

ACTIVIDAD BANCARIA-Límites a la autonomía de la voluntad negocial

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA DE ENTIDADES FINANCIERAS-Prestación de servicios bancarios

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD PRIVADA DE ENTIDADES FINANCIERAS-Límites

ENTIDAD FINANCIERA-Causales objetivas y razonables para negar el acceso al sistema financiero o terminar los contratos bancarios

ENTIDAD FINANCIERA-Riesgos que hace que se pueda negar el acceso al sistema financiero o terminar los contratos bancarios

ENTIDAD FINANCIERA-No permite la apertura de cuenta corriente a empresa que tiene como objeto la compra y venta de divisas

ENTIDAD FINANCIERA-No permite la apertura de cuenta corriente a los profesionales del cambio por no contar con la infraestructura necesaria para atender ese mercado, lo que constituye una causal objetiva y razonable

En el asunto sub iudice, el Banco Popular -Sucursal Pereira-, precisamente, después de evaluar la infraestructura con la que cuenta como profesional de la banca para atender el segmento del mercado al cual pertenecen los profesionales del cambio, decidió no incursionar en dicho segmento y adoptó como norma y política interna no celebrar contratos con éstos profesionales al no contar con las herramientas necesarias para administrar los riesgos inherentes a las operaciones desarrolladas en el mercado cambiario. En estos términos, en la medida en que el banco accionado no tiene posibilidad de ejecutar la actividad bancaria dentro del segmento en el cual se desenvuelven los profesionales del cambio por carecer de la infraestructura necesaria para atender y controlar las operaciones que se realizan habitualmente en este sector económico, conllevó que la entidad no le prestara el servicio financiero de cuenta corriente a la sociedad demandante. Dicha determinación, a juicio de la Sala, constituye una causal objetiva y razonable para negarle a la entidad demandada el servicio financiero de cuenta corriente.

Referencia: expediente T-1.401.488.

Demandante: Martha Cecilia Calle Robledo.

Demandado: Banco Popular -Sucursal Pereira-.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., diez (10) de abril de dos mil ocho (2008).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por los Juzgados Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías y Tercero Penal del Circuito, ambos de Pereira, correspondientes al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por la sociedad Un Dólar Ltda contra el Banco Popular -Sucursal Pereira-.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda, fundamentos y pretensiones.

La sociedad Un Dólar Ltda., actuando a través del Representante Legal, interpuso acción de tutela el 24 de abril de 2006 contra el Banco Popular -Sucursal Pereira-, por estimar vulnerados sus derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad.

1.1. Al respecto, se resaltan los siguientes hechos:

a. La sociedad Un Dólar Ltda. está dedicada a la compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajero para mercado libre nacional.

b. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- mediante Resolución N° 00396 de Enero 20 de 2005, estableció los requisitos y condiciones para la autorización de venta de divisas de las personas residentes en el país.

c. Entre los requisitos señalados en el artículo 2° , literal d de la mencionada resolución se consagra “tener abierta y vigente una cuenta corriente en moneda legal colombiana en una entidad financiera del país, a nombre de la persona que va a desarrollar la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajero, con ventanilla de atención al público.”

Así mismo, en el artículo tercero de la citada resolución, se señala:

“ARTICULO TERCERO. Para obtener y mantener la autorización como Profesionales de Compra y Venta de Divisas en forma previa a su inscripción en el RUT, las personas naturales o jurídicas residentes en el país deben presentar la siguiente documentación ante la División Programas de Fiscalización Cambiaria de la Subdirección de Control Cambiario DIAN:

(...)

“d) Constancia de apertura y vigencia de una cuenta corriente en moneda legal colombiana en una entidad financiera del país, a nombre del solicitante, expedida por la entidad correspondiente.”

d. La accionante, los días 14 de marzo de 2005 y 31 de marzo de 2006, solicitó al Jefe de División Administrativa del Banco Popular -Sucursal Pereira-, la apertura de una cuenta corriente con el fin de cumplir con el requisito exigido por la DIAN y así obtener la autorización definitiva para desarrollar la actividad como profesional de compra y venta de divisas.

e. La Gerente del Banco Popular -Sucursal Pereira-, a través de comunicaciones de marzo 31 de 2005 y abril 7 de 2006, señaló que no era posible acceder a lo pedido, por cuanto la entidad “no dispone de los mecanismos necesarios para adoptar medidas de control apropiadas y suficientes orientadas al seguimiento de operaciones cambiarias”.

f. Según la petente, el Banco Agrario de Colombia, sí presta el servicio de cuenta corriente pero exige una serie de requisitos adicionales que implican un sobre costo de casi dos

millones de pesos mensuales, lo cual ubica a la empresa en el nivel de intermediarios cambiarios, con capitales superiores a los cuatro mil millones de pesos, desconociendo el nivel actual de comerciantes autorizado por una circular externa del Banco de la República.

