de la jurisprudencia colombiana y la doctrina creada por la Superintendencia de Valores, lo que debe entenderse por operación no representativa, afirma que por la dinámica del mercado, la calificación de la representatividad de una operación no puede considerarse a priori ni en abstracto, pues se trata de un ejercicio que se debe realizar en cada caso en concreto, teniendo en cuenta las condiciones específicas del mercado al momento de la realización de la operación cuestionada. Al respecto, señala que desde 1983, la Comisión Nacional de Valores, hoy Superintendencia de Valores, ha puesto de presente que “la representatividad de las operaciones registradas en rueda es cosa que no puede proclamarse a priori, con base en una visión formal e insular de la mismas”.

En relación con el numeral 4º del artículo 8º del Decreto 1172 de 1980, expresa que esta disposición no se configura como un tipo en blanco, tal y como lo sugiere la demandante. A su juicio, del texto de la misma se puede determinar qué conducta constituye una operación no representativa de las condiciones del Mercado, pues “una vez definido en términos económicos lo que se entiende por mercado, sus presupuestos, así como la dinámica del mismo, regida por las fuerzas de la oferta y la demanda, determinadas estas en forma libre y espontánea, resulta obvio que las operaciones ajenas a este contexto, no pueden ser consideradas como representativas del Mercado.”

Así las cosas, aduce que tipificar expresamente las múltiples conductas con las cuales pueden trasgredirse las operaciones del mercado público de valores impediría el propósito ulterior de esta normatividad, cual es proteger la transparencia, confiabilidad y el interés público en general. Anota que el artículo 317 del Código Penal y la Resolución 157 de 2002 emanada de la Superintendencia de Valores no completan el tipo administrativo consagrado en el numeral 4º del artículo 8º del Decreto 172 de 1980, ya que, a su juicio, esa norma no requiere de complementación, pues en sí misma consagra un tipo completo. En relación con este aspecto, explica que si bien la “manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e intermediarios” está consagrada en el mencionado artículo

317 del C.P. como un tipo penal, ello no excluye la posibilidad de que pueda ser infringido el numeral 4º del artículo 8º del Decreto 1172 de 1980, cuando por las especiales condiciones que rodean una operaciones, la misma conducta pueda ser calificada por la Superintendencia como no representativa del mercado.

Con el fin de reforzar su argumento en relación con el artículo 8º de la Ley 27 de 1990, cita la doctrina que al respecto ha sentado la Superintendencia de Valores para así corroborar que dicha norma no puede ser clasificada como un tipo en blanco, sino como un tipo administrativo completo en la medida en que precisa la conducta reprochada: “realizar operaciones no suficientemente representativas del mercado”. En su sentir, cualquier actuación en la cual se generen operaciones que no respeten la transparencia, la equidad, la publicidad y la seguridad del mercado público de valores, deberá ser cuestionada por la Superintendencia de Valores en uso de las funciones de policía económica administrativa que le asisten de acuerdo a la Constitución y la ley.

Adicionalmente, señala que en materia penal, es válida la redacción de un tipo en el cual se consagra un resultado, sin ejemplificar las posibles modalidades que puedan utilizarse para llegar a éste. En efecto, explica que en materia de derecho administrativo sancionador, los principios de legalidad y tipicidad no tienen el mismo vigor; así como también indica que los derechos involucrados en el evento de una sanción penal son de mayor jerarquía que para el caso de una sanción administrativa.

Fundamenta sus razonamientos con base en la sentencia del 25 de febrero de 1998, proferida por el Consejo de Estado, en la cual se consideraron ajustadas a la ley las Resoluciones No. 099 y 131 de 1983, por medio de las cuales el Presidente de la Comisión Nacional de Valores sancionó a la Sociedad Grancolombiana Administradora de Inversión - Graninversión S.A.-, por la realización de operaciones no representativas del mercado con base en una norma de idéntica redacción al literal b) del artículo 6º de la Ley 27 de 1990.

Argumenta que allí se consagraron conductas que atentan contra cualquier postulado o principio que propenda por la existencia de un mercado confiable, transparente, organizado y seguro. Indica que, si bien la Superintendencia está obligada a ejercer sus competencias y atribuciones, haciendo uso de las herramientas normativas, también le está permitido hacer uso de la hermenéutica jurídica y demás elementos de juicio, a fin de esclarecer los hechos

que se consideran irregulares, sin que por esta razón sea admisible afirmar que ha actuado a priori, definiendo conductas que arbitrariamente son, a su juicio, no representativas del mercado.

Precisa que si bien la Resolución 157 de 2002 fue expedida con el ánimo de proteger los sanos usos y prácticas en el mercado de valores, ésta no pretende enunciar las conductas de manipulación que pueden presentarse. Afirma que dicha resolución debe entenderse como una colaboración reglamentaria en la tipificación de las disposiciones acusadas. En suma, expresa que la norma cuestionada por la demandante es un tipo completo que describe suficientemente la conducta típica que se reprochará a los administrados en caso de que éstos las desarrollen.

2. Intervención de la Superintendencia de Valores

El ciudadano Javier Angarita Fonseca, actuando en calidad de apoderado y funcionario de la Superintendencia de Valores interviene con el fin de defender la constitucionalidad de los artículos acusados. En su sentir, las normas demandadas contienen elementos suficientes que permiten una adecuación típica de las operaciones no representativas del mercado.

Con base en lo anterior, afirma que las normas no vulneran el debido proceso, pues éstas incluyen todos los elementos necesarios de un tipo completo, claro e inequívoco, de contenido técnico, cuyo único fin es preservar el orden público económico. En relación con el posible desconocimiento del principio de imparcialidad, indica que la expresión normativa “a juicio de la Comisión Nacional de Valores” no le confiere al funcionario facultades arbitrarias para crear tipos normativos según lo considere conveniente. Las facultades que en tal sentido se otorgan a esta entidad se limitan a adecuar la conducta de los vigilados dentro del contexto normativo existente, según las diferentes modalidades de operaciones que en últimas interfieran en el libre juego de la oferta y la demanda.

Afirma que es claro que las disposiciones acusadas consagran de manera precisa la conducta reprochable y que del concepto de mercado se desprenden los elementos de cuya inobservancia se predica la infracción, en atención al principio de legalidad. Por ende, considera que a esta Superintendencia no le han sido conferidas facultades arbitrarias para crear tipos normativos según su conveniencia. Señala que el contenido normativo de las disposiciones demandadas “operaciones no representativas de las condiciones de mercado”

abarca todas aquellas acciones u omisiones mediante las cuales se efectúe alguna negociación, transacción o contrato sobre valores, con la cual sea afectada la libre interferencia de la oferta y la demanda. Por lo anterior advierte que tipificar expresamente las múltiples conductas con las cuales pueden trasgredirse las operaciones del mercado público de valores impediría el fin último de esta normativa, que consiste en proteger la transparencia, confiabilidad y el interés público en general.

3. Intervención ciudadana.

El ciudadano Juan Carlos Melo Santos interviene en el trámite del presente proceso con el fin de defender la constitucionalidad de los preceptos demandados. A su juicio, resulta equivocado afirmar que debido a que el legislador no describió íntegramente las conductas que dan lugar a operaciones no representativas del mercado, los textos impugnados son inconstitucionales.

Sostiene que en el derecho comparado, la facultad preventiva de evitar que se produzcan este tipo de operaciones constituye una constante respecto de las autoridades de supervisión de las bolsas de valores. En su sentir, por tratarse de un asunto de derecho económico, su regulación requiere cierto margen de flexibilidad, ante la imposibilidad de definir en estrictos moldes legales, las variables exclusivamente económicas. Por ello, explica que el legislador facultó expresamente a la autoridad administrativa para que ésta definiera las situaciones que comportan una operación no representativa del mercado, atendiendo la cambiante realidad económica.

No obstante, a pesar de expresar que las normas acusadas no son per se violatorias de la Carta, considera que la constitucionalidad de su aplicación estará atada a la existencia previa de un acto expedido por el Superintendente de Valores, mediante el cual se defina y se informe a los intermediarios del mercado bursátil, cuáles son las prácticas o conductas que constituyen “operaciones no representativas del mercado”. Por lo anterior, solicita se declare la exequibilidad condicionada de las mismas, en el entendido de que éstas sólo serán aplicables cuando estén precedidas de un acto administrativo de carácter general expedido por el Superintendente de Valores, mediante el cual se definan claramente las “operaciones representativas del mercado”, permitiendo el conocimiento previo de las conductas

sancionables por parte del ciudadano, a fin de preservar el respeto a la legalidad y al debido proceso.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

La Vista Fiscal rinde concepto, solicitando se declare la exequibilidad del literal b) del numeral 3º del artículo 12 de la Ley 32 de 1979, del numeral 4º del artículo 8º del Decreto 1172 de 1980 y del literal b) del artículo 6º de la Ley 27 de 1990.

En primer término, hace referencia a la facultad reguladora del Estado en el mercado de valores, y a la delegación que de la misma hace el Presidente de la República a la Superintendencia de Valores. Lo anterior, para fundamentar las funciones que cumple la Superintendencia de Valores, respecto de los criterios indicativos para determinar la representatividad de una operación, de manera general y abstracta, por medio de circulares y resoluciones.

Explica que la expresión “operaciones no representativas del mercado”, al no estar definida por el Legislador o el Ejecutivo, deberá interpretarse por las autoridades y por los particulares, de la manera que lo señala el artículo 29 del Código Civil, el cual reza “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”. Respecto a la posible vulneración del principio de imparcialidad, el Ministerio Público sostiene que la expresión “a juicio de la Superintendencia de Valores” no debe interpretarse como una facultad arbitraria. Comenta que es común que las autoridades administrativas realicen evaluaciones técnicas para determinar en un caso concreto la comisión o no de una conducta administrativa reprochable, sin que pueda por ello pensarse que se vulnera el principio de imparcialidad, ya que esto obedece al desempeño propio de su actividad, que responde al principio de especialización.

