

Sentencia T-763/05

ACTIVIDAD BANCARIA-Es un servicio público

ACCION DE TUTELA CONTRA BANCOS-Requisitos para su procedencia

ACTIVIDAD BANCARIA-Exclusión de clientes debe responder sólo a factores objetivos y razonables que impliquen riesgo económico para la entidad

ACTIVIDAD BANCARIA-Límites a la autonomía de la voluntad negocial

ENTIDAD BANCARIA-Pautas para determinar cuando se vulneran derechos fundamentales en ejercicio de su libertad contractual

Para saber cuándo el ejercicio de la libertad contractual de los bancos constituía un bloqueo financiero y, por tanto, vulneraba los derechos fundamentales del individuo a la personalidad jurídica o a la igualdad en relación con el acceso al servicio bancario y, en conexidad con los anteriores, la libertad económica, la Sala Plena fijó las siguientes pautas, que se pueden presentar de manera alternativa: “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).”

ENTIDAD BANCARIA-Historia crediticia no es un factor objetivo para negar un crédito

No ha considerado que se pueda tener como causal objetiva para la negativa de un crédito exclusivamente la historia crediticia negativa según los reportes de las centrales de datos. En efecto, para que el criterio de negativa se considere objetivo se ha estimado que debe hacerse un estudio comprensivo de más factores de la capacidad de pago del solicitante de crédito medida a través de su historia crediticia.

ENTIDAD BANCARIA-Capacidad de pago como factor para conceder un crédito según circular 05/04 de la Superintendencia Bancaria/ENTIDAD BANCARIA-Información que se debe analizar para evaluar la capacidad de pago

La evaluación de la capacidad de pago esperada de un deudor o proyecto a financiar es fundamental para determinar la probabilidad de incumplimiento del respectivo crédito. Para estos efectos, debe entenderse que el mismo análisis debe hacerse a los codeudores, avalistas, deudores solidarios y, en general, a cualquier persona natural o jurídica que resulte o pueda resultar directa o indirectamente obligada al pago de los créditos. Para evaluar esta capacidad de pago la entidad prestamista debe analizar al menos la siguiente información: - Los flujos de ingresos y egresos, así como el flujo de caja del deudor y/o del proyecto financiado o a financiar. - La solvencia del deudor, a través de variables como el nivel de endeudamiento y la calidad y composición de los activos, pasivos, patrimonio y contingencias del deudor y/o del proyecto. - Información sobre el cumplimiento actual y pasado de las obligaciones del deudor. La atención oportuna de todas las cuotas o instalamentos, entendiéndose como tales cualquier pago derivado de una operación activa de crédito, que deba efectuar el deudor en una fecha determinada, independientemente de los conceptos que comprenda (capital, intereses, o cualquier otro). Adicionalmente, la historia financiera y crediticia, proveniente de centrales de riesgo, calificadoras de riesgo, del deudor o de cualquier otra fuente que resulte relevante. - El número de veces que el crédito ha sido reestructurado y las características de la(s) respectiva(s) reestructuración(es). Se entenderá que entre más operaciones reestructuradas tenga un mismo deudor, mayor será el riesgo de no pago de la obligación. - En la evaluación de la capacidad de pago de entidades públicas territoriales, las entidades vigiladas deberán verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas en las leyes 358 de 1997, 550 de 1999 y 617 de 2000, y de las demás normas que las reglamenten o modifiquen. - Los posibles efectos de los riesgos financieros a los que

está expuesto el flujo de caja del deudor y/o del proyecto a financiar, considerando distintos escenarios en función de variables económicas (tasas de interés, tasas de cambio, crecimiento de los mercados, etc.) que puedan afectar el negocio o la capacidad de pago del deudor, según el caso. Igualmente, se debe examinar la calidad de los flujos de caja teniendo en cuenta la volatilidad de los mismos. Dentro de estos riesgos se deben analizar, según resulten relevantes: Posibles “descalces” de monedas, plazos y tasas de interés en la estructura de balance y en operaciones fuera de balance, como por ejemplo la incidencia de los derivados financieros. Para aquellos créditos con tasa de interés variable o indexados a la UVR u otro índice, proyecciones y escenarios posibles de evolución de las cuotas según el comportamiento esperado de las tasas de interés, de la tasa de cambio, la inflación y otras variables que puedan afectar directamente el servicio de la deuda. Para créditos denominados en monedas extranjeras, el riesgo de mercado derivado de la volatilidad de las tasas de cambio respectivas y su posible impacto sobre la capacidad de pago del deudor. En el caso de operaciones de crédito con el exterior, análisis propios y del mercado sobre el riesgo del país en el cual está domiciliado el deudor, con el objeto de identificar los riesgos de transferencia y convertibilidad de las divisas requeridas para atender el crédito. Los riesgos de contagio, legales, operacionales y estratégicos a los que puede estar expuesta la capacidad de pago del deudor o el proyecto a financiar. En este contexto es necesario evaluar, entre otros, la información relacionada con el conglomerado económico al que pertenece el deudor. En el caso de microcréditos, la información requerida en el presente literal podrá ser obtenida y documentada en el lugar donde se desarrolla la actividad a financiar.”

Referencia: expediente T-1079385

Peticionario: Pedro Enrique García Romero

Accionado: Banco Superior

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil cinco (2005)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia proferida por el Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá, el 14 de febrero de 2005.

I. HECHOS

1. Manifiesta el señor Pedro Enrique García Romero que, aproximadamente, en junio de 2004 recibió la Tarjeta Débito Carulla Bansuperior Master Card, para que la activara en caso de que le fuera útil.