1.2. De acuerdo con la accionante, la acción de amparo constitucional es procedente, toda vez que las limitaciones impuestas por el Banco Popular -Sucursal Pereira-, en el sentido de no permitirle a la entidad la apertura de una cuenta corriente, vulnera el derecho al trabajo y a la igualdad de la compañía, pues conlleva a su cierre definitivo, en la medida en que no cuenta con una autorización definitiva por parte de la DIAN para desarrollar la actividad como profesional de compra y venta de divisas al no cumplir con dicho requisito.

Para la actora, no constituye un argumento válido para negarle a la compañía la solicitud de apertura de una cuenta corriente, la ausencia de medidas de control apropiadas y suficientes orientadas al seguimiento de las operaciones provenientes de la actividad de profesionales de compra y venta de divisas.

1.3. Como pretensión de la demanda, la accionante solicita al juez de tutela conceder a la empresa Un Dólar Ltda, el amparo definitivo de los derechos fundamentales al trabajo y a la igualdad. Como consecuencia, de lo anterior, pide ordenar al Banco Popular -Sucursal Pereira-, el otorgamiento de una cuenta corriente a nombre de la mencionada sociedad.

2. Oposición de la demanda.

En respuesta a la solicitud de la autoridad judicial, la Gerente del Banco Popular -Sucursal Pereira-, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

-En primer lugar, indica que el depósito de cuenta corriente bancaria es un contrato, “es decir un acuerdo de voluntades que produce una relación jurídica patrimonial.” De ahí que, no puede existir aquél, sin el consentimiento de las partes que lo van a celebrar.

Precisa que, “el contrato de cuenta corriente se fundamenta en el acuerdo de voluntades, en

la autonomía privada para negociar, la cual es de la esencia de los contratos bilaterales, como quiera que se reconoce a las partes la libertad, la capacidad para decidir y el plano de igualdad en que se encuentran.”

-Sostiene que la negativa de celebración del contrato de cuenta corriente frente a la sociedad Un Dólar Ltda. se deriva de la libertad contractual de los establecimientos de crédito avalada por el concepto N° 96016609- del 24 de mayo de 2006 proferido por la Superintendencia Bancaria,.

-Advierte que, el Banco Popular -Sucursal Pereira-, en ejercicio de la libertad contractual para escoger las personas con quien desea negociar y después de realizar (i) un análisis razonable y objetivo de los riesgos inherentes a las operaciones desarrolladas en el mercado cambiario y (ii) previa evaluación de la infraestructura con la que cuenta como profesional de la banca para atender dicho segmento, desistió de incursionar en esa actividad y decidió únicamente ofrecer el servicio de compra y venta de divisas en efectivo a turistas internacionales.

Así las cosas, la entidad financiera adoptó como norma y política interna no celebrar contratos con los profesionales de cambios. Por cuanto “el Banco Popular -Sucursal Pereira- no obstante cuenta con una estructura y desarrollo tecnológico que le permite el monitoreo transaccional de las operaciones de los clientes y el proceso produce señales de alerta para identificar casos en los cuales se presentan operaciones que rompen reglas de control predeterminadas, la complejidad y magnitud de los movimientos que presentan algunos sectores de la economía (reconocido en los diferentes foros y congresos internacionales), entre ellos las casas de cambio, no ha sido posible desarrollar para éste segmento de mercado las herramientas necesarias que permitan la supervisión de algunas entidades de éste orden. Entre otros aspectos se requiere tener mecanismos de seguridad para este segmento, de consolidación del volumen y magnitud de las transacciones, el origen y destino de los recursos, medios o canales que se utilizan, rangos transaccionales esperados, parámetros de normalidad de las operaciones, características y relación entre grupos de personas, redes, organizacionales, etc...”

3. Información de la Superintendencia Financiera de Colombia¹.

El Director Legal para Intermediarios Financieros de la Superintendencia Financiera de Colombia, informó al Juez Primero Penal Municipal de Pereira con Función de Control de Garantías que la entonces Superintendencia Bancaria fijó los parámetros mínimos que deben observar todas las entidades vigiladas con el fin de dar cumplimiento a las normas comprendidas en los artículos 102 a 107 del Estatuto Financiero, los cuales se orientan a evitar que las operaciones financieras puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar la apariencia de legalidad a las actividades de esa índole (Capítulo Undécimo, Título Primero de la Circular Externa 007 de 1996 -Básica Jurídica-).