Así mismo, indica que teniendo en cuenta la multiplicidad de conductas que pueden constituirse en operaciones no representativas del mercado y los diferentes grados de afectación al mercado de valores, corresponde a la autoridad administrativa aplicar este concepto técnico de acuerdo con los usos del lenguaje especializado, e imponer la respectiva sanción. Señala además, que los presuntos infractores cuentan con la oportunidad de aportar pruebas y controvertir las decisiones de la administración con argumentos

igualmente técnicos.

A su juicio las operaciones no representativas del mercado deben ser determinadas en cada caso por la autoridad competente, pues “sería imposible establecer de manera taxativa los casos en que una operación es o no representativa del mercado, por cuanto se trata de una evaluación con referencia a las circunstancias concretas y coyunturales del mercado en el momento de realizar la operación.” Considera además que consagrar reglas generales aplicables a las operaciones propias de esta actividad a cargo del legislador y del Ejecutivo y la facultad de inspección, control y vigilancia a cargo de la Superintendencia de Valores constituyen formas diferentes y complementarias de intervención del Estado en la economía, al tiempo que buscan asegurar prácticas sanas, garantizar que los oferentes y demandantes del mercado de valores puedan acceder a la negociación de valores en condiciones de transparencia y seguridad, garantizar la estabilidad y competitividad del mercado bursátil y prevenir las conductas que distorsionen las condiciones del mercado y afecten tanto el interés general como los intereses particulares de quienes intervienen en él.

En conclusión indica que las normas acusadas no vulneran los principios de legalidad e imparcialidad. No obstante anota que para asegurar la observancia de las garantías propias del debido proceso y proteger los derechos del sancionado debe garantizarse la posibilidad de interponer los recursos de ley y recurrir la decisión de la Superintendencia de Valores ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

VI. CONSIDERACIONES.

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, de conformidad con el numeral 4 y 5º del artículo 241 de la Constitución Política, por estar dirigida contra disposiciones que forman parte un decreto ley y de leyes de la República.

2. Asuntos previos: Vigencia de la Ley 32 de 1979 y aplicabilidad de ella a la Superintendencia de Valores. Ausencia de cosa juzgada constitucional.

Una de las normas demandadas en esta oportunidad, hace parte de la Ley 32 de 1979. Como

ya lo había considerado la Corte en anterior oportunidad¹, no obstante haber sido sustituida la Comisión Nacional de Valores por la Superintendencia de Valores, en virtud de lo dispuesto en el artículo 52 Transitorio de la Constitución, se expidió el Decreto 2739 de 1991 que dispuso en su artículo primero incorporar la normatividad de dicho estatuto al sistema jurídico que estructuró la citada Superintendencia en cuanto no fuera contrario a las nuevas normas.

Además, debe tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia, tal y como lo afirma la actora, declaró exequibles algunas de las normas acusadas ahora nuevamente, cuando ejercía el control constitucional bajo la vigencia de la Constitución de 1886.

En efecto, esa corporación en providencia del 15 de mayo de 1981, declaró exequible en su totalidad la ley 32 de 1979, porque consideró que “ella no ha violado los siguientes artículos: 31, 32, 55, 61, 63 76, 132, 135, y 206 ni ningún otro artículo de la Constitución.” Con posterioridad, sería demandado el ordinal b) del numeral 3 del artículo 12 de la Ley 32 de 1979, que hoy de nuevo se demanda, y la Corte Suprema de Justicia decidió en sentencia No 5 del 30 de enero de 1984 estarse a lo decidido en la sentencia de 15 de mayo de 1981, “mediante la cual se expresó lo siguiente “es constitucional la ley 32 de 1979 que creó y regula la Comisión Nacional de Valores””

De igual forma, en Sentencia No. 4 de enero 30 de 1984, declaró exequible el numeral 4º del artículo 8º del Decreto No. 1172 de 1980, que consagra la prohibición para las sociedades comisionistas de Bolsa, a sus socios y administradores “realizar operaciones que no sean representativas de las condiciones del mercado, a juicio de la Comisión Nacional de Valores”. En aquella ocasión, el demandante sostuvo que dicha disposición vulneraba los artículos 23 y 28 de la Constitución Nacional de 1886, al establecer una restricción a la libertad sin haber determinado previamente, de manera clara y precisa, qué se entiende por una operación no representativa del mercado, delegando a la Comisión Nacional de Valores el cumplimiento de tal función. En relación con la violación del artículo 23 constitucional, la Corte Suprema de Justicia manifestó lo siguiente:

“Con respecto a la primera violación constitucional manifestada por el actor, vale la observación de que el organismo estatal al que la ley asigna la función de juzgar cuándo las sociedades comisionistas de Bolsa o sus socios o sus administradores realizan operaciones

que no son representativas de las condiciones del mercado, es precisamente la Comisión Nacional de Valores, la cual por su composición, sus objetivos y sus labores ostenta el carácter de entidad altamente especializada en las actividades cuya vigilancia debe ejercer, sin que por otra parte, ni sus funciones generales, ni las específicas a las que se refiere la norma acusada, puedan ser desempeñadas de manera arbitraria, ya que para todas ellas existen estatutos legales que la enmarcan y las determinan. Además los actos de la Comisión Nacional de Valores necesarios para llegar a las determinaciones de que trata la norma impugnada son puramente administrativos, y, como tales, se hallan sujetos a los recursos propios de los de su especie, los cuales, están previstos, para el asunto actual, de manera particular en el artículo 14 de la Ley 132 de 1979. Es de advertir, de otra parte, que el artículo 23 de la Constitución, indicado por el actor como el objeto de lesión, se refiere muy específicamente a casos de la privación de la libertad de las personas, o de registro de su domicilio, sin que vea cómo la disposición de la norma acusada alcance a afectar la materia de que trata aquel artículo constitucional que se afirma ha sido violado.”

(...)

“Para el caso la referencia legal a las condiciones del mercado y la correspondencia con ellas de parte de las operaciones que realicen los comisionistas individualmente o asociados, no solo constituye un criterio para el juicio de la Comisión Nacional de Valores que es la encargada de analizar los hechos y calificarlos, por que su autoridad en la materia así lo recomienda, sino que ofrece abundantes elementos que permiten llegar a la determinación del comportamiento que se prohíbe, no de manera caprichosa, sino ajustándose a una realidad mercantil muy concreta, y señalada con claridad y precisión suficientes. Lo demás, es el margen indispensable para que la autoridad que ha de analizar y calificar los hechos lo haga por su propio criterio, con indispensable elasticidad y con la objetividad que según ya se dijo, debe garantizar su experiencia y su ciencia en estos menesteres de la economía financiera, como lo afirma acertadamente el Procurador, el principio de legalidad no supone la eliminación de todo ingrediente de apreciación o valoración del juzgador sino la suspensión de las valoraciones puramente subjetivas, caprichosas o arbitrarias.”

A pesar de la existencia de pronunciamientos previos de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ley 32 de 1979 en general, su artículo 12 numeral 3 literal b) en particular y el numeral 4º del artículo 8º del Decreto 1172 de 1980, esta Corporación juzgará de nuevo la

exequibilidad de éstas disposiciones, pues de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es viable un nuevo pronunciamiento a la luz de las normas de la Constitución de 1991.

En efecto, en la sentencia C-397 de 19952, la Corte al decidir en esa oportunidad precisamente sobre la exequibilidad de una norma contenida en la Ley 32 de 19793 “por la cual se crea la comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones”, constató que la Corte Suprema de Justicia había declarado en su totalidad la exequibilidad de las normas integrantes de esa ley. Adicionalmente, verificó que estas normas seguían vigentes, por cuanto si bien la Constitución Política señaló en su artículo transitorio 52 que “a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución, la Comisión Nacional de Valores tendrá el carácter de superintendencia” el Decreto 2739 de 1991 dispuso que esa normatividad fuera incorporada al sistema jurídico que estructuró la Superintendencia en cuanto no fuera contrario a las nuevas normas. De esta forma, concluyó lo siguiente:

“En efecto, dicha disposición estableció que, en aplicación del mandato constitucional, todas aquellas normas en ese momento vigentes, que hacían referencia a la Comisión Nacional de Valores o al Presidente de la misma se entenderían hacerlo en adelante a la Superintendencia y al Superintendente de Valores, según el caso.

Pero a pesar del pronunciamiento previo de la Corte Suprema de Justicia y dado que las normas seguían vigentes y producían efectos jurídicos, la Corte determinó que:

“no obsta, sin embargo, para que la Corte Constitucional pueda efectuar el análisis que le compete sobre normas integrantes de esa normatividad, ya que la cosa juzgada se circunscribió al cotejo entre las disposiciones legales en mención y la Carta Política vigente en el momento del fallo, que lo era la de 1886 con sus reformas.

Al respecto se reitera lo ya expresado por esta Corte en el sentido de que, en casos como el presente, el examen efectuado por la Corte Suprema de Justicia, cuando esa Corporación ejercía las funciones de control de constitucionalidad, se entiende que ha recaído únicamente sobre la acusación en su oportunidad formulada y, de todas maneras, frente a la Constitución Política de la época, motivo por el cual la cosa juzgada que amparaba la sentencia de exequibilidad se predicó y surtió la totalidad de sus efectos mientras tal Carta Política estuvo

en vigor, sin posibilidad alguna de comprometer futuros cotejos de constitucionalidad de las mismas normas legales respecto de una nueva Constitución, como la de 1991.”