2. Indica que, debido a que la tarjeta podía ser utilizada en todo el mundo, le llamó la atención activarla. Lo anterior, en virtud de que su actividad como pastor de la Congregación Cristiana Gente Nueva le exigía, con frecuencia, salir del país.

3. Afirma que se comunicó con las oficinas de Bansuperior para informar su interés y, en respuesta, el Banco envió a un empleado para recoger los documentos requeridos para la activación.

4. En julio de 2004, señala, en virtud de que la tarjeta no había sido activada presentó un escrito al Banco para conocer los motivos de tal hecho. Esta petición no fue contestada, razón por la cual en el mes de noviembre presentó nueva solicitud de explicación de la negativa de activación de la tarjeta.

5. La respuesta del Banco, afirma el actor, fue que se había encontrado que la actividad que él desempeñaba se encontraba dentro de las excluidas en las políticas de crédito fijadas por la subgerencia de crédito.

6. Asevera que con tal sustentación de la conducta el Banco le está vulnerando el derecho fundamental a la libertad de cultos, debido a que su actividad es la de Pastor de una iglesia

cristiana. Indica que también se le vulneró su derecho a la igualdad, pues en Bancafé sí se le autorizaron dos tarjetas de crédito, sin aducir que su actividad era óbice para el uso de éstas.

7. En consecuencia, solicita, en términos genéricos, se le protejan sus derechos fundamentales alegados.

Contestación de la entidad accionada

Bansuperior pide se declare improcedente la tutela. Justifica su solicitud en el hecho de que la negativa de celebración del contrato de cuenta corriente se deriva de la libertad contractual de los establecimientos de crédito, avalada por el concepto de la Superintendencia Bancaria No 96016609-1, del 24 de mayo de 1996. Además, señala que el Banco no ha limitado la libertad del actor para seguir profesando y divulgando sus creencias religiosas, ni le ha afectado su derecho a la igualdad en cuanto el actor está en libertad de acceder al sistema financiero a través de otros establecimientos.

I. DECISIÓN JUDICIAL

El Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá, mediante Fallo del 14 de febrero de 2005, declaró improcedente la tutela solicitada. Para sustentar su decisión, el Juzgado consideró que el derecho a la libertad de cultos se vulneraba cuando la entidad accionada, por acción u omisión, impedía al ciudadano exteriorizar las manifestaciones con las que profesa su religión o difundirlas privada o colectivamente.

En atención a lo anterior, el Juzgado consideró que a pesar de que la negativa de la tarjeta sí se había debido a la actividad ejercida por el peticionario, con tal actuación el Banco no le impide al actor rendir culto a sus creencias religiosas, ni afecta su actividad como pastor.

Agregó que la decisión del Banco se fundamentaba en el seguimiento de políticas internas las cuales podían adoptar, según su conveniencia, “en ejercicio de la libertad contractual que impera en nuestro sistema bancario”.

Con respecto a la vulneración del derecho a la igualdad, señaló que no había una

discriminación derivada de la acción del Banco porque su conducta estaba soportada en las políticas internas de la entidad.

Por último, agregó que el accionante podía acudir a otras entidades financieras cuyas políticas de crédito fueran más flexibles para obtener el servicio financiero, lo cual es corroborado por el actor cuando afirma que tiene tarjetas de crédito de Bancafé.

I. PRUEBAS

1. Copia del plástico de la tarjeta Bansuperior – Carulla – Master Card con número 5123 9200 0004 a nombre del señor Pedro García.
2. Derecho de petición presentado a Bansuperior el 16 de julio de 2004, en el cual se solicita se defina la situación de la activación de la tarjeta de crédito, pues ésta sería útil para las actividades desarrolladas en el exterior.
3. Derecho de petición presentado a Bansuperior, el 5 de noviembre de 2004, en el cual solicita le sea solucionado lo pedido en escrito del 16 de julio de 2004.
4. Respuesta del derecho de petición dada por Bansuperior, el 14 de diciembre de 2004. En la respuesta se indica que “una vez adelantado el correspondiente estudio de crédito a la documentación diligenciada por usted, con sus datos, exigida por el Banco para la solicitud de la tarjeta de crédito Carulla BanSuperior Master Card, se encontró como causal de improbación que la actividad que usted desempeña se encuentra dentro de las excluidas en las políticas de crédito que para el efecto ha establecido la subgerencia de crédito.”
5. Copia del contrato de trabajo celebrado entre la Iglesia Congregación Cristiana “Gente Nueva” y el señor Pedro Enrique García Romero, con fecha de iniciación de labores 1º de agosto de 2002.
6. Certificado de vinculación laboral expedido por la Secretaria de la Congregación Cristiana Gente Nueva, el 27 de enero de 2005, según el cual el señor García Romero ejerce el cargo de Pastor y está vinculado desde el 1º de agosto de 2002, con contrato a término indefinido, siendo su sueldo de dos millones cuatrocientos setenta y nueve mil setecientos cincuenta

pesos mensuales (\$ 2´479.750).

7. Respuesta al derecho de petición de la señora Alba Helena Castaño Uribe de parte de la Superintendencia Bancaria, asunto 96016609-0. Por ser el argumento que Bansuperior presenta como justificativo de su conducta de negativa de celebración de cuenta corriente con el accionante, se transcribirán los apartes más relevantes:

“Me refiero a su comunicación del 29 de abril de 1996, mediante la cual, en ejercicio del derecho de petición formula unos interrogantes los cuales se circunscriben básicamente a tópicos relacionados con la posibilidad legal de que un establecimiento bancario se abstenga de abrir una cuenta corriente a una persona natural o jurídica que no cuenta con antecedentes de malos manejos de cuentas anteriores ni con antecedentes penales, y en tal evento qué argumentos puede aducir, así como qué procedimiento podría utilizar el cuentacorrentista afectado con la negativa y, consulta igualmente si tal actitud es discriminatoria.