Bajo este contexto, el Sistema Integral para la Prevención y Control del Lavado de Activos -SIPLA-, exige que todas las entidades financieras adopten mecanismos de control, códigos de conducta y procedimientos. Así mismo, impone que se implemente, en primer lugar, la infraestructura administrativa, operativa y técnica y en segundo término, la plataforma tecnológica necesaria con el fin de evitar el riesgo mencionado. Dichos controles y procedimientos, se deben aplicar a todos los clientes de igual manera, sin distingos de ninguna naturaleza.

“Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, este Despacho reitera que la negativa de las entidades vigiladas a prestar servicios o su terminación unilateral cuando esta sea procedente, debe fundamentarse en una evaluación individual, basada en criterios objetivos y razonables que deben ser informadas al consumidor cuando este lo requiera”

II. TRAMITE PROCESAL.

1. Primera instancia.

El Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira con Función de Control de Garantías, mediante sentencia proferida el ocho (8) de mayo de 2006, concedió la tutela interpuesta con base en las siguientes consideraciones:

– En primer lugar, señala que se encuentra acreditado que la señora Martha Cecilia Calle Robledo, según Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Pereira es la Representante Legal de la sociedad Un Dólar Ltda, razón por la cual está

legitimada por activa para incoar la solicitud de amparo.

-En Segundo término, indica que el Banco Popular -Sucursal Pereira-, demandado en el presente caso, está legitimado por pasiva, pues es un particular que presta un servicio público, específicamente, asume la prestación de la actividad bancaria.

-Sostiene que el argumento esgrimido por el Banco Popular -Sucursal Pereira-, para no otorgar una cuenta corriente a la sociedad Un Dólar Ltda. y según el cual, dicha entidad bancaria, no dispone de los mecanismos necesarios para adoptar medidas de control apropiadas y suficientes orientadas al seguimiento de las operaciones provenientes de la actividad desarrollada por la empresa en el mercado cambiario, no constituye una causal objetiva y razonable que autorice constitucionalmente tal determinación, por las siguientes razones:

a) El Sistema Integral para la Prevención y Control de Activos, exige que todas las entidades financieras adopten medidas de control, códigos de conducta, procedimientos e implementen la infraestructura administrativa, operativa y técnica y la plataforma tecnológica necesaria para evitar todos los riesgos que puede originarse al realizar operaciones con las casas de cambio.

b) La imposición de barreras irrazonables y desproporcionadas a la prestación del servicio financiero solicitado, implica el desconocimiento de la capacidad de negociación de las personas, y por ende, de su derecho fundamental al reconocimiento de la personalidad jurídica.

c) La determinación del Banco Popular -Sucursal Pereira-, consistente en negarle la apertura de una cuenta corriente a la sociedad demandante, constituye una situación de bloqueo financiero porque (i) no existen medios administrativos o jurídicos que le permitan a la sociedad Un Dólar Ltda. acceder al sistema financiero, (ii) dicha compañía se encuentra frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario debido a la trasgresión desproporcionada de sus derechos como cliente que le impiden hacer uso de la banca, (iii) se producen consecuencias graves para la capacidad jurídica de la accionante y, (iv) no se encuentran causas objetivas y razonables que justifiquen la decisión

-Advierte que las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o terminar los contratos bancarios cuando se presenten causales objetivas y razonables que se limitan al riesgo de la operación y a la debilidad económica del solicitante para asegurar el cumplimiento de las operaciones activas de crédito, aspectos que en este caso no se avizoran.

De conformidad con lo expuesto, el juez de instancia concluye que: “[F]rente a las circunstancias fácticas del caso y los argumentos expuestos, encuentra la judicatura que la acción de tutela está llamada a prosperar por hallarse la sociedad Un Dólar Ltda. en situación de indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción (Banco Popular - Sucursal Pereira- S.A.). Por tanto, se ordenará a la señora Piedad Vélez Jaramillo, en su condición de Gerente del Banco Popular -Sucursal Pereira- S.A., oficina Pereira, que en el término de cuarenta y ocho horas, se sirva autorizar la apertura de cuenta corriente a la sociedad un dólar Ltda.

Por otra parte, se ordena colocar en conocimiento de la Superintendencia Financiera el actuar anómalo en que incurrió en Banco Popular -Sucursal Pereira- S.A., oficina Pereira, para los fines pertinentes.”

2. Impugnación.

El Banco Popular -Sucursal Pereira-, impugnó la decisión proferida en primera instancia, por las siguientes razones:

-En el presente caso, no existe bloqueo financiero y comercial, ni la imposibilidad para que alguna entidad del sector financiero acceda a prestar sus servicios a la sociedad Un Dólar Ltda., pues no obra en el expediente prueba indicativa que se hubieran elevado solicitudes de apertura de cuenta corriente ante otras entidades financieras, y que las mismas hayan sido resueltas negativamente. Por el contrario, de acuerdo con la afirmación hecha por la actora, la empresa Un Dólar Ltda. cuenta con la posibilidad de abrir una cuenta corriente en el Banco Agrario de Colombia

-Sostiene que existen causales objetivas y razonables para que el Banco decida no incursionar en el mercado cambiario, pues la entidad carece de infraestructura para atender y controlar ordenadamente las operaciones que habitualmente realizan los profesionales del

cambio. Advierte que dicha actuación se encuentra autorizada por la Circular Externa 023 de agosto de 2005 proferida por la Superintendencia Bancaria.