Esta posición ya ha sido sostenida por la Corte en varias decisiones, como por ejemplo en la sentencia C-319 de 19964, en donde la Corte señaló:

“Ahora bien, el hecho de que la Corte Suprema de Justicia haya declarado exequible el artículo 1o. del decreto 1895 de 1989, dentro de un marco jurídico distinto al de la Constitución de 1991, el de la Constitución de 1886, no impide un nuevo examen de constitucionalidad de la norma por vicios de fondo”

E igualmente en la sentencia C-060 de 19945 en donde analizó la exequibilidad del decreto 196 de 1971, esta Corporación indicó:

“La Corte Suprema de Justicia bajo la vigencia de la Carta Política de 1886, declaró exequibles, entre otros, los artículos 44, 62 y 63 del decreto 196 de 1971, que en esta oportunidad también se demandan, según consta en sentencia de fecha 23 de mayo de 1975, publicada en la Gaceta Judicial Nos. 2393 y 2394, págs. 66 a 76; pronunciamiento que versó no solo sobre aspectos de competencia de las disposiciones acusadas, sino también de contenido. En efecto, al concluir el fallo dijo esa Corporación: “a) Los artículos del decreto número 196 de 1971, materia de la demanda, no exceden las facultades extraordinarias que al Presidente de la República le confirió la ley 16 de 1968”; “b) Igualmente, esas disposiciones no quebrantan los textos constitucionales indicados por el actor, ni otro alguno”. Sin embargo ese hecho no impide que la Corte Constitucional se pronuncie nuevamente sobre ellos, en cuanto atañe a vicios de fondo exclusivamente, pues ante la existencia de un nuevo orden constitucional, corresponde a esta Corporación confrontar las disposiciones legales precitadas, frente a la Carta que hoy rige, con el fin de determinar si se ajustan o no a sus mandatos.” (Subrayado fuera de texto.)

Por las anteriores razones, serán analizados de fondo, en esta oportunidad, los cargos planteados por la actora.

3. Cargos de inconstitucionalidad y problemas jurídicos que debe resolver la corte.

La demandante afirma que las expresiones acusadas desconocen el principio de legalidad, porque no definen previa, taxativa e inequívocamente cuándo una actividad se constituye en una operación no representativa de las condiciones de mercado. A su juicio, tal situación no respeta el principio de legalidad, porque deja a la mera discrecionalidad del funcionario establecer qué debe entenderse por ésta expresión.

Todos los intervinientes y la Vista Fiscal, si bien presentan algunas diferencias en cuanto a la interpretación de las normas acusadas, coinciden en afirmar que ellas se ajustan a la Constitución, por cuanto consideran que la calificación de la representatividad de una operación no puede considerar a-priori, en abstracto, y que las normas contienen elementos suficientes que permiten una adecuación típica a las operaciones que ellas sancionan.

Le corresponde a la Corte resolver entonces, si las expresiones acusadas del artículo 12 n. 3 literal b) de la Ley 32 de 1979, del n. 4 del artículo 8 del Decreto Ley 1172 de 1980, y del literal b) del artículo 6 de la Ley 27 de 1990, en relación con las potestad sancionadora de la Comisión Nacional de Valores, hoy Superintendencia de Valores, vulneran los principios de legalidad y de imparcialidad. Para dilucidar estos asuntos y tomar una decisión al respecto, será necesario reiterar la jurisprudencia constitucional sobre la función del principio de legalidad y de tipicidad en los diversos derechos sancionadores, en especial en el derecho administrativo sancionador, y precisará si una facultad dada a una autoridad administrativa, en este caso a la Superintendencia de Valores, para señalar los criterios con los cuales determinar qué es una operación no representativa de mercado, afecta el principio de imparcialidad.

4. El principio de legalidad y su proyección especial en el ámbito de la potestad administrativa sancionadora.

Como ya lo ha determinado la Corte Constitucional, el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites “al ejercicio de dicha potestad punitiva⁶. Así, ha señalado que en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal,

por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa”⁷.

Cabe recordar entonces, que el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario. Igualmente, debe predeterminar la sanción indicando todos aquellos aspectos relativos a ella, esto es, la clase, el término, la cuantía, o el mínimo y el máximo dentro del cual ella puede fijarse, la autoridad competente para imponerla y el procedimiento que ha de seguirse para su imposición”⁸.

En relación con la potestad sancionadora del Estado, pueden distinguirse diversas especies, las cuales se diferencian entre sí por las materias reguladas, la determinación de los sujetos o las sanciones consagradas respecto de las conductas sancionables. Esta distinción ha sido reconocida de tiempo atrás⁹ por esta Corporación, acogiendo los criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control de constitucionalidad, según los cuales “el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o “impeachment”¹⁰.

Por lo tanto, debido a las particularidades de cada una de las normatividades sancionadoras, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. Es por ello, que la Corte ha considerado que el principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad física sino que sus normas operan en

ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador.

Así lo ha reiterado la Corte¹¹, entre otras, por ejemplo en la sentencia C-827 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis:

“Entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal. ” (Subrayado fuera de texto)

Esta posibilidad de flexibilización del principio de legalidad en los diversos derechos sancionadores, con excepción del derecho penal, ha sido sostenida últimamente por la Corte en una clara línea de precedentes, recogidos en la sentencia C-530 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en donde se señaló:

.....

“Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad¹². Y esto implica que los comportamientos sancionables por la administración deben estar previamente definidos, y en forma suficientemente clara, por la ley. Sin embargo, esta Corporación ha también señalado que el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal (C.P. art. 29)¹³. El derecho administrativo sancionatorio, a pesar de estar sujeto a las garantías propias de debido proceso, tiene matices en su aplicación y mal podría ser asimilado, sin mayores miramientos, al esquema del derecho penal.”

Posibilidad de flexibilización del principio de legalidad, que cobija entonces al derecho administrativo sancionador, pues si bien es cierto, esta Corporación ha sido enfática en señalar que en el derecho administrativo sancionador también rige el debido proceso, de forma tal que se exige una tipicidad de las conductas reprochables, una sanción predeterminada y un procedimiento que asegure el derecho de contradicción¹⁴, también ha considerado que en materia administrativa el principio de legalidad se aplica con una mayor flexibilidad, para asegurar la efectividad de la actuación de la administración pública¹⁵, dada la naturaleza de su objeto y las sanciones para ella establecidas, que difieren frente a otros derechos sancionadores.

Además ha reiterado la Corte, que en el derecho administrativo sancionador

“aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, no es demandable en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal”¹⁶, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionadoras en estos casos, hacen posible también una flexibilización razonable de la descripción típica, en todo caso, siempre erradicando e impidiendo la arbitrariedad y el autoritarismo, que se haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás principios y fines del Estado, y que se asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal o convencional de todas las personas¹⁷

Cabe recordar, que si bien es cierto que el debido proceso rige toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, ello no implica que el principio de legalidad tenga idéntica aplicación en todos los derechos sancionadores, pues “no significa que los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. (..) la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.”¹⁸.

Al respecto del derecho administrativo sancionador, ha considerado la Corte, que “En particular, la administración ejerce una potestad sancionadora propia, la cual constituye una importantísima manifestación de poder jurídico que es necesaria para el adecuado

cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines. Se trata de una potestad que se ejercita a partir de la vulneración o perturbación de reglas preestablecidas, pero que no obstante ese contenido represivo presenta una cierta finalidad preventiva en el simple hecho de proponer un cuadro sancionador, junto al conjunto de prescripciones de una norma, lo cual implica una amenaza latente para quien sin atender pacífica y voluntariamente al cumplimiento de tales prescripciones las infringe deliberadamente. Por ello esta Corporación ha señalado que “la potestad administrativa sancionadora de la administración, se traduce normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones antijurídicas y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas.”¹⁹.

Igualmente esta Corporación ha expresado, que “La potestad administrativa sancionadora constituye entonces un instrumento de realización de los fines que la Carta atribuye a estas autoridades, pues permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos. Pueden distinguirse entonces por lo pronto diferentes órbitas de acción sancionadora de la administración: así, frente a sus propios servidores opera el derecho disciplinario en sentido estricto, mientras que frente a la generalidad de los administrados se suele hablar en general de derecho correccional²⁰”.²¹

Se insiste entonces, en que si bien es necesario que las normas que facultan y regulan el poder administrativo sancionatorio deben adecuarse a los principios de configuración del sistema sancionador²², es decir, a los principios de “legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios)”²³, y que, en sentencia C-127 de 1993²⁴, reiterada en la C-1490 de 2000²⁵ y en la C-099 de 2033, entre otras, la Corte haya considerado también que “Con la tipicidad se desarrolla el principio fundamental “nullum crimen, nulla poena sine lege”, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente

sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria, también debe tenerse en cuenta que esta Corporación ha reiterado, que respecto de actuaciones administrativas, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria-, las reglas del debido proceso se aplican con los matices apropiados de acuerdo con los bienes jurídicos afectados con la sanción.”²⁶.

Por lo tanto, debido a que el derecho administrativo sancionador tiene adicionalmente más controles para evitar la mera liberalidad de quien impone la sanción, como por ejemplo las acciones contencioso administrativas, y dado que la sanción prevista no afecta la libertad personal de los procesados, la Corte ha aceptado que en el derecho administrativo sancionatorio, y dada la flexibilidad admitida respecto del principio de legalidad, la forma típica pueda tener un carácter determinable. Posibilidad que no significa la concesión de una facultad omnímoda al operador jurídico, para que en cada situación establezca las hipótesis fácticas del caso particular. Por ello, la Corte ha sido cuidadosa en precisar, que si bien es posible la existencia de una forma típica determinable, es imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico, establezcan criterios objetivos que permitan razonablemente concretar la hipótesis normativa, como ha sido reiterado con insistencia²⁷.

Al respecto, la sentencia C-564 de 2000²⁸, señaló la Corte que: “el derecho administrativo, a diferencia de lo que sucede en el derecho penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones. Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se sanciona y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al administrado como al funcionario competente para su imposición, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto “.

De igual forma, cuando esta Corporación analizó la constitucionalidad de una norma en la cual se daba facultad al Banco de la República para fijar y reglamentar el encaje de las distintas categorías de establecimientos de crédito, señalar o no su remuneración y

“establecer las sanciones por infracción a las normas sobre esta materia”, consideró, en la sentencia C-827 de 2001²⁹, que dicha disposición era exequible. Para ello, la Corte reiteró que si bien el principio de legalidad es común a todos los regímenes punitivos, “no se proyecta en todos ellos con la misma intensidad.” Y corroboró que en ese caso preciso era claro “que la ley ha señalado elementos básicos dentro de los cuales la Junta Directiva del Banco de la República, como autoridad constitucional reguladora en materia monetaria, cambiaria y crediticia, debe precisar el tipo sancionatorio que será aplicado por la Superintendencia Bancaria – con sujeción a los principios y reglas que orientan en la Constitución y en la ley la aplicación de las sanciones-, quedando así salvaguardado el principio de tipicidad de la sanción”.