(...)

[A la luz de los artículos 385, parágrafo 2º, y 389, parágrafo 1º, constitucionales] la prestación del servicio público debe hacerse con arreglo a la ley, al igual que los deberes y derechos de los usuarios deben cumplirse y ejercerse con sometimiento a lo que las leyes impongan. En otras palabras, los derechos que emanan del servicio público no son más de los que diga la ley, ni su materialización podrá ejercerse en forma diferente a la establecida legalmente.

Ahora bien, como la actividad bancaria se realiza a través de los denominados contratos bancarios, resulta imperativo auscultar las normas atinentes a la contratación con el fin de establecer el régimen aplicable a dichos contratos y su relación con la calidad del servicio público y, sobre todo, determinar el alcance de las características de continuidad y obligatoriedad que son de su esencia.

El artículo 20 del Código de Comercio expresa que son mercantiles para todos los efectos legales:

“7. Las operaciones bancarias, de bolsa, o de martillos”.

Por su parte el artículo 1 del mismo dispositivo determina que “los comerciantes y LOS ASUNTOS MERCANTILES SE RIGEN POR LA LEY COMERCIAL.”

La ley comercial (Código de Comercio) en su artículo 822 ordena que “Los principios que gobiernan a la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, interpretación modo de extinguirse, anularse, o resolverse serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”.

[Según el artículo 1602 del Código Civil, el contrato es ley para las partes].

Ha expresado reiteradamente por (sic) la Corte Suprema de Justicia que en el derecho positivo colombiano impera el principio según el cual las normas que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes –es decir impera la libertad contractual-, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden jurídico y las buenas costumbres.

(...)

[E]n vista de que para la formación de los contratos, modo de extinguirse, efectos, etc., ha de acudirse al Código Civil y en dicho código éstos son aspectos dejados a la libre iniciativa y voluntad de los contratantes, con las únicas limitaciones referidas al acatamiento de las prescripciones legales, el orden público y las buenas costumbres, y ante la ausencia, con escasas excepciones, de normas que gobiernen los asuntos atinentes a una presunta obligatoriedad para permitir el acceso a los servicios relacionados con la actividad bancaria, modo de extinguirse los contratos etc., ha de concluirse, en primer término, que la libertad contractual, en desarrollo de los artículos 1502 y 1602, se concreta desde un comienzo con la simple escogencia de la contraparte en la relación negocial. Obviamente debemos afirmar que no se está afirmando que esta libertad sea plena, ya que como quedó manifestado y ya lo ha expresado el Consejo de Estado, en materia bancaria no es aceptable de la libertad contractual a plenitud, pues la formación y efecto del negocio jurídico son aspectos reservados a la competencia normativa del ordenamiento legal. La conclusión a que se llega es que, en ausencia de norma expresa que rijan una determinada fase del negocio, las normas que imponen la libertad contractual se aplican en todo su esplendor.

(...)

El presente concepto tiene el alcance que a este tipo de pronunciamientos le imprime el inciso último del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.”

8. Mediante auto del 31 de mayo de 2005, la Sala Sexta de Revisión solicitó a Bansuperior le informara a la Corporación, con el mayor detalle posible, las razones por las cuáles negó la activación de la Tarjeta Carulla Bansuperior Master Card al actor y explicara a qué hacía relación la expresión “la actividad que usted desempeña se encuentra dentro de las excluidas en las políticas de crédito que para el efecto ha establecido la subgerencia de crédito”.

En respuesta al primer interrogante, indicó el Banco que “los establecimientos de crédito tienen libertad para contratar con personas naturales o jurídicas, tal como lo ha expresado la Superintendencia Bancaria, en su concepto radicado con el número 96016609-1 del 24 de mayo de 1996, en el cual concluyó que “Ante la ausencia de norma positiva que regule lo relacionado con el acceso a la contratación con la entidades financieras, concretamente en cuanto a la obligatoriedad de contratar con los particulares, la libertad contractual cobra pleno vigor y, en consecuencia, es factible que los establecimientos de crédito se puedan abstener válidamente de contratar con los particulares la prestación de los servicios propios de la actividad bancaria,…” (El concepto emitido por la Superintendencia Bancaria, se regula por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.)”

En contestación a la segunda pregunta indicó que esta expresión “hace referencia a la actividad económica del tutelante como pastor de un iglesia, actividad que se encuentra restringida por el Banco para el otorgamiento de sus productos, en efecto, el correspondiente estudio de crédito se evalúa con detalle la solicitud, teniendo en cuenta entre otros aspectos, que el potencial cliente es empleado de una iglesia, cuya actividad sin ánimo de lucro y sostenimiento basado en las donaciones efectuadas por sus feligreses no ofrece la solidez requerida.

Dado que el Banco como entidad financiera, tiene la obligación de realizar el cálculo del nivel del riesgo crediticio de sus potenciales clientes teniendo presente la protección del ahorro público, toda vez que los recursos a colocar provienen de esa fuente, si después de realizado el estudio de crédito éste no arroja la confiabilidad necesaria concluyendo que podría existir riesgo en el otorgamiento del producto solicitado, no le es viable dar su aprobación a la

operación puesto que es su obligación observar la mayor diligencia en el manejo de estos recursos en aras de la salvaguarda del interés general.”

Por último, indicó el Banco que si bien la negativa se debe a la labor de pastor realizada por el accionante esto no constituye una discriminación por motivos del credo. El análisis, afirma el Banco, está basado en criterios objetivos de carácter puramente económico. En este caso, una entidad religiosa no puede ofrecer la solidez financiera esperada.