-La definición y establecimiento del segmento de mercado dentro del cual la entidad financiera va a desarrollar su actividad es una medida legítima que conduce a prevenir la oferta y prestación indiscriminada de productos y servicios.

Precisamente, de conformidad con el Manual del Sistema Integral para la Prevención del Lavado de Activos -SIPLA- adoptado por el Banco, se señala en el numeral 2, subnumeral 2.3.2.3 del Capítulo de Políticas denominado Segmentación del Mercado que el propósito de la segmentación “es el de determinar las características usuales de las transacciones que se desarrollan dentro del mismo, y compararlas con las transacciones que realicen los correspondientes clientes a efectos de detectar las operaciones inusuales que éstos realicen”.

- Señala que de conformidad con la Circular Externa 007 de 1996 proferida por la Superintendencia Bancaria para la vinculación de clientes de las entidades vigiladas se debe suministrar no solamente determinada información y una serie de documentos sino que se “establece la obligatoriedad para la entidad financiera de valorarlos, de verificar que la información reflejada en ellos corresponde a la realidad, para prevenir cualquier tipo de riesgo.”

-Advierte que si se admitiese que con la mera solicitud que formulara el interesado para la apertura de una cuenta corriente, ésta se efectuara forzosamente, “se colocaría en eminente peligro los ahorros del público, por cuanto la administración de los riesgos inherentes a la captación y colocación de recursos del público desarrollada por los intermediarios financieros sería ilusoria, convirtiendo a éstos últimos en meros convidados de piedra en desmedro de los intereses generales.”

-Por lo anterior, considera que el a quo no puede ordenarle al banco la apertura de una cuenta corriente a la sociedad Un Dólar Ltda con la simple solicitud hecha por el Representante Legal, sin que medie ninguna presentación de documentos y prescindiendo del criterio objetivo y profesional de su valoración.

3. Segunda instancia.

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 5 de julio de 2006, decidió revocar el fallo impugnado con base en las siguientes consideraciones:

-En el presente caso, la determinación del Banco Popular -Sucursal Pereira-, consistente en negarle la apertura de una cuenta corriente a la sociedad demandante, no constituye un bloqueo financiero porque no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia para que pueda predicarse dicha situación, pues en este caso, en primer lugar, la sociedad demandante no ha actuado de manera diligente para neutralizar los efectos de las decisiones del banco, por cuanto la actora ni siquiera se ha dirigido a la Superintendencia Financiera -entidad encargada de la vigilancia de los bancos-, para buscar un conducto regular que tal vez le habría abierto el camino para la obtención de la apertura de la cuenta corriente; en segundo término, la demandante no se encuentra frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario, por cuanto tal y como se desprende de la demanda de tutela, el Banco Agrario de Colombia sí presta el servicio bancario y finalmente, la decisión de la entidad financiera no produce consecuencias graves para la capacidad jurídica de la compañía accionante.

-Advierte que si bien es cierto, en el asunto sub exámine se cumple con el presupuesto según el cual, la negativa de la negociación no responde a causas objetivas y razonables, ello no es suficiente para aplicar el precedente jurisprudencial vertido en la sentencia SU-157 de 1999.

-Concluye, que “insatisfecha como ha quedado la ratio decidendi del precedente constitucional por la orfandad probatoria de las tres primeras de sus condiciones no queda más remedio que desestimarlos y, consecuente con ello, revocar la decisión de primera instancia de amparo de los derechos fundamentales del trabajo y la igualdad.”

III. PRUEBAS SOLICITADAS Y APORTADAS EN SEDE DE REVISION.

Para mejor proveer en este proceso, esta Corporación solicitó a la empresa Un Dólar Ltda. que informara si ha elevado solicitud de apertura de cuenta corriente ante otras entidades bancarias diferentes al Banco Popular -Sucursal Pereira-, y al mencionado banco si presta el servicio bancario de cuenta corriente a otras casas de cambio diferentes a la empresa demandante. Esta Información fue remitida de manera oportuna a la Sala de Revisión.