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

Estos criterios fueron concretados por la Corte, por ejemplo, en la sentencia C-530 de 2003³⁰, en la que se estudió si la expresión “maniobras peligrosas e irresponsables” contenida en el Código Nacional de Tránsito Terrestre, desconocía el principio de legalidad y de tipicidad. Para ello, esta Corporación determinó primero que dichas normas operaban en el campo del derecho administrativo sancionador “puesto que en general la investigación y sanción de las infracciones de tránsito son atribuidas a autoridades administrativas”. En un segundo lugar, indicó que en este tipo de derecho también rigen mutatis mutandi los principios del derecho penal, aunque con ciertos matices, por lo cual reiteró que “En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero operan con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal³¹”. Y en un tercer lugar,

precisó que el uso de conceptos indeterminados es admisible para las infracciones administrativas “pero siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados”. Con base en estos argumentos, la Corte decidió que la expresión demandada era exequible, siempre y cuando se entendiera que debía tratarse de maniobras que violen las normas de tránsito, que pusieran en peligro a las personas o a las cosas, y que constituyeran conductas dolosas o altamente imprudentes. Lo anterior, por cuanto ésta era la única interpretación que permitía encontrar los criterios por medio de los cuales se podía establecer el contenido conceptual de la expresión indeterminada “maniobras peligrosas e irresponsables”.

En conclusión, en el caso de las infracciones de carácter administrativo, según ya lo ha precisado la Corte³², el uso de conceptos indeterminados es admisible, siempre y cuando ellos sean determinables en forma razonable, esto es que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados.

Puede admitirse entonces, que para efectos de la concreción de los conceptos indeterminados, se acuda a las reglas que cada profesión tiene para su buen hacer o “Lex Artis”, en su esencia cambiante por la propia naturaleza renovadora de ciertas profesiones, que surge de experiencias y costumbres, y que marcan un especial modo de actuar y entender las reglas respectivas y propias de cada ejercicio profesional. Igualmente juega un papel importante al momento de hacer la correspondiente determinación de conductas sancionables la costumbre mercantil, que tiene fuerza reguladora dada su condición intrínseca o de común aceptación como regla adecuada de conducta comercial cuando es pública, uniforme y reiterada.

Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos.

5. Análisis del caso concreto.

Las expresiones demandadas están contenidas en leyes y decreto con fuerza de ley³³, a través de los cuales fue creada la Comisión Nacional de Valores, aplicables hoy a la Superintendencia de Valores, dictadas con el objeto de regular la actividad de los comisionistas de bolsa, las bolsas de valores, el mercado público de valores y los depósitos centralizados de valores, y se refieren de manera particular, a ciertas funciones relacionadas con el poder sancionador de la administración.

Es así como el artículo 12 n. 3 literal b) acusado, hace relación a la facultad que tiene la Comisión Nacional de Valores, hoy Superintendencia de valores, para suspender la inscripción de un intermediario en el Registro Nacional de Intermediarios, cuando realice operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado. Por su parte, el numeral 4 del artículo 8 del Decreto Ley 1172 de 1980, también acusado, dispone que se prohíbe a las sociedades Comisionistas de Bolsa realizar operaciones que no sean representativas de las condiciones del mercado, a juicio de la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia de valores); y finalmente, el también acusado literal b) del artículo 6 de la ley 27 de 1990, dispone que la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia de Valores), sin perjuicio de las facultades que le asignen las leyes vigentes, podrá imponer multas hasta de cinco millones de pesos cada una, según la gravedad de la infracción a quienes directamente o a través de interpuestas personas realicen operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado.

Ya de tiempo atrás, la doctrina y la jurisprudencia constitucional, han identificado la actividad bursátil como una de aquellas en que se manifiesta la potestad administrativa sancionatoria. En efecto, en la sentencia C-506 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy, la Corte señaló:

“Dentro de las manifestaciones del poder sancionatorio en el Estado Social de Derecho, aparece la potestad sancionadora en materia administrativa a lado de la potestad sancionadora en materia penal. El reconocimiento de la primera, que ha sido posterior en el tiempo, ha venido aparejado con el incremento de las actividades administrativas, el cual su vez se ha producido por el cambio en la concepción del papel del Estado contemporáneo. Si en sus inicios el Estado constitucional liberal se justificaba como garante de los derechos y libertades individuales, pero sin ningún compromiso con la verdadera promoción de los

misimos, el Estado social de Derecho se concibe como el promotor de toda la dinámica social hacia la efectividad de tales derechos y garantías. A estos efectos, el Estado ha sido llamado al cumplimiento de nuevas actividades y al ejercicio de funciones como las de planeación e intervención de la economía, la redistribución del ingreso para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas asociadas con la efectividad de los derechos fundamentales, la protección del medio ambiente, etc.”

Por tanto, para hacer el juicio de constitucionalidad sobre las expresiones acusadas, debe tenerse en cuenta que están cumpliendo su función dentro del campo del derecho administrativo sancionador.

Examinando las normas demandadas, encuentra la Corte que ellas describen, entre otras, una de las conductas sancionables, hoy por la Superintendencia de Valores, y referente a “operaciones que no sean suficientemente representativas de la situación del mercado” u “operaciones no representativas de las condiciones del mercado”, conceptos indeterminados, que por encontrarse en el derecho administrativo sancionador, corresponde a la Corte resolver sobre su admisibilidad, teniendo en cuenta que para el actor esa indeterminación viola el principio de legalidad, así como el de imparcialidad al otorgar a la Superintendencia de Valores la potestad de determinar “a su juicio” cuando una operación no es suficientemente representativa de las condiciones del mercado, y a la vez facultarla para imponer la sanción cuando encuentre cometida dicha conducta.

En el caso concreto, la norma del literal b) del numeral 3 del artículo 12 de la Ley 32 de 1979 y la del literal b) del artículo 6 de la Ley 27 de 1990, hace referencia a la “suficiencia” de las operaciones no representativas del mercado. Para la Corte, esta específica calificación respecto de la operación no representativa de las condiciones del mercado, para efectos de determinar la conducta sancionable administrativamente es de tal amplitud, que le imprime a la norma un carácter ambiguo y vago. La concreción de una conducta con tal característica, requiere del operador jurídico un juicio de carácter subjetivo, es decir, para cada caso en particular, permitiéndole un amplio margen de discrecionalidad y por ende una libertad en la valoración y sanción respectiva. Por lo tanto, la expresión “suficientemente”, para el caso, resulta constitucionalmente inadmisibles³⁴.

Según ya lo ha precisado la Corte³⁵, el uso de conceptos indeterminados es admisible en

una infracción administrativa, siempre y cuando ellos sean determinables en forma razonable y previamente a la conducta sancionable, esto es que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Tal es el caso de la expresión “operaciones que no sean representativas de la situación del mercado”, contenida en las normas demandadas, que si bien se trata de un concepto indeterminado, puede ser determinable de manera razonable, acudiendo a la remisión y a los criterios también consagrados en las normas acusadas.

Téngase en cuenta, que en el numeral 4º del artículo 8º del Decreto 1172 de 1980, el legislador utiliza la expresión “a juicio de la Comisión Nacional de Valores”, entiéndase hoy Superintendencia de Valores, que si bien para algunos de los intervinientes únicamente se refiere a una facultad de adecuación, lo que les permite concluir que las disposiciones acusadas debería declararse inconstitucionales, sin embargo, para la Corte, esta expresión corresponde a una remisión normativa realizada por la ley, a través de la cual se prevé la entidad a quien corresponde la labor de determinación previa de cuales son las operaciones no representativas de la situación de mercado, dado su conocimiento técnico y especializado en la materia, mediante actos administrativos expedidos previamente.

Además, las disposiciones acusadas contienen un marco dentro del cual la Superintendencia de valores puede, de manera razonable, concretar o precisar el alcance de la prohibición de realizar operaciones que no sean representativas de las condiciones del mercado, utilizando para ello criterios técnicos.

Como lo han señalado algunos intervinientes, la mencionada expresión “operaciones no representativas de las condiciones de mercado”, tiene un carácter técnico y con posibilidades de ser cambiante por ser desarrolladas especialmente en el ámbito del mercado de valores. Igualmente indican, que sin llegar a ser taxativos y de acuerdo a la doctrina y a la teoría desarrollada por los operadores de las bolsas de valores, las operaciones no representativas del mercado son aquellas que alteran significativamente el libre juego de la oferta y la demanda y están conformadas entre otras, por (i) prácticas de abuso de mercado, generadas cuando directa o indirectamente los participantes en el mercado público ejecutan acciones orientadas a la distorsión en la formación de precios a través de la manipulación del mercado, o (ii) cuando es usada información no pública de forma privilegiada. También

indican, que tales usos generan desconfianza en el mercado y le restan a éste transparencia, competitividad y eficiencia, con lo cual son afectados mandatos y principios constitucionales de protección y regulación de la economía.

Por lo tanto, si bien las normas demandadas utilizan un concepto indeterminado, operaciones no representativas del mercado, bien puede ser determinado por la correspondiente entidad, a través de la expedición de resoluciones, las cuales minimizan el eventual carácter vago o indeterminado de la expresión, de forma tal que el operador jurídico cuenta con criterios precisos para ejercer la actividad de adecuación. Bajo este entendido, las normas acusadas resultan ajustadas a la Constitución, pues en este caso se entiende que la expresión consagra una descripción típica determinable de manera razonable, eliminándose de esta manera la posibilidad de arbitrariedad en el ejercicio de adecuación.