Mediante Auto del 24 de junio del presente año, el Magistrado Sustanciador requirió a Bansuperior para que informara “con el mayor detalle posible” las razones por las cuáles se negó la activación de la tarjeta Carulla Bansuperior Master Card al señor Pedro Enrique García Romero y los fundamentos normativos de su negativa, en virtud de que para el Magistrado “la respuesta allegada no obede[cía] a lo preguntado, puesto que en el auto (...) se pidió información “con el mayor detalle posible” [de las razones de la negativa del servicio al actor] y no se preguntó por qué en términos generales una entidad bancaria puede negar la celebración de un contrato de cuenta corriente con un usuario”

La entidad accionada, en escrito del 28 de junio de 2005, señaló que “reiteramos que en virtud a que el Banco tiene libertad para contratar con personas naturales o jurídicas, tal como lo ha expresado la Superintendencia Bancaria, el Banco tomó la decisión de no prestar sus servicios al señor Pedro Enrique Romero debido a la actividad económica del tutelante como pastor de una iglesia, se encuentra restringida por el Banco para el otorgamiento de sus productos, teniendo en cuenta entre otros aspectos, que el potencial cliente es empleado de una iglesia, cuya actividad sin ánimo de lucro y sostenimiento basado en las donaciones efectuadas por sus feligreses no ofrece la solidez requerida por el Banco.

Por lo anterior, insistimos que el análisis de crédito realizado por el Banco, está basado en parámetros objetivos de carácter exclusivamente económico: las entidades financieras mal podrían colocar recursos del público si el estudio de crédito que debe preceder un desembolso no ofrece la seguridad esperada.”

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A. Competencia.

Esta Corte es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y el decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

A. Fundamentos

1. Procedencia de la acción de tutela contra entidades bancarias

La Corte ha considerado que, por el carácter de servicio público que tiene la actividad bancaria, es procedente formalmente la tutela contra las entidades que la desarrollen.

Las entidades bancarias prestan un servicio público en virtud de “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.”¹

Al prestar un servicio público, el banco cuenta con atribuciones frente al usuario que implican un quebrantamiento del plano de igualdad que caracteriza las relaciones entre particulares y, en esa medida, justifican la exigibilidad del respeto de los derechos fundamentales de los usuarios ante los bancos, a la luz del caso concreto².

No obstante, es de precisar que la tutela contra entidades bancarias puede ser improcedente si en el caso concreto no existe subordinación del accionante frente al banco. En efecto ha dicho la Corte que: “si bien la actividad bancaria es un servicio público, no todas las labores del giro ordinario de sus negocios implican una subordinación del sujeto que se relaciona con la entidad y una eventual vulneración de derechos fundamentales. Por tanto, se hace necesario afirmar que en el caso de las actividades bancarias, la procedencia de la tutela se justifica en la medida en que (i) la entidad presta un servicio público, (ii) en el servicio prestado se presenta una disparidad de la posición contractual de las partes, o el banco tiene una posición dominante negocial, y (iii) se afecta con la actividad un derecho fundamental.”³

La Sala observa que al ser el servicio del caso concreto un contrato de cuenta corriente, siendo este, por regla general, un contrato de adhesión, la subordinación del solicitante del servicio al banco y sus decisiones es clara, en la medida en que la voluntad del primero no tiene poder de determinación de los términos relacionales.

Tomando en consideración la procedencia formal de la tutela contra entidades bancarias y la existencia de subordinación entre el accionante y el accionado en el caso concreto, entra la Corte a analizar si se presenta la vulneración de los derechos fundamentales del actor, por parte de Bansuperior, no sin antes precisar que la Sala no evidencia la existencia de otro mecanismo de protección de los derechos fundamentales del actor, razón que hace procedente la tutela.

2. Problema jurídico

En la presente ocasión, corresponde a la Sala Sexta determinar si los derechos a la personalidad jurídica e igualdad en el acceso al sistema bancario son vulnerados por la entidad accionada al negarse a activar una tarjeta de crédito, en virtud de que la actividad de pastor de una iglesia está restringida por las políticas del Banco para el otorgamiento de crédito, debido a la falta de solidez financiera que ofrecen las iglesias como entidades sin ánimo de lucro que viven de donaciones de feligreses. O si, por el contrario, tal negativa, en el caso concreto, es un ejercicio legítimo de la libertad contractual en cabeza del Banco.

Para solucionar este problema jurídico, la Sala estudiará los límites a libertad contractual de las entidades bancarias, fijados jurisprudencialmente por esta Corporación a la luz de los derechos fundamentales a la personalidad jurídica e igualdad en el acceso al sistema bancario.

3. Necesidad de presentación de causales objetivas para la negativa de prestación de servicios por parte de las entidades bancarias.

3.1. Si bien la libertad contractual, como en las relaciones propias del derecho privado, es aplicable en las actividades bancarias, en este ámbito esta libertad se ve limitada en virtud de la naturaleza de servicio público de la actividad. Así las cosas, la determinación de no contratar no puede derivarse de razones no objetivas o caprichosas o del mero querer inmotivado de la entidad bancaria.

Determinante para la comprensión del ámbito de libertad contractual de las entidades bancarias es la Sentencia SU-157/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la cual se estudió la validez de la terminación unilateral del contrato de cuenta corriente en virtud de que los accionantes aparecían en la denominada lista Clinton. En esa ocasión, la Corte no encontró vulnerados los derechos a la personalidad jurídica, igualdad en el acceso al sistema bancario y, por conexidad, libertad económica, puesto que halló objetivo el criterio en virtud del cual se había determinado la terminación de la relación contractual⁴. Sin embargo, la Corporación precisó varios aspectos relevantes para el caso de la referencia.