-La Representante Legal de la sociedad Un Dólar Ltda., dio respuesta al requerimiento realizado por la Corte, informando que solicitó la apertura de cuenta corriente a otras entidades bancarias diferentes al Banco Popular, tales como: Bancolombia, Davivienda, Granahorrar, Bancafé, Banco Av Villas y Banistmo. Dichas entidades, sustentaron la negativa para prestar dicho servicio bancario en razón de políticas internas.

-Por su parte, la Gerente del Banco Popular -Sucursal Pereira-, informó a esta Corporación que presta el servicio de cuenta corriente a la sociedad Un Dólar Ltda. y a la empresa Un Mejor Precio, en ambos casos, con ocasión de órdenes de tutela.

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

En esta ocasión, le corresponde a la Sala determinar si la negativa por parte del Banco Popular -Sucursal Pereira-, de prestar el servicio financiero de cuenta corriente a la empresa Un Dólar Ltda. obedece a una causal objetiva para negar el acceso al sistema financiero o si por el contrario dicha decisión comporta la vulneración de los derechos fundamentales de la mencionada compañía.

2.1. Procedencia de la acción de tutela contra entidades financieras de carácter particular.

De conformidad con el artículo 86 Superior la acción de tutela procede contra las autoridades y contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público. En este caso, el mecanismo de amparo constitucional se dirige contra el Banco Popular -Sucursal Pereira-, el cual, tiene como naturaleza jurídica la de una sociedad comercial anónima de carácter privado y se dedica, entre otros, a los servicios propios de un establecimiento bancario, según certificación del Secretario General Ad-Hoc de la Superintendencia Financiera, expedida el 13 de diciembre de 2004 y el Certificado de Registro Mercantil de la Cámara de

Comercio de Pereira.

En el presente caso se tiene que la controversia planteada se circunscribe en torno al desarrollo de una relación bancaria, respecto de la cual, de manera general la Corte ha considerado que se inscribe en el ámbito de los servicios públicos.

Precisamente, esta Corporación en Sentencia SU-157 de 1992, en relación con la actividad bancaria como servicio público señaló:

“... pese a que no existe norma que de manera expresa así lo determine, en el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan. En efecto, la importancia de la labor que desempeñan para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público.”

Agregó la Corte, en la sentencia anteriormente citada que “... las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios”.

Del mismo modo este Tribunal ha señalado que si un particular desarrolla la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; dicho en otros términos, cuenta con unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad, y por ende, pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial³.

De lo anteriormente expuesto se concluye que la acción de tutela de la referencia, es formalmente procedente, por cuanto se dirige contra un particular que se desenvuelve en el ámbito de un servicio público con lo cual se cumple con uno de los supuestos de la solicitud de amparo constitucional contra particulares contemplado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

2.2. Presentación de causales objetivas para negar la prestación de servicios bancarios por parte de las entidades bancarias.

Esta Corporación ha señalado de manera general que la autonomía de la voluntad privada se deriva de la aplicación de varios derechos constitucionales concurrentes, a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la propiedad privada, la libertad de asociación, la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Así mismo, ha sostenido que aquella se encuentra limitada por las exigencias propias del Estado Social de Derecho, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales⁴.

En relación con la autonomía de la voluntad y la libertad contractual referida a la actividad bancaria, la Corte Constitucional ha señalado que se encuentran limitadas por el interés público, la intervención del Estado en la economía, la exigencia de la democratización del crédito y el respeto de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema financiero.

Sobre este particular expresó este Tribunal en la Sentencia SU-167 de 19995:

“... Si bien los bancos gozan de autonomía negocial, la cual tiene sustento constitucional, aquella es más restringida que la del resto de particulares, pues el carácter de interés público, la intervención del Estado en la actividad financiera, la exigencia de la democratización del crédito y la imposibilidad de que se restrinjan desproporcionadamente derechos fundamentales de los clientes, limitan en gran medida la autonomía del sector financiero.”

En este sentido, el derecho de las entidades financieras para determinar el acceso de los usuarios a dicho segmento, fundada en la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, no es absoluta, pues ello, equivaldría, por un lado, a negar el carácter de interés público que reviste tal actividad y por el otro, conllevaría a la vulneración de los derechos fundamentales de los usuarios.

No obstante, conforme lo ha dicho este Tribunal, del Texto Fundamental no se deriva tampoco que a las entidades financieras y/o bancarias les asista la obligación de aprobar automáticamente toda solicitud de servicios financieros, pues se debe en todo caso, asegurar la estabilidad económica del sector y, por ende, garantizar el interés general de los ahorradores.