Pero aún así, puede considerarse que en las expresiones operaciones no representativas de la situación del mercado y a juicio de la Comisión Nacional de Valores, persiste todavía una zona de penumbra en su interpretación, dado que están sometidas a una acelerada movilidad conceptual, ligada a la dinámica de la disciplina en la cual funciona. Así parece entenderlo la Vista Fiscal, quien indica que “el concepto “operaciones no representativas del mercado” aunque no esté definido en la ley y sea un concepto móvil, es determinable en cada caso por la autoridad competente” (subraya fuera de texto), así como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al decir que “..la calificación de la representatividad de una operación no puede considerarse a priori ni en abstracto, pues se trata de un ejercicio que se debe realizar en cada caso concreto, teniendo en cuenta las condiciones específicas del mercado al momento de realizarse la operación..” (subraya fuera del texto).

Las anteriores interpretaciones de las normas acusadas, que permiten sugerir que la determinación de la conducta puede establecerse al arbitrio en cada caso concreto por el operador jurídico, vulneran los mandatos superiores, pues las personas eventualmente afectadas con la norma, no serían capaces de inferir previamente cuál es la conducta reprochada. Por lo tanto, un entendimiento de la norma acorde con la Constitución indica que la determinación de la conducta reprochable debe realizarse por parte de la Superintendencia de Valores de manera previa. Entendimiento que no solo se refiere al numeral 4° del artículo 8° del Decreto Ley 1172 de 1980, que contiene la expresión a juicio de la Comisión Nacional de valores, sino que igualmente cabe respecto del artículo 12

numeral 3 literal b) de la ley 32 de 1979 y del artículo 6 literal b) de la Ley 27 de 1990, en las que, si bien no existe la misma remisión normativa respecto de la citada expresión, sin embargo, una interpretación sistemática del conjunto normativo, incluyendo aquellas otras disposiciones que regulan la actividad y las funciones de la Superintendencia de Valores, nos permite concluir que para su perfecta armonización estas normas igualmente deben ser condicionadas.

Por lo tanto, es preciso condicionar la exequibilidad de las normas acusadas en el entendido de que previamente la Superintendencia de Valores establecerá los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará que es una operación no representativa del mercado.

En esta medida, los actos administrativos que expida la Superintendencia de Valores con el fin de determinar la conducta reprochable, deben tener las mismas características del acto que complementan y deben ajustarse igualmente al principio de legalidad. En dicha medida, deben tener carácter general o abstracto, ser previos al acto sancionable, claros e inequívocos, haber sido expedidos por la autoridad competente dentro de la Superintendencia de valores, y haber surtido la publicad propia de este tipo de actos.

Al respecto, la Superintendencia de Valores, en virtud de su función reguladora, ha proferido varias circulares y resoluciones en las cuales ha señalado los criterios y modalidades de operaciones no representativas del mercado. Según éstas, como también lo identificó la Vista Fiscal, existe una operación no representativa del mercado cuando i) la operación no es consecuencia del libre juego de la oferta y la demanda en el momento de su realización; ii) la finalidad real de las operaciones es divergente a la expresada; iii) existe ausencia de intención real de transferir propiedad; iv) se desconocen los principios del mercado de valores: transparencia, lealtad y adecuación de la ley, y v) son realizadas operaciones por debajo de los rangos mínimos establecidos por la bolsa³⁶, entre otros.

En este punto la Corte entiende que i) las normas acusadas están asignando a la Superintendencia de Valores una facultad de regular un tema específico relacionado con sus funciones, cuestión que efectivamente ha realizado en las resoluciones reseñadas; y adicionalmente, ii) se le faculta para sancionar el desconocimiento de esas regulaciones.

Pero, alega también la demandante, que precisamente la facultad dada a la

Superintendencia para que “a su juicio” determine qué es una operación no representativa del mercado, vulnera el principio de imparcialidad, pues quien impone la sanción es también quien determina el hecho, concentrándose en una misma entidad facultades disímiles. La Corte no comparte los argumentos del actor como pasa a explicarse.

Cabe recordar que ya la Corte Constitucional en la sentencia C-397 de 1995, dilucidó el interrogante de si la existencia de disposiciones constitucionales por cuya virtud determinadas actividades estatales de regulación, especialmente en el campo económico, son confiadas a la responsabilidad complementaria del Congreso y del Gobierno, fijando aquellas disposiciones generales y éste las normas concretas que permitan adecuar una actividad cambiante y dinámica, son compatibles con el funcionamiento de la Superintendencia de valores, que depende del gobierno pero que no lo integra en sentido estricto.

Al respecto consideró la Corte en la mencionada sentencia, que bien puede la ley establecer que el gobierno actuará por conducto de los aludidos entes, los cuales pueden tener a su cargo funciones reguladoras, siempre que se sometan a los órdenes normativos de más alto rango, y ser titulares de atribuciones concretas de intervención, control y sanción sobre quienes caen bajo su vigilancia en cualquiera de las actividades enunciadas. Lo anterior, por cuanto en materias como la regulación de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, la actividad del Estado no se agota en la definición de políticas, en la expedición de leyes marco, ni en la de los decretos reglamentarios que vayan adaptando la normatividad a las nuevas circunstancias, sino que necesita desarrollarse en concreto, bien mediante la expedición de normas generales, que en virtud de una competencia residual, expidan entes administrativos como la Superintendencia de valores en lo no establecido en la normatividad jerárquicamente superior, ya por las actividades de control, inspección y vigilancia a cargo de tal organismo especializado, todo con el objeto de que el Estado pueda cumplir el objetivo general señalado en el artículo 335 de la Constitución, dado que las mencionadas actividades financieras y bursátiles son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley.

De forma complementaria se señaló, que una teoría extrema, por medio de la cual se exigiera la actuación directa y exclusiva del Presidente y de quienes con él constituyen el

Gobierno en sentido restringido, para llevar a la práctica la intervención económica y para efectuar en concreto todas las tareas de inspección y control sobre las múltiples formas de actividad financiera, bursátil, asegurador y de intermediación, “conduciría al marchitamiento del papel activo y dinámico que la Carta Política ha encomendado al Estado -y, dentro de éste, al Ejecutivo- en la conducción de la política económica, en la intermediación con los diversos fenómenos que son materia de su regulación y vigilancia y en la formulación y ejecución de objetivos concretos que desarrollan las grandes pautas consignadas en las normas constitucionales y legales”.

Esta Corporación reiterará esta jurisprudencia constitucional, por cuanto considera que, tal y como lo señaló la sentencia citada, en el especial caso de la Superintendencia de Valores es constitucionalmente posible que ésta entidad tenga facultad reglamentaria y funciones de inspección, vigilancia y control. Lo anterior por cuanto, como ha sido dicho con insistencia, ésta particular configuración garantiza el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 333, en el cual se dispone que “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” y en general de todas aquellas disposiciones superiores que permiten al Estado intervenir en la economía, con el objeto de lograr los fines del Estado Social de Derecho. El conocimiento concreto de las situaciones que pueden conspirar contra tan claros fines constitucionales y la adopción de medidas y correctivos pertinentes no pueden estar confiados de manera exclusiva y excluyente a la normatividad genérica, sino que es indispensable la previsión de órganos que estén dotados de suficiente agilidad y capacidad de indagación, verificación, control y sanción sobre los infractores, a la vez que gocen de atribuciones suficientes para dictar normas con mayor flexibilidad, que hagan efectivas las reglas básicas y las políticas estatales.

Además debe tenerse en cuenta que, “La intermediación que se da entre dichos entes y los temas reales de implementación de la legislación imponen que sean estos los que señalen la microregulación de la Ley. La imposibilidad de previsión total por parte del órgano legislativo es -para muchos- suficiente sustento de la necesidad de que sea una entidad técnica la que produzca el reglamento correspondiente”³⁷.

Regulaciones a cargo de la Superintendencia de Valores, que deben expedirse entonces,

según lo ha determinado la Corte, con arreglo a la Constitución, la ley y los reglamentos gubernamentales, para organizar el mercado público de valores y corregir los errores de su imperfección, así como para delimitar el ejercicio de la libertad de empresa y preservar una sana y transparente competencia, mediante un sistema eficiente, que lleve el registro nacional de valores e intermediarios, que señale las reglas específicas que deben observarse dentro del mercado primario y secundario de valores, que establezca los requisitos para intermediar con ellos, que prevenga las prácticas monopolísticas y las operaciones encaminadas al control indebido de las empresas, que consagre las formas específicas de control y vigilancia, así como las sanciones aplicables a las infracciones que se cometan, y que se haga presente, a través de sus agente, en las bolsas de valores y las entidades comisionistas, para evitar en concreto las distorsiones económicas que la normatividad proscrib³⁸.

Además, cabe recordar que el artículo 335 de la Carta dispone que “las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”. Y que, la Ley 35 de 1993, por virtud de la cual se dictaron las normas generales y se señalaron en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictaron otras disposiciones en materia financiera y aseguradora, dispuso en el artículo 33 inciso tercero que, el Gobierno Nacional adoptará las normas de intervención de que trata el artículo 4° de esta ley por conducto de la Sala General de la Superintendencia de valores, así como las normas de funcionamiento del Registro Nacional de valores e Intermediarios, los requisitos que deben reunir los documentos e intermediarios y aquéllas a que se refieren los numerales: 3, 4, 5, 6, 7, 10, 22, 23, 24, 25, 26, 27 y 36 del artículo 3° del Decreto 2739 de 1991; también se dispuso en el inciso 6° del mismo artículo, que las demás funciones legales sobre el mercado de valores que no se encuentren expresamente señaladas en la presente ley serán ejercidas por el Gobierno Nacional a través de la Superintendencia de Valores.

Por lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de las normas demandadas en el

entendido de que previamente al hecho o al acto objeto de investigación la Superintendencia de Valores establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado, salvo la expresión “suficientemente” que será declarada inexecutable.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- DECLARAR EXEQUIBLE el literal b) del numeral 3 del artículo 12 de la Ley 32 de 1979, en el entendido de que previamente al hecho o al acto objeto de investigación, la Superintendencia de Valores establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado, salvo la expresión “suficientemente” que se declara INEQUIBLES.