Así, la Corte partió por afirmar que “no todas las personas pueden prestar el servicio público bancario, pues en razón del alto riesgo social que implica esa actividad, la necesidad de la prestación en condiciones de seriedad, liquidez y eficiencia, capaz de generar la confianza pública nacional e internacional, justifican la previa licencia gubernamental.”

No obstante, acto seguido señaló que “si bien [la actividad bancaria] debe asegurar la solvencia de quien participa en el sistema, la no aceptación de los clientes sólo debe responder a factores objetivos y razonables que impliquen un riesgo económico para la entidad financiera, como quiera que se impone la universalidad del ahorro.”⁵

A esto agregó que, en virtud del mandato del artículo 335 constitucional, por el cual se debe promover la democratización del crédito -aunado a la previsión en la Constitución del control, vigilancia e inspección estatal de esta actividad- “es contrario a la Carta que condiciones subjetivas de los individuos sean las únicas causas para negar el acceso al crédito”, afirmación concordante con el llamado al gobierno para dictar normas que limitaran que en el otorgamiento de crédito “(...) se empleen prácticas discriminatorias relacionadas con sexo, religión, filiación política y raza u otras situaciones distintas a las vinculadas directamente con el riesgo de la operación y la capacidad de pago del solicitante”⁶ incluido en el inciso 2º del artículo 5º de la Ley 35 de 1993.

De lo señalado, la Corte pudo concluir “que la autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita

por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátiles y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado.” Es decir, se presentaba una colisión de principios que debían ser armonizados.

3.2. Como todas las personas tienen derecho fundamental al reconocimiento de una personalidad jurídica y éste implica la posibilidad de incorporarse en la configuración del tráfico jurídico y económico de la sociedad (artículo 14 en concordancia con el 2º constitucional) y como este derecho no puede suspenderse, a la luz de lo dispuesto en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Corte afirmó que “todas las personas tienen vocación para ejercer su capacidad jurídica en cualquier actividad lícita, lo que incluye la actividad bancaria” No obstante, esta aptitud está “limitada por el cumplimiento de condiciones objetivas para acceder a ella, dentro de las cuales está una mediana capacidad económica para garantizar el ahorro o el depósito de sus recursos, credibilidad y seriedad del cliente, aspectos que garantizan la solvencia y solidez del sistema económico.”

3.3. Otros derechos que la Corte encontró que podían ser ejercidos en virtud de la aceptación del individuo dentro de la relación contractual bancaria fueron “[el] derecho a participar en la economía de mercado en igualdad de condiciones y el derecho a la iniciativa privada, los cuales también gozan de garantía superior (C.P. art. 13, 333 y 334). De igual manera, es indudable que el crédito y el depósito especializado del dinero constituyen instrumentos indispensables para ejercer el derecho fundamental a asociarse para constituir empresas y para concretar las libertades económicas, propias de una economía de mercado.” Tomando esto en consideración, afirmó la Corporación que “es viable predicar la ius fundamentalidad de [las libertades económicas] cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental. Por lo tanto, es claro que en el presente asunto el derecho a la iniciativa privada de los accionantes se encuentra directa e inescindiblemente ligado con dos derechos

fundamentales: el reconocimiento a la personalidad jurídica y el de la igualdad.”. Precisó, no obstante, que esto debía ser ponderado con el ejercicio legítimo de la libertad contractual de los bancos.

3.4. Para saber cuándo el ejercicio de la libertad contractual de los bancos constituía un bloqueo financiero y, por tanto, vulneraba los derechos fundamentales del individuo a la personalidad jurídica o a la igualdad en relación con el acceso al servicio bancario y, en conexidad con los anteriores, la libertad económica, la Sala Plena fijó las siguientes pautas, que se pueden presentar de manera alternativa:

“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).”⁷

3.5. De otra parte, pero en sentido semejante, en la Sentencia T-468/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil, analizando un caso relacionado con la cancelación de cuentas bancarias a las

personas mencionadas en la lista Clinton, se dijo con respecto a la facultad de terminación unilateral de los contratos por parte del Banco, “más allá del aparente sentido gramatical y exegético del artículo 1389 del Código de Comercio, según el cual se le otorga a las partes el derecho de terminar unilateralmente una relación de origen contractual; surge que, dicha facultad – como derecho subjetivo – no puede considerarse absoluta, ya que se encuentra limitada por la necesidad de salvaguardar el orden jurídico, la prevalencia del interés público, las exigencias éticas derivadas de la buena fe, los derechos de los terceros y la prohibición de no abusar de los derechos propios.” esto acorde con los artículos 1º, 58 y 95 constitucionales y la aplicación del principio hermenéutico de interpretación conforme a la Constitución.

En la misma sentencia⁸ se señaló que si bien en principio existe libertad de escoger el sujeto con el cual se negocia “no por ello pueden negar el acceso a sus servicios con fundamento en móviles contrarios al ordenamiento constitucional y, especialmente, a los derechos y garantías fundamentales.”

Dejando de lado la tajante diferencia en derechos legales y derechos constitucionales o disposiciones legales y constitucionales, dijo la Sentencia T-468/03 que “a partir de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico⁹, la Corte ha sostenido que toda la legislación, incluyendo la que surge de los contratos (artículo 1602 del Código Civil), se encuentra sometida a la Constitución Política y, especialmente, a los valores, principios y derechos fundamentales que en ella se consagran.”