De manera concluyente, la Corte en la Sentencia T-468 de 20036, sostuvo que la autonomía de la voluntad privada de las entidades financieras, cuando se determina el acceso, contenido y prestación de los servicios bancarios, se debe imponer como regla general, con el fin salvaguardar el interés general de los ahorradores y mantener la estabilidad económica y social de dicho sector de la economía (principio de la confianza pública). Sin embargo, también aclaró que dicha autonomía se encuentra limitada en razón al interés público que involucra esa actividad y el respeto de los derechos fundamentales del usuario de dicho sector, los cuales se consideran vulnerados cuando ocurre un bloqueo financiero injustificado. Esta situación acontece, según lo ha dicho la Sala Plena de este Tribunal cuando se presentan las siguientes pautas de manera alternativa: SU.167/99

“b1. Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero. (...)

b2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca. (...)

b3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público. (...)

b4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión. Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. (...) Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P. art. 13). Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión (inciso 2º del artículo 5º de la Ley 35 de 1993, transcrito en el numeral 11 de esta sentencia).”

Ahora bien, en relación con ésta última pauta las entidades financieras pueden negar el

acceso al sistema financiero o terminar los contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas y razonables que justifiquen dichas decisiones. Dicho en otros términos y para lo que interesa a la presente causa, la capacidad negocial, entratándose de los servicios vinculados con la actividad financiera y bancaria, se encuentra limitada por el cumplimiento de las condiciones objetivas de acceso previstas por la Ley 35 de 1993, entre las cuales se encuentran: (i) la capacidad de pago del solicitante y (ii) el riesgo de la operación.

Esta limitación, tiene como fundamento la naturaleza intuitu personae de los contratos financieros, los cuales, exigen el cumplimiento de determinadas reglas orientadas al conocimiento del cliente o KYC, que pueden agruparse en cuatro categorías a saber: (i) los riesgos de reputación; (ii) los riesgos operativos; (iii) los riesgos legales y; (iv) los riesgos de concentración.

Precisamente la Corte en la sentencia anteriormente mencionada, se refirió a cada uno de estos riesgos de la siguiente manera:

“ a) Riesgos de reputación: Consistentes en la publicidad negativa que puede afectar la confianza de los depositantes, como resultado de la ejecución de prácticas anormales o de la utilización de las entidades financieras como medios para la realización de actividades ilegales por parte de sus clientes.

b) Riesgos operativos: Relacionados con la violación a los procedimientos de control y de debida diligencia previstos en la ley y desarrollados por las autoridades de control, los cuales pueden involucrar una afectación o alteración al ejercicio corriente de sus operaciones financieras activas, pasivas o neutras.

c) Riesgos legales: Aquellos vinculados con los posibles multas, responsabilidades penales y sanciones administrativas impuestas por las autoridades de control, como consecuencia de la ausencia de la debida diligencia en el momento de identificar clientes y en la prestación corriente de sus servicios.

d) Riesgos de concentración: Destinados a controlar la concentración indebida del crédito, es decir, tienen como propósito evitar la violación a los cupos individuales de crédito⁷ o su asignación a un prestatario único o a un grupo de prestatarios relacionados. Su fundamento constitucional se encuentra en la obligación de democratizar el crédito, de conformidad con

el artículo 335 Superior.”

De acuerdo con lo dicho, las entidades financieras están en capacidad para negar los servicios al usuario, cuando se acredite la existencia de causales objetivas, ello con el fin de proteger el interés general de los ahorradores y mantener la estabilidad económica y social de dicho sector de la economía.

Con todo, cuando la actuación arbitraria de las entidades financieras conduce a un bloqueo financiero del usuario del servicio público, ha dicho esta Corporación que se puede acudir al mecanismo de amparo constitucional.

De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, se le atribuye al Banco Popular -Sucursal Pereira-, la vulneración de los derechos fundamentales de la Sociedad Un Dólar Ltda., la cual tiene como objeto social la compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajero para mercado libre nacional. Se afirma que la violación se origina en la negativa del Banco Popular -Sucursal Pereira-, de prestar el servicio financiero de cuenta corriente, bajo el argumento de que no le ha sido posible desarrollar a la entidad demandada las herramientas necesarias para supervisar los complejos movimientos del sector económico al que pertenecen las casas de cambio.

La sociedad accionante sostiene que uno de los requisitos impuestos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN- (Resolución N° 00396 de Enero 20 de 2005. Art. 2 literal d), para autorizar la venta de divisas a las personas residentes en el país, radica precisamente en “tener abierta y vigente una cuenta corriente en moneda legal colombiana en una entidad financiera del país, a nombre de la persona que va a desarrollar la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajero, con ventanilla de atención al público.”⁸

En criterio de la demandante, si bien el Banco Agrario de Colombia presta el servicio de cuenta corriente, exige una serie de requisitos adicionales que implican un sobre costo de casi dos millones de pesos mensuales, lo cual ubica a la empresa en el nivel de intermediarios cambiarios, con capitales superiores a los cuatro mil millones de pesos, desconociendo su nivel actual de comerciantes, autorizado por una circular externa del Banco de la República.