Segundo.- DECLARAR EXEQUIBLE el numeral 4 del artículo 8° del Decreto Ley 1172 de 1980, en el entendido de que la expresión “a juicio de la Comisión Nacional de Valores” se refiere a que previamente al hecho o al acto objeto de investigación la Superintendencia de Valores establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado.

Tercero.- DECLARAR EXEQUIBLE el literal b) del artículo 6° de la Ley 27 de 1990, en el entendido de que previamente al hecho o al acto objeto de investigación la Superintendencia de Valores establecerá de manera general los criterios técnicos y especializados con los cuales determinará qué es una operación no representativa del mercado, salvo la expresión “suficientemente” que se declara INEQUIBLES.

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

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Presidenta

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

IVAN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO TAFUR GALVIS A LA SENTENCIA C-406 DE 2004

FUNCION DE REGULACION Y FUNCION DE INSPECCION, VIGILANCIA Y CONTROL-Atribución a autoridades diferentes (Aclaración de voto)

De conformidad con el esquema constitucional sobre las funciones de regulación, por una parte, y de inspección, vigilancia y control, por otra, aquellas y éstas por principio deberían estar confiadas a autoridades diferentes.

SUPERINTENDENCIA DE VALORES-Órgano encargado de regulación debe ser diferente al que ejerce la inspección, vigilancia y control/ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO-Mínimo de separación funcional (Aclaración de voto)

Al menos el órgano encargado dentro de la Superintendencia de Valores de adoptar “la regulación” debe ser diferente de aquel encargado de ejercer la inspección, vigilancia y control de la regulación. Sólo así se logra el mínimo de separación funcional que corresponde al esquema del estado social y democrático de derecho y sólo así se logra la armonización que debe existir entre las funciones asignadas legalmente por la Constitución y la ley al Gobierno y las que en virtud de la ley puedan corresponder a la Superintendencia de Valores como parte de la estructura de la administración pública nacional.

Referencia: expediente D-4874

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12, numeral 3, literal b) de la Ley 32 de 1979 “Por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones”, 8°, numeral 4 del Decreto Ley 1172 de 1980 “Por el cual se regula la actividad de los Comisionistas de Bolsa” y 6°, literal b) de la Ley 27 de 1990 “Por la cual se dictan normas en relación con las bolsas de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto”.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Con el debido respeto manifiesto a continuación las razones de la aclaración de voto anunciada al término de la discusión del proyecto que se convirtió en la sentencia de la referencia.

Si bien como comparto la decisión adoptada, considero pertinente hacer las siguientes precisiones en relación con la parte motiva de la sentencia:

De conformidad con el esquema constitucional sobre las funciones de regulación, por una parte, y de inspección, vigilancia y control, por otra, aquellas y éstas por principio deberían estar confiadas a autoridades diferentes. Esa regla que se pone en evidencia en la Constitución respecto del tratamiento que se da en torno de los servicios públicos domiciliarios, en el cual la función de regulación no se confía a la Superintendencia de Servicios Públicos pues a ésta compete con exclusividad la actividad de inspección, vigilancia y control, proyecta por lo demás en nuestro sistema jurídico, el entendimiento que sobre estas materias se da en otros sistemas y sobre lo que hay copiosa doctrina.

Si bien es cierto, que la función primigenia y básica de regulación, en un régimen democrático y social de derecho corresponde al legislador, es también cierto, que en razón de la preservación de los equilibrios que han de existir entre los agentes encargados del ejercicio de una actividad determinada y en ellos y los usuarios y destinatarios y el Estado en su conjunto, -en especial en las actividades que es dable definir, como lo hace la Constitución en el artículo 335, como de interés público o que se trate de actividades de servicio público en los términos de los artículos 365 a 370 de la Carta- cabe reconocer la existencia de órganos encargados del ejercicio de una especial actividad de “regulación”, sectorial o social, como se ha denominado en la doctrina. Tales órganos -generalmente colegiados- tienen a su cargo, de manera inmediata y directa, dentro del Estado, con un régimen de especial autonomía e independencia, establecer, a partir del marco señalado en la ley y sin perjuicio de la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida al Presidente de la República, una función de señalamiento de reglas eminentemente técnicas con el fin de preservar la competencia en la prestación de las actividades y servicios y precaver las afectaciones a la libertad e igualdad en el desarrollo de la actividad de que se trate, para asegurar las satisfacción de las finalidades sociales y de interés público.

Las funciones a cargo de los organismos de regulación se hallan subordinadas, como se ha dicho, a la ley y al reglamento y han de obedecer a estrictas reglas de competencia que implican solo el ejercicio de aquellas actividades y funciones explícitamente asignadas en virtud de la Constitución o de la ley. Por ello las expresiones utilizadas en la sentencia, que permitirían reconocer una especie de competencia residual (página 27 de la sentencia) a favor, en el caso concreto, de la Superintendencia Nacional de Valores, puede resultar extraña al ordenamiento constitucional pues afectaría precisamente el carácter propio de la competencia como ámbito dentro del cual cabe ejercer una determinada función por la

autoridad a la que se la haya, de manera específica, asignado dicha función.

El apropiado entendimiento de esa “competencia residual” no ha de ser el de habilitar el órgano “regulador”, para suplantar el órgano legislativo o al Gobierno en sus propias competencias, cuando éstos no las hayan ejercido, sino de actuar dentro del marco trazado - según la mayor o menor intensidad del ejercicio de la función legislativa- la actividad propia explícitamente atribuida.

Así las cosas habrá de tenerse en cuenta que al menos el órgano encargado dentro de la Superintendencia de Valores de adoptar “la regulación” debe ser diferente de aquel encargado de ejercer la inspección, vigilancia y control de la regulación. Sólo así se logra el mínimo de separación funcional que corresponde al esquema del estado social y democrático de derecho y sólo así se logra la armonización que debe existir entre las funciones asignadas legalmente por la Constitución y la ley al Gobierno y las que en virtud de la ley puedan corresponder a la Superintendencia de Valores como parte de la estructura de la administración pública nacional.

Fecha ut supra

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

Aclaración de voto a la Sentencia C-406/04

PRINCIPIO DE PARTICIPACION EN EL AMBITO DE LAS REGULACIONES ECONOMICAS-Importancia y necesidad de desarrollo/INTERVENCION DEL ESTADO EN EL MERCADO PUBLICO DE VALORES-Desarrollo de normas constitucionales (Aclaración de voto)

La Corte ha debido decir expresamente en la parte motiva que cuando se desarrollen las normas constitucionales sobre la intervención estatal en el mercado público de valores, también se debe desarrollar el principio de participación atendiendo claro está a las particularidades del sector.

PRINCIPIO DE PARTICIPACION EN EL AMBITO DE LAS REGULACIONES ECONOMICAS-Necesidad de desarrollo según reglas constitucionales (Aclaración de voto)

La Corte ha debido en la parte motiva de la sentencia resaltar la necesidad de que la Constitución sea desarrollada en lo que tiene que ver con la aplicación del principio de participación en el ámbito del derecho de las regulaciones.

PARTICIPACION EN EL AMBITO DE LAS REGULACIONES ECONOMICAS-Alcance (Aclaración de voto)

PARTICIPACION EN EL AMBITO DE LAS REGULACIONES ECONOMICAS-Valores de relevancia constitucional que se promueven (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE PARTICIPACION EN TOMA DE DECISIONES POR LA ADMINISTRACION Y AUTORIDADES DE REGULACION-Desarrollo (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE PARTICIPACION EN EL AMBITO DE LAS REGULACIONES ECONOMICAS-Necesidad de haber incluido consideraciones básicas para el desarrollo (Aclaración de voto)

La Corte ha debido incluir en la parte motiva de esta sentencia consideraciones básicas encaminadas a facilitar el desarrollo posterior de la Carta dentro de un marco seguro y estable. Este silencio sobre uno de los principios fundamentales de la Constitución como lo es el de la democracia participativa me lleva a aclarar el voto.

Referencia: Expediente D-4874

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12, numeral 3, literal b) de la Ley 32 de 1979 “Por la cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se dictan otras disposiciones”; 8°, numeral 4 del Decreto Ley 1172 de 1980 “Por el cual se regula la actividad de los Comisionistas de Bolsa” y 6°, literal b) de la Ley 27 de 1990 “por la cual se dictan normas en relación con las bolsas de valores, el mercado público de valores, el mercado público de valores, los depósitos centralizados de valores y las acciones con dividendo preferencial y sin derecho de voto”

Actor: Ángela María Muñoz Carrillo

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Con el acostumbrado respeto aclaro mi voto porque estimo que la Corte Constitucional en esta sentencia ha debido referirse también al principio de democracia participativa así como a las disposiciones constitucionales y legales que lo desarrollan.

1. Las normas acusadas en el presente proceso son anteriores a la Constitución de 1991. No obstante, su materia es propia del derecho de la regulación económica, un asunto que sufrió una transformación fundamental en 1991, la cual tiene dos aspectos relevantes en el presente caso. En primer lugar, la función estatal de regulación fue abordada de manera expresa por el constituyente, el cual estableció principios generales y también reglas específicas aplicables a distintos sectores de la economía o inclusive a ciertas actividades. Así, en el ámbito del mercado público de valores se aplican las normas generales sobre intervención del Estado en la economía, así como el principio según el cual todas las personas tienen derecho a participar en las decisiones que les interesan y afectan en particular cuando tales decisiones son adoptadas por un órgano de regulación (art. 2º C.P.). En segundo lugar, respecto de la intervención estatal en el mercado público de valores la Constitución de 1991 estableció algunas reglas específicas. Así el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución señala que por medio de las leyes le corresponde al Congreso “[d]ictar 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 financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (...).” Igualmente, el artículo 52 transitorio dispuso que “la Comisión Nacional de Valores tendrá el carácter de Superintendencia. El Gobierno Nacional dispondrá lo necesario para la adecuación de dicha institución a su nueva naturaleza (...).”³⁹

2. Sin embargo, el legislador no ha desarrollado ni los aspectos generales ni las reglas específicas anteriormente señaladas.⁴⁰

Por eso, a pesar de que ya ha transcurrido más de una década desde la promulgación de la Constitución, el presente proceso plantea un problema jurídico que todavía se inserta en la etapa de transición constitucional. Esto es especialmente relevante puesto que los problemas jurídicos que tenía que abordar la Corte en la presente ocasión apuntaban a verificar la compatibilidad de normas legales anteriores a 1991 con la Carta vigente. Así lo hizo la Corte al introducir un condicionamiento encaminado a que se respete el debido proceso

principalmente en lo que tiene que ver con la descripción previa, general, cierta y pública de las conductas que serán objeto de investigación y eventualmente de sanción. No obstante, respecto del principio de participación y su trascendencia en el ámbito de las regulaciones económicas, la Corte guardó silencio.