Posteriormente, al abordar el aspecto de las causales objetivas, la Sentencia T-468/03 trajo a colación “la Ley 35 de 1993¹⁰, [que] señala las siguientes, a saber: (i) la capacidad de pago del solicitante y (ii) el riesgo de la operación.” Continuando con la objetividad de las causales, la Sentencia señaló que “la citada Ley 35 de 1993, faculta a las instituciones bancarias para negar la prestación de sus servicios financieros, siempre que exista un riesgo latente en la operación o sea manifiesta la debilidad económica del solicitante para asegurar el cumplimiento de las operaciones activas de crédito, aspectos incuestionablemente destinados a garantizar la solvencia y solidez del sistema financiero (artículo 335 C.P).” (subrayas ajenas al texto)

3.6. Así como la Corte ha encontrado como criterio objetivo para la negativa de crédito

bancario la mención de una persona, natural o jurídica, en la denominada lista Clinton, no ha considerado que se pueda tener como causal objetiva para la negativa de un crédito exclusivamente la historia crediticia negativa según los reportes de las centrales de datos. En efecto, para que el criterio de negativa se considere objetivo se ha estimado que debe hacerse un estudio comprensivo de más factores de la capacidad de pago del solicitante de crédito medida a través de su historia crediticia. En este sentido, en la Sentencia T-592/03, M.P. Álvaro Tafur Galvis, en la cual se analizaba, entre otros aspectos, la negativa a un crédito de vivienda por la exclusiva razón del reporte negativo en datacrédito por deudas en las cuales, a pesar de haber existido mora, se obtuvo posteriormente el paz y saldo, la Corte consideró que los bancos que habían actuado en ese sentido deberían realizar un nuevo estudio de la solicitud de crédito en el cuál no se tuviera en cuenta exclusivamente el factor mencionado. Dijo la citada sentencia:

“Ahora bien, la jurisprudencia constitucional ha insistido, en que los datos personales que registran las centrales de riesgo no comportan sanciones de ningún tipo para sus titulares, y que por consiguiente tales reportes, con independencia de su sentido, no dan lugar a la exclusión de sus titulares de la actividad económica.

También se ha dicho que los procesos económicos se deben desarrollar dentro de un marco mínimo de justicia material, dentro de los cuales quienes ostentan una posición privilegiada se erigen como verdaderas autoridades, y en consecuencia están en el deber de “garantizar el libre y adecuado ejercicio de los derechos fundamentales de sus clientes y, entre ellos, el del debido proceso”.¹¹

De esta manera, el Fondo Nacional del Ahorro, de conformidad con lo previsto en el artículo 4°, 15 y 29 constitucionales, sin perjuicio del requisito 3.1.8. del Acuerdo 990 de 2001 de su Junta Directiva¹², deberá evaluar el riesgo real que comportan las solicitudes de crédito de sus afiliados, así el comportamiento de éstos se encontrare reportado en el proceso informático, dado que los datos que procesan y divulgan las centrales de riesgo constituyen tan sólo uno de los elementos que permiten a las entidades financieras adoptar sanas y objetivas políticas de crédito.” Añadió la Corte que los derechos fundamentales de los actores de la tutela estaban siendo desconocidos, entre otros motivos “A causa de que los antecedentes y las pruebas aportadas indican que la inclusión en las centrales de riesgo está siendo utilizada i) para presionar el la solución de cargos no aceptados y de obligaciones en

disputa, ii) como criterio único para estimar el riesgo crediticio, y iii) para excluir del tráfico económico y del derecho a acceder a financiaciones de vivienda a quienes figuran reportados con una determinada calificación, sin respetar sus derechos de audiencia y contradicción, ni ponderar los valores constitucionales en conflicto.” (subrayas ajenas al texto) Por último, la Corte precisó “b) Que los datos económicos de ficheros personales no suplen la valoración del riesgo que las entidades financieras están obligadas a realizar¹³, en cada caso, ya que:

1. En ningún caso la presencia de un dato adverso o de una calificación negativa en un proceso informático pueda dar lugar, por sí sola, a excluir al aludido de un servicio financiero, ni de una operación de crédito.

2. En todos los casos la negativa a prestar un servicio público deberá justificarse debidamente, en especial cuando el requerimiento se relaciona con el acceso de los asociados a la vivienda digna.”

3.7. De otro lado, en la Circular Externa 05 de diciembre de 2004, la Superintendencia Bancaria, con ánimo de establecer las reglas relativas a la gestión del riesgo crediticio, señaló algunos factores que se deben tener en cuenta para el otorgamiento de un crédito.

En el numeral 1.3.2.3.1 relativo a la Etapa de otorgamiento, se indicó alguna información que se debe tener en cuenta para evaluar la capacidad de pago del deudor:

“c. Capacidad de pago del deudor

La evaluación de la capacidad de pago esperada de un deudor o proyecto a financiar es fundamental para determinar la probabilidad de incumplimiento del respectivo crédito. Para estos efectos, debe entenderse que el mismo análisis debe hacerse a los codeudores, avalistas, deudores solidarios y, en general, a cualquier persona natural o jurídica que resulte o pueda resultar directa o indirectamente obligada al pago de los créditos. Para evaluar esta capacidad de pago la entidad prestamista debe analizar al menos la siguiente información:

- Los flujos de ingresos y egresos, así como el flujo de caja del deudor y/o del proyecto financiado o a financiar.

- La solvencia del deudor, a través de variables como el nivel de endeudamiento y la calidad y composición de los activos, pasivos, patrimonio y contingencias del deudor y/o del proyecto.

- Información sobre el cumplimiento actual y pasado de las obligaciones del deudor. La atención oportuna de todas las cuotas o instalamentos, entendiéndose como tales cualquier pago derivado de una operación activa de crédito, que deba efectuar el deudor en una fecha determinada, independientemente de los conceptos que comprenda (capital, intereses, o cualquier otro). Adicionalmente, la historia financiera y crediticia, proveniente de centrales de riesgo, calificadoras de riesgo, del deudor o de cualquier otra fuente que resulte relevante.