En este sentido, la acción de amparo constitucional es procedente, -a juicio de la petente-, toda vez las limitaciones impuestas por el Banco Popular -Sucursal Pereira-, en el sentido de no permitirle a la empresa Un Dólar Ltda, la apertura de una cuenta corriente, implica un bloqueo financiero que vulnera sus derechos fundamentales y conlleva al cierre definitivo de la compañía, en la medida en que no cuenta con una autorización definitiva por parte de la DIAN para desarrollar la actividad como profesional de compra y venta de divisas al no cumplir con dicho requisito.

Para la Sala, tal y como quedó expuesto en el acápite anterior, no es posible conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, sostener la tesis de la libertad absoluta de las entidades financieras para decidir en relación con el acceso de los usuarios a los servicios que prestan, pues ello equivaldría a negar el carácter público que reviste esta actividad y de paso, conllevaría al desconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios. De otro lado, tampoco resulta admisible permitir el acceso ilimitado, toda vez que se vulneraría la libertad contractual y la autonomía de la voluntad privada de la banca nacional y comprometería, además el interés público que subyace en la salvaguarda de la solvencia y solidez del sector financiero.

De acuerdo con lo expuesto, la Corte ha sido categórica en afirmar que la autonomía de la voluntad privada de las entidades financieras se debe imponer como regla general cuando se decide acerca del acceso, contenido y prestación de los servicios bancarios, con el fin de preservar el interés general de los ahorradores y propender por la estabilidad económica de dicho sector de la economía.

Sin embargo, ésta autonomía se encuentra limitada principalmente por el interés público que involucra esa actividad y el respeto de los derechos fundamentales del usuario, los cuales se desconocen cuando la decisión de la entidad bancaria de negar el acceso al sistema o terminar los contratos bancarios ocasiona un bloqueo financiero injustificado.

Dicho fenómeno se configura de conformidad con la jurisprudencia vertida sobre la materia: (i) cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos; (ii) cuando al usuario no le es posible ingresar al servicio bancario; (iii) cuando la decisión de las entidades produce consecuencias graves para la

capacidad jurídica del usuario del servicio público y (iv) cuando la negativa de negociación no se fundamenta en casuales objetivas y razonables que justifiquen dicha decisión.

Para lo que interesa a la presente causa, la Superintendencia Bancaria con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación, expidió la Circular Externa N° 023 de 2005 con el fin de evitar que las entidades vigiladas incurran en prácticas restrictivas o discriminatorias frente algunos clientes o sectores económicos en relación con la prestación de los servicios que prestan. Así, dispuso, entre otros aspectos, que en la medida en que las entidades vigiladas desarrollan una actividad de interés público no pueden impedir de manera injustificada el acceso a los servicios financieros y la decisión de no prestarlos debe obedecer a criterios objetivos y razonables.

Del mismo modo, se precisó que las entidades financieras pueden definir libremente los segmentos del mercado donde van a desarrollar su actividad. No obstante, una vez establecidos éstos segmentos, el acceso a los servicios financieros no puede ser desigual o suspendido de manera injustificada.

Sobre el particular la Circular Externa N° 023 de 2005 de la Superintendencia Bancaria dispuso expresamente:

“De tal forma, es oportuno recordar que tratándose de aquellos servicios cuya prestación no es obligatoria, las relaciones entre las instituciones vigiladas y las personas que solicitan sus servicios se rigen efectivamente por principios como el de la autonomía de la voluntad, el cual soporta la potestad de las instituciones y de los usuarios para decidir si entablan determinada relación. Sin embargo, en cuanto dichas instituciones desarrollan actividades de interés público, no pueden restringir injustificadamente el acceso a los servicios que prestan y la negativa para su prestación debe basarse exclusivamente en criterios objetivos y razonables

Por lo anterior, si bien las entidades vigiladas pueden definir libremente los segmentos de mercado en los cuales desarrollan su actividad, es claro que una vez establecidos éstos, el acceso a los servicios no puede ser discriminatorio, desigual o suspendido injustificadamente.”

Pues bien, en el asunto sub iudice, el Banco Popular -Sucursal Pereira-, precisamente,

después de evaluar la infraestructura con la que cuenta como profesional de la banca para atender el segmento del mercado al cual pertenecen los profesionales del cambio, decidió no incursionar en dicho segmento y adoptó como norma y política interna no celebrar contratos con éstos profesionales al no contar con las herramientas necesarias para administrar los riesgos inherentes a las operaciones desarrolladas en el mercado cambiario.

En estos términos, en la medida en que el banco accionado no tiene posibilidad de ejecutar la actividad bancaria dentro del segmento en el cual se desenvuelven los profesionales del cambio por carecer de la infraestructura necesaria para atender y controlar las operaciones que se realizan habitualmente en este sector económico, conllevó que la entidad no le prestara el servicio financiero de cuenta corriente a la sociedad demandante.