3. Sobre el tema de la participación, la Corte ha debido decir expresamente en la parte motiva que cuando se desarrollen las normas constitucionales sobre la intervención estatal en el mercado público de valores, también se debe desarrollar el principio de participación atendiendo claro está a las particularidades del sector. Quizás no era posible en este caso avanzar en el sentido de introducir un condicionamiento sobre este asunto porque no existe un referente legislativo que reglamente la participación en la expedición de regulaciones ni en la expedición de actos administrativos de alcance general, atendiendo a las especificidades de esta actividad económica –la que hacen, por ejemplo, muy sensible a la circulación de información entre los interesados- así como tampoco existe un mandato específico en este sector semejante al que aplicó la Corte en materia de servicios públicos domiciliarios en la sentencia C-150 de 200341.

Tampoco podría la Corte ordenar que se expida la ley que desarrolla el principio de participación en estos ámbitos, máxime cuando está juzgando normas anteriores a la Constitución de 1991, como sucede en el presente caso.

No obstante, la Corte ha debido en la parte motiva de la sentencia resaltar la necesidad de que la Constitución sea desarrollada en lo que tiene que ver con la aplicación del principio de participación en el ámbito del derecho de las regulaciones.

La participación ordenada por la Constitución puede tener diversas modalidades. En el ámbito de las regulaciones económicas, generalmente se trata de la posibilidad de que no sólo los regulados sino también otros interesados en las características de la regulación, como por ejemplo, organizaciones de la sociedad civil que demuestren tener dicho interés, manifiesten de manera oportuna y efectiva su opinión sobre la materia que se va a regular y sobre el contenido y las implicaciones de la futura regulación. No se trata, por lo tanto, de un proceso de concertación entre el regulador y los que participen. Tampoco consiste la participación en este ámbito en la institucionalización del “cabildeo”. Por el contrario, en el ámbito de las regulaciones, el Estado conserva la facultad de decidir de manera autónoma y

unilateral cuál es la regulación que promueve el interés general y que mejor desarrolla los mandatos legales a los cuales ha de sujetarse el regulador. Además, las opiniones de quienes intervengan en el proceso de participación en ningún caso son obligatorias para el regulador. No obstante, la información y las opiniones de quienes conocen el sector es un insumo importante para la calidad de la regulación, su impacto y su eficaz implementación.

Desde la perspectiva constitucional, la participación de los interesados en la adopción de regulaciones promueve varios valores de relevancia constitucional, dentro de los cuales se destacan los siguientes:

- a. La transparencia, que se refiere a las etapas claves del proceso de adopción de la regulación correspondiente, del cual a su vez dependen valores tales como la legitimidad del proceso regulatorio y la posibilidad de los agentes de adoptar decisiones de manera óptima y eficiente.
- b. La imparcialidad, definida como la ausencia de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de algunos de los eventuales afectados por el proceso de regulación, la cual permite la protección del derecho a la igualdad durante el proceso regulatorio.
- c. La eficiencia en lo que tiene que ver con información suficiente para adoptar la mejor decisión por el regulador.
- d. La estabilidad en las reglas del juego, que se refiere a la permanencia de las normas adoptadas por el ente regulador en relación con las actividades realizadas por los agentes del mercado. Dicho valor tiene una importante incidencia en la posibilidad de que los agentes planeen con anticipación y certeza sus estructuras de costos e ingresos e implica un menor nivel de costos de transacción; variables que así mismo, son fundamentales para que los agentes inviertan a largo plazo, y por ende, para que aumente el nivel de prestación y calidad del servicio en un contexto de seguridad jurídica.
- e. El pluralismo, que busca la representación de los distintos sectores económicos y grupos sociales afectados por la regulación y la valoración de las distintas perspectivas sobre un mismo problema.

f. El debido proceso administrativo que es especialmente relevante cuando se van a precisar los elementos de conceptos jurídicos indeterminados de los cuales puede derivarse una sanción y cuyo contenido depende de la práctica de los que se dedican específicamente a una actividad determinada que requiere algún experticio.

Desde la perspectiva legal, cabe recordar que actualmente están vigentes normas de rango legal que representan un primer paso en el desarrollo del principio de participación en la toma de decisiones por la administración pública y por autoridades de regulación. En especial, cabe resaltar el Decreto 2130 de 1992, expedido en desarrollo del artículo 20 transitorio de la Constitución. En él se prevé una modalidad de participación en los actos administrativos de alcance general de carácter facultativo en la medida en que es la autoridad la que discrecionalmente decide si es conveniente aplicar el procedimiento allí previsto.⁴²

En la Ley 489 de 1998 también se incluyeron algunas normas generales sobre la participación en este tipo de decisiones. Entre otras, dicha Ley establece la participación como uno de los principios de la función administrativa⁴³ y como política del desarrollo administrativo⁴⁴, y señala la obligación de las entidades públicas y autoridades de “desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública.”⁴⁵

Si bien estas disposiciones legales constituyen un avance importante en el desarrollo de la democracia participativa, están lejos de ser un estatuto general sobre la materia como el que existe, por ejemplo, desde hace varias décadas en los Estados Unidos, tanto a nivel federal (Administrative Procedure Act) como en cada estado federal.⁴⁶

En conclusión como intérprete de la Constitución, la Corte ha debido incluir en la parte motiva de esta sentencia consideraciones básicas encaminadas a facilitar el desarrollo posterior de la Carta dentro de un marco seguro y estable. Este silencio sobre uno de los principios fundamentales de la Constitución como lo es el de la democracia participativa me lleva a aclarar el voto.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO Y ACLARACIÓN A LA SENTENCIA C-406 DE 2004 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA SANCION-Determinación de las operaciones no representativas del mercado (Salvamento parcial y aclaración de voto)

El literal B, numeral 3, artículo 12 de la Ley 32 de 1979, por las siguientes razones viola el principio de legalidad, entendido como, que es el legislador quien determina con precisión, en todos los elementos que la tipifican, la conducta que da lugar a la sanción. Este principio es válido para todo el poder punitivo del Estado (delitos, contravenciones, faltas disciplinarias, administrativas, etc.; su manifestación más conocida es el denominado principio de tipicidad, tanto de las conductas como de las penas); de modo que es el legislador quien debe señalar qué operaciones no son representativas de la situación del mercado; tipificarlas, señalando sus elementos muy claramente de modo que esa tipificación no puede hacerla un órgano administrativo; pues eso atenta contra los derechos de los ciudadanos.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA SANCION-Consagración en instrumentos internacionales (Salvamento parcial y aclaración de voto)

REF: EXPEDIENTE D- 4874

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, me permito salvar el voto respecto del literal B, numeral 3, artículo 12 de la Ley 32 de 1979, por las siguientes razones:

Porque viola el principio de legalidad, entendido como, que es el legislador quien determina con precisión, en todos los elementos que la tipifican, la conducta que da lugar a la sanción.

Este principio es válido para todo el poder punitivo del Estado (delitos, contravenciones, faltas disciplinarias, administrativas, etc.; su manifestación más conocida es el denominado principio de tipicidad, tanto de las conductas como de las penas); de modo que es el legislador quien debe señalar qué operaciones no son representativas de la situación del mercado; tipificarlas, señalando sus elementos muy claramente de modo que esa tipificación

no puede hacerla un órgano administrativo; pues eso atenta contra los derechos de los ciudadanos.

Este principio se encuentra consagrado no solamente en el derecho interno, sino también en el derecho internacional, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana, refiriéndose al principio de legalidad, en relación al poder punitivo penal, pero que es igualmente aplicable a las penas administrativas en el caso Castillo Petruzzi y en otra decisión, Baena Ricardo dijo: “En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión”

Es claro entonces que la norma viola doblemente el principio de legalidad: a) Porque no es el legislador quien tipifica las conductas que dan lugar a la sanción y b) porque ni siquiera la autoridad administrativa los ha determinado previamente con claridad, lo que permite la arbitrariedad y el favoritismo del caso por caso.

En relación con el literal B, del artículo 6 de la Ley 27 de 1990, me permito aclarar el voto pues estoy de acuerdo con lo que se declara inexecutable, pero respecto de lo que se declara executable son igualmente válidas las observaciones arriba consignadas, ya que las sanciones se aplican a conductas que no están determinadas por el Legislador.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

1 C-397 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

2 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

3 En esta ocasión el artículo demandado fue el 9º

4 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

6 Ver entre otras sentencias la C-710 de 2001 y la C-099 de 2003

7 C-597 de 1996

8 Sentencia C-921 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería

9 Sentencia C-214 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell

10 Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell.

11 Ver entre otras la Sentencia C-597 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero

12 Ver la sentencia C-597 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

13 Ver, entre otras, las sentencias T-438 de 1992; C-195 de 1993; C-244 de 1996, y C-280 de 1996.

14 Cf. Sentencia C - 099 de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño. La Corte también señaló en la sentencia T-145 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, lo siguiente: “La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido”.