- El número de veces que el crédito ha sido reestructurado y las características de la(s) respectiva(s) reestructuración(es). Se entenderá que entre más operaciones reestructuradas tenga un mismo deudor, mayor será el riesgo de no pago de la obligación.

- En la evaluación de la capacidad de pago de entidades públicas territoriales, las entidades vigiladas deberán verificar el cumplimiento de las condiciones establecidas en las leyes 358 de 1997, 550 de 1999 y 617 de 2000, y de las demás normas que las reglamenten o modifiquen.

- Los posibles efectos de los riesgos financieros a los que está expuesto el flujo de caja del deudor y/o del proyecto a financiar, considerando distintos escenarios en función de variables económicas (tasas de interés, tasas de cambio, crecimiento de los mercados, etc.) que puedan afectar el negocio o la capacidad de pago del deudor, según el caso. Igualmente, se debe examinar la calidad de los flujos de caja teniendo en cuenta la volatilidad de los mismos. Dentro de estos riesgos se deben analizar, según resulten relevantes:

* Para aquellos créditos con tasa de interés variable o indexados a la UVR u otro índice, proyecciones y escenarios posibles de evolución de las cuotas según el comportamiento esperado de las tasas de interés, de la tasa de cambio, la inflación y otras variables que

puedan afectar directamente el servicio de la deuda.

* Para créditos denominados en monedas extranjeras, el riesgo de mercado derivado de la volatilidad de las tasas de cambio respectivas y su posible impacto sobre la capacidad de pago del deudor. En el caso de operaciones de crédito con el exterior, análisis propios y del mercado sobre el riesgo del país en el cual está domiciliado el deudor, con el objeto de identificar los riesgos de transferencia y convertibilidad de las divisas requeridas para atender el crédito.

* Los riesgos de contagio, legales, operacionales y estratégicos a los que puede estar expuesta la capacidad de pago del deudor o el proyecto a financiar. En este contexto es necesario evaluar, entre otros, la información relacionada con el conglomerado económico al que pertenece el deudor.

En el caso de microcréditos, la información requerida en el presente literal podrá ser obtenida y documentada en el lugar donde se desarrolla la actividad a financiar.”

Obsérvese cómo para la determinación de la capacidad de pago se deben tener en cuenta varios factores para tener una perspectiva completa del sujeto solicitante del crédito. De otra parte, es preciso resaltar, para el caso concreto, que ninguno de los factores de determinación de la capacidad de pago está constituido por presunción de estabilidad económica fundada, en términos generales, en la profesión que se ejerce¹⁴, ni, en términos particulares, en la vinculación laboral a una congregación religiosa.

3.8. En conclusión, según la jurisprudencia de la Corte, las entidades bancarias sólo pueden ejercer en sentido negativo su libertad de contratación a la luz de factores objetivos que determinen la incapacidad de pago del solicitante del crédito o el alto peligro que puede correr el sistema financiero de otorgarse el crédito a determinado sujeto.

Contrario sensu, se puede señalar que si la libertad de contratación de las entidades bancarias en el otorgamiento de créditos es ejercida tomando en cuenta factores objetivos, de acuerdo con los parámetros jurisprudencialmente desarrollados, estará actuando

legítimamente -legitimidad determinada en un plano no sólo legal sino constitucional, puesto que se debe ver el ordenamiento jurídico como un todo-. Así las cosas, la tutela se tornará improcedente, puesto que, según lo dispuesto en el artículo 45 del Decreto 2591 de 1991 “No se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular.”

4. Del caso concreto

En la presente ocasión, la Corte concederá la tutela a los derechos fundamentales del señor Pedro Enrique García Romero a la personalidad jurídica y la igualdad, en virtud de que la negativa de Bansuperior para la apertura de la cuenta corriente (i) no obedeció a razones jurisprudencialmente consideradas como objetivas o razonables, y (ii) el concepto de la Superintendencia Bancaria citado por el banco es una respuesta a un derecho de petición presentado por un tercero ajeno al presente proceso.

(i) Además del ejercicio de la libertad de contratación, fundamentado en un concepto de la Superintendencia Bancaria -cuya falta de pertinencia y validez serán analizadas posteriormente-, el banco señala que la cuenta corriente no fue abierta en virtud de la actividad que desempeña el actor y el presunto riesgo de ésta por estar vinculado a una iglesia, entidad sin ánimo de lucro que vive de los aportes de los feligreses.

En la Sentencia SU-157/97 se señalaron las situaciones en que se podría presentar un bloqueo bancario y, dentro de éstas se mencionó el hecho de que el servicio de cuenta corriente fuera negado por una causal no objetiva. La causal de bloqueo se describió en los siguientes términos: “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).”(subrayas ajenas al texto). Igualmente se señalaron como causales objetivas “(...) una mediana capacidad económica para garantizar el ahorro o el depósito de sus recursos, credibilidad y seriedad del cliente, aspectos que garantizan la

solvencia y solidez del sistema económico.”

La Sala observa, primero, que si las causales deben ser objetivas, la libertad de contratación, que precisamente alude al ámbito o fuero interno de la persona natural o jurídica -a su querer subjetivo-, no puede tenerse como razón objetiva.

Segundo, no es objetivo ni razonable señalar que una persona como el actor que, según las pruebas, tiene un contrato de trabajo a termino indefinido con la Iglesia Cristiana Gente Nueva desde 2002, y que recibe un salario mensual de \$ 2´479.750 no pueda acceder al servicio de cuenta corriente con la presunción de incapacidad de pago por la labor que desempeña. Obsérvese que al momento de solicitar el servicio el actor llevaba vinculado a su labor casi tres años y su asignación mensual es, en el contexto salarial colombiano, aceptable. De otra parte, el hecho de que una entidad sea sin ánimo de lucro no implica lógicamente, como lo sugiere el Banco, que no tenga estabilidad económica. A esto se añade que en ningún momento el Banco llega siquiera a estudiar si la Iglesia empleadora del actor efectivamente tiene o no estabilidad económica.