Dicha determinación, a juicio de la Sala, constituye una causal objetiva y razonable para negarle a la entidad demandada el servicio financiero de cuenta corriente.

En efecto, la Ley 35 de 1993 y las Recomendaciones que expide el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, señalan dos condiciones objetivas para acceder a los servicios financieros a saber: (i) la capacidad de pago del solicitante y (ii) el riesgo asociado a la operación, los cuales están orientados a garantizar la solvencia y solidez del sistema financiero.

Tal y como quedó señalado, esta causal está destinada a garantizar la solidez del sistema. Por esta razón, las entidades bancarias cuando van a incursionar en un segmento determinado del mercado, con anterioridad deben evaluar las consecuencias y la exposición que asumen los dineros de los depositantes frente a la estructura interna y los controles implementados por la entidad.

De otra parte, considera esta Corporación que la sociedad Un Dólar Ltda no se encuentra frente a la imposibilidad de ingreso al servicio bancario, toda vez que tal y como lo manifestó la accionante, el Banco Agrario de Colombia sí ofrece el servicio de cuenta corriente para todas aquellas personas que tienen como actividad económica la compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero, siempre y cuando cumplan los requisitos señalados por dicha entidad en la Circular Reglamentaria CM-064 del 20 de mayo de 2005.

Ahora bien, la accionante afirma que esta alternativa le resulta excesivamente onerosa por

cuanto se deben cumplir una serie de requisitos adicionales que implican un sobre costo de casi dos millones de pesos mensuales, lo cual ubica a la empresa en el nivel de intermediarios cambiarios, con capitales superiores a los cuatro mil millones de pesos, desconociendo su nivel actual de comerciantes. Sin embargo, la Corte no se pronunciará al respecto, en primer lugar, porque el Banco Agrario de Colombia no fue demandado en la acción de tutela de la referencia y en segundo término, porque la exigencia de requisitos por parte de dicha entidad para que los profesionales del cambio puedan acceder al servicio financiero de cuenta corriente, no fue planteada como objeto del presente debate y en consecuencia no puede ser analizada por esta Sala de Revisión.

Por lo expuesto, la Corte Constitucional considera que el proceder del Banco Popular - Sucursal Pereira-, no viola los derechos fundamentales de la sociedad demandante, pues la decisión de negarle la apertura de una cuenta corriente encuentra un fundamento legítimo y tampoco hace nugatoria la posibilidad de acceso al servicio bancario.

En punto a la presunta vulneración del derecho a la igualdad, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente y las recaudadas en sede de revisión, la Sala encuentra que tal hecho no tuvo ocurrencia, por cuanto no aparece referenciado el trato discriminatorio referenciado por la actora, que exija del juez de tutela, la adopción de medidas en orden a cesar dicho tratamiento por parte de la empresa accionada.

Concretamente, la demandante no aportó el término de comparación exigido en todo juicio de igualdad, pues no demostró que efectivamente la entidad bancaria accionada le esté prestando por su mera liberalidad el servicio de cuenta corriente a otras personas que desarrollen la actividad cambiaria. Por el contrario, la circunstancia específica de que el Banco Popular -Sucursal Pereira-, no haya habilitado el servicio de cuenta corriente para dicha actividad económica descarta que en forma voluntaria y autónoma se encuentre prestando este servicio a otros sujetos. Según se infiere de la prueba que obtuvo la Corte, el Banco Popular -Sucursal Pereira- sólo viene prestando dicho servicio de manera forzada a la empresa demandante y a la sociedad Un Mejor precio en cumplimiento de órdenes de tutela.

V. DECISIÓN

En consecuencia, la Sala habrá de confirmar el fallo del cinco (5) de julio de 2006, proferido

por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira, por las consideraciones expuestas en esta providencia.

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Pereira el 5 de julio de 2006 por las consideraciones expuestas en esta providencia.

Tercero.- LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 El Juzgado Primero Penal Municipal de Pereira con Función de Control de Garantías, en el Auto admisorio solicitó a la Superintendencia Financiera de Colombia que informara acerca

de los parámetros que deben tener en cuenta las entidades crediticias para la apertura de cuenta corriente de personas jurídicas conformadas por los profesionales del cambio.

2 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

3 Sentencia C-134 de 1994 . M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Sentencia SU-157 de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

5 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

6 M.P. Rodrigo Escobar Gil

7 Al respecto, se puede consultar el artículo 315 de la Ley 599 de 2000, referente al delito denominado: “Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados”.

8 Resolución N° 00396 de Enero 20 de 2005. Art. 2 literal d