15 Cf. Sentencia C - 506 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

16 C-099 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño

17 Sentencia C-099 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño que reiteró lo dicho al respecto en la

C-564 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

18 Cf. Sentencia C-597 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

19 Sentencia C-214/94 MP Antonio Barrera Carbonell

20 Ibídem.

21 Sentencia C-597 de 1996 M.P. Alejandro Martínez caballero

22 sentencia C-827 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis

23 Sentencia C – 530 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

24 M.P. Alejandro Martínez Caballero

25 M.P. Fabio Morón Díaz

26 Cf. Sentencia C – 530 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

27 Cf. C-530 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

28 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

29 M.P. Álvaro Tafur Galvis

30 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

31 Al respecto, ver sentencia C-597 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero, criterio reiterado, entre otras, por la sentencia C-827 de 2002, MP Álvaro Tafur Galvis.

32 Sentencia C-530 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

33 Ley 32 de 1979, Decreto Ley 1172 de 1980 y Ley 27 de 1990

34 Cf. Sentencia C-530 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

35 Sentencia C-530 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

36 Cf. Resoluciones 1200 de 1995, 400 de 1995 No. 37 1998, 01 de 2000, 157 de 2002

38 Sentencia C-1162 de 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

39 Adicionalmente, la Corte ha reconocido que las funciones de algunos órganos de regulación particulares “encuentran consagración expresa en la propia Carta Política. Estos órganos de regulación gozan de un alto nivel de autonomía, la cual, como ya se indicó, se predica tanto respecto del Ejecutivo como del Legislativo en la medida en que la propia Constitución delimita su ámbito de competencias, el cual debe ser respetado por las ramas tradicionales del poder público. Por ejemplo, en materia de regulación de la televisión el gobierno no puede asignar los espacios ni definir los horarios porque ello se encuentra dentro de la órbita de competencia constitucional de la Comisión Nacional de Televisión (art. 77 de la C.P.) Igualmente, el legislador ordinario no puede atribuir a un ministerio la regulación de la televisión porque el propio constituyente estimó que dicha función debía recaer en una autoridad especializada autónoma (art. 76 de la C.P.). No sólo su perfil, sus funciones y su ubicación institucional han sido precisados por la Constitución, sino que su existencia misma como órganos autónomos no depende de decisiones políticas adoptadas por mayorías coyunturales puesto que sólo mediante una reforma constitucional es posible determinar su desaparición. Tan valiosa es esta autonomía para el constituyente que en el artículo 113 de la Constitución se dice claramente: ‘Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado’. “ (Sentencia C-150 de 2003, MP Manuel José Cepeda Espinosa).

40 Si bien la Ley 35 de 1993 en su artículo 4º formuló unas normas genéricas respecto de la intervención en el mercado de valores, el tema de la participación no fue cabalmente desarrollado por dicha Ley. Otras normas que tangencialmente materializan algún aspecto de la intervención estatal en el mercado de valores, pero que no lo hacen de manera integral son las siguientes: Ley 674 de 2001 (Acuerdo de Cooperación para la Prevención Control Y Represión del Lavado de Activos Derivados de cualquier Actividad Ilícita entre Colombia Y República Dominicana); Ley 550 de 1999 (Régimen de Reactivación Empresarial); Ley 546 de 1999 (Ley de Financiación de Vivienda); Ley 511 de 1999 (Reforma Financiera); Ley 472 de 1998 (Reglamento de las Acciones Populares y de Grupo); Ley 446 de 1998 (Ley de descongestión judicial); Ley 222 de 1995 (Régimen de Procesos Concursales).

41 MP Manuel José Cepeda Espinosa; SV Jaime Araujo Rentería; SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández. En esta sentencia, al analizar la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 142 de 1994, la Corte se pronunció respecto del procedimiento para la adopción de las fórmulas tarifarias de servicios públicos domiciliarios en un Estado social y democrático, en relación con la efectividad del derecho a la participación de los usuarios. La Corte consideró que “La Corte ha puesto de presente que el principio democrático consagrado en la Constitución de 1991 no sólo cubre los procesos electorales sino que se extiende a múltiples ámbitos de la vida en sociedad. El principio democrático supone, sobre todo, una garantía en virtud de la cual se busca que los ciudadanos dispongan de mecanismos concretos que les permiten tomar parte en la adopción de las decisiones que los puedan afectar. (...) || (...) || Uno de los ámbitos diferentes (...) en el cual el constituyente previó expresamente la necesidad de un proceso decisorio participativo, fue el de los servicios públicos. La institucionalización de canales de participación de los usuarios de los servicios públicos en los procesos decisorios de los órganos de regulación de creación legal, es uno de los instrumentos fundamentales para impulsar al regulador a tener en cuenta y valorar debidamente los derechos de éstos y para asegurar un equilibrio en la toma de decisiones que tienda a la promoción del interés general. || De esta forma, la participación de los usuarios se constituye en un mecanismo, tanto para fortalecer la legitimidad democrática de las decisiones de regulación, como para disminuir el riesgo de captura del órgano de regulación por los agentes regulados. Al tener el regulador que oír y atender tanto las posiciones de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios como de los usuarios de los mismos, se busca precaver que el regulador adopte la visión del regulado cuando se presenta el fenómeno de la captura (...).”

42 El Decreto 2130 de 1992 estipuló en su artículo primero que corresponde a los Ministros, Directores de Departamentos Administrativos, Directores, Presidentes o Gerentes de entidades descentralizadas, Superintendentes y Jefes de entidades u organismos administrativos de la rama ejecutiva nacional, ejercer las siguientes funciones: “1. Señalar los proyectos de decisiones de carácter general que por razón de sus implicaciones sea conveniente colocar en conocimiento de los ciudadanos y grupos interesados para escuchar previamente sus opiniones al respecto”; “2. Disponer que se informe públicamente a los eventuales interesados, por los medios que estime adecuados, sobre el contenido básico, el propósito y los alcances de los proyectos de decisiones administrativas de carácter general a que hace referencia el numeral anterior. En el respectivo informe deberá señalarse el plazo

dentro del cual se podrán presentar sus observaciones. En todo caso la autoridad administrativa adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general”; “3. Disponer el registro público de tales observaciones y de las respuestas que la entidad hubiere dado a las presentadas por quienes representen sectores significativos de la comunidad y por organizaciones no gubernamentales promotoras del interés público”; “9. Elaborar un informe anual sobre el cumplimiento de estas funciones el cual deberá ser anexado al informe que presenten al Congreso de la República o al Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente en la oportunidad que éste señale.”

43 “Artículo 3°. Principios de la función administrativa. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.” (subraya fuera de texto)

44 Artículo 17. “Políticas de desarrollo administrativo. Las políticas de desarrollo administrativo formuladas por el Departamento Administrativo de la Función Pública y adoptadas por el Gobierno Nacional tendrán en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos: || (...) 6. Estrategias orientadas a garantizar el carácter operativo de la descentralización administrativa, la participación ciudadana y la coordinación con el nivel territorial. || 11. Diseño de mecanismos, procedimientos y soportes administrativos orientados a fortalecer la participación ciudadana en general y de la población usuaria en el proceso de toma de decisiones, en la fiscalización y el óptimo funcionamiento de los servicios.” (Subraya fuera de texto)

45 “Artículo 32. Democratización de la Administración Pública. Todas las entidades y organismos de la Administración Pública tienen la obligación de desarrollar su gestión acorde con los principios de democracia participativa y democratización de la gestión pública. Para ello podrán realizar todas las acciones necesarias con el objeto de involucrar a los ciudadanos y organizaciones de la sociedad civil en la formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. || Entre otras podrán realizar las siguientes acciones: || 1. Convocar a audiencias públicas. || 2. Incorporar a sus planes de desarrollo y de gestión las políticas y programas encaminados a fortalecer la participación ciudadana. || 3. Difundir y

promover los mecanismos de participación y los derechos de los ciudadanos. || 4. Incentivar la formación de asociaciones y mecanismos de asociación de intereses para representar a los usuarios y ciudadanos. || 5. Apoyar los mecanismos de control social que se constituyan. || 6. Aplicar mecanismos que brinden transparencia al ejercicio de la función administrativa.”

46 Las agencias independientes norteamericanas, cumplen en su mayoría funciones de regulación de la vida económica y social (por ejemplo, diferentes agencias regulan la política monetaria – Federal Reserve Board, las operaciones bursátiles – Securities and Exchange Commission, la salud y seguridad laboral – Occupational Safety and Health Review Commission, las telecomunicaciones – Federal Communications Commission, la inmigración Immigration and Naturalisations Services y el medio ambiente -Environmental Protection Agency) y tienen un poder amplio de producción de normas regulatorias, están encargadas de su aplicación y de la imposición de sanciones administrativas. Sus decisiones están sujetas a un procedimiento administrativo que está abierto a la participación ciudadana, el cual es menos formal si se va a expedir una “regla general” y es más riguroso si se va a decidir sobre un caso particular. Este procedimiento participativo fue establecido por una ley especial (Administrative Procedure Act) adoptada en 1946, la cual ha sido reformada varias veces y es la base del derecho administrativo de las regulaciones. Ver Stephen Breyer y Richard Stewart. Administrative Law and Regulatory Policy. Little, Brown and Company, Boston, 1985, 2nd Ed. Adicionalmente, es relevante anotar que la participación no es un elemento ajeno a los procesos de regulación en otros países desarrollados. Así, en el continente europeo se destaca Suecia como el país con un régimen muy desarrollado en materia de estructuras regulatorias. Dicha nación ha practicado tradicionalmente un sistema de regulación de prácticamente de todos los sectores de la vida económica y social que se distingue claramente del poder gubernamental político, confiado a ciertos ministerios. El poder de regulación es ejercido a nivel nacional por un sinnúmero de agencias altamente autónomas, sometidas a un débil control político pero expuestas a un control de organizaciones sociales, como los usuarios de servicios. (ver Gentot Michel. Les Autorités Administratives Indépendantes, Mouton, Paris, 1991, p. 30.)