Es de precisar que si ni siquiera el reporte negativo en las centrales de riesgo puede tenerse como única causal para negar el servicio público prestado por los banco, según lo indicó la Sentencia T-592/03 arriba analizada, a pesar de ser esto una realidad de mora en el pago de deudas efectivamente comprobable, mucho menos se puede tener como razón única para la negativa la presunción de que la labor que desempeña un pastor de una iglesia cristiana implica riesgo crediticio. Como dijo esta corporación “[e]n todos los casos la negativa a prestar un servicio público [bancario] deberá justificarse debidamente”¹⁵

(ii) El concepto de la Superintendencia Bancaria citado por Bansuperior es no vinculante, pues corresponde a la respuesta presentada por la señora Alba Helena Castaño Uribe, sujeto ajeno al proceso, y, por tanto, no es aplicable al caso objeto de tutela.

Como el mismo concepto lo señala al traer a colación al final de su texto el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo que indica que “las respuestas [a los derechos de petición] no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”, este escrito no puede ser esgrimida como argumento de autoridad por el Banco.

Al no ser válido para el caso concreto el argumento traído a colación por Bansuperior para la negativa de celebración del contrato de cuenta corriente, queda como única razón para haber negado la celebración de contrato de cuenta corriente la presunción de que por la actividad que desempeña, a saber, la de pastor de una iglesia, el señor Pedro Enrique García Romero constituye un riesgo crediticio para el Banco, motivación que, como se vio, no se puede tener como criterio objetivo para la negativa.

En consecuencia, se revocará el fallo de instancia y, en su lugar, se concederá la tutela. Por tanto, se ordenará la realización de un nuevo estudio de riesgo crediticio del señor Pedro Enrique García Romero en el cual no se puede tener como razón para la negativa la presunción de incapacidad de pago en virtud de la labor que desempeña.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO : LEVANTAR la suspensión de términos para fallar el presente asunto, decretada por la Sala en auto del 24 de junio de 2005.

SEGUNDO : REVOCAR la Sentencia proferida por el Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá, el 14 de febrero de 2005 y, en su lugar, CONCEDER la tutela a los derechos fundamentales a la personalidad jurídica e igualdad del señor Pedro Enrique García Romero.

TERCERO : ORDENAR al Banco Superior que, en el término de diez días (10) contados a partir de la notificación de la presente Sentencia realice un nuevo estudio de riesgo crediticio al señor Pedro Enrique García Romero para determinar si se realiza la apertura de cuenta corriente para el uso de la tarjeta Bansuperior Carulla Master Card; estudio en el cual no se podrá tener como razón para la negativa la presunción de incapacidad de pago en virtud de la labor que desempeña y, en cambio, se deberá tomar en cuenta consideraciones objetivas y razonables que atiendan su capacidad económica.

CUARTO: Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el juzgado de origen hará las notificaciones y tomará las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CON ACLARACIÓN DE VOTO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO ALVARO TAFUR GALVIS A LA SENTENCIA T-763 DE 2005

ENTIDADES FINANCIERAS, BURSATILES Y ASEGURADORAS-Ejercen funciones de interés publico (Aclaración de voto)

ACTIVIDAD DE SERVICIO PUBLICO-Diferencias con la función pública (Aclaración de voto)

FUNCION PUBLICA POR PARTICULARES-Diferencias en el control que ejercen las autoridades respecto de los particulares que prestan servicio público (Aclaración de voto)

Referencia: expediente T-1079385

Acción de tutela instaurada por el señor Pedro Enrique García Romero contra el Banco Superior.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Si bien compartí la decisión adoptada y por eso la suscribí, estimo pertinente señalar algunas precisiones respecto de la parte motiva de la sentencia, tal como lo manifesté en la Sala correspondiente.

En efecto, tal como lo he expresado en ocasiones anteriores, por ejemplo, en relación con la sentencia T-1179 de 2000:

“Atendido el modelo económico constitucional, la calificación de una actividad como de servicio público no queda a la libre conformación por parte del legislador es necesario que en ausencia de calificación constitucional expresa (

por ej. educación, seguridad social, salud pública y saneamiento) confluyan características especiales en la actividad de que se trate para que sea acreedora al régimen especial que a partir del artículo 365 de la Constitución Política compete establecer al legislador. En ese orden de ideas, es evidente que las características, naturaleza y régimen especial de las actividades financiera, bursátil, aseguradora se proyecta desde la Constitución y no puede ser ignorado por el legislador.

Efectivamente, si bien es cierto que el régimen jurídico de los servicios públicos depende del legislador (Artículo 365 en concordancia con el artículo 150,23) no es menos cierto que la Constitución de 1991 parece haber diseñado un régimen especial para actividades como la financiera tipificando además, especialmente las instituciones cuyo objeto sea precisamente el adelantamiento de las mismas.

En ese orden de ideas, debe anotarse que el Constituyente en varios textos se refiere y regula de manera específica las actividades financiera, bursátil y aseguradora, de manera tal que no sea dable al legislador a mi juicio en cumplimiento de la función de calificar una actividad como de servicio público asignarle tal condición a las financiera, bursátil y aseguradora.

Precisamente, el artículo 335 define las actividades financiera, bursátil y 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.

En concordancia con esta disposición, la Constitución da un tratamiento especial - precisamente en el citado numeral 19 del Artículo 150 - a la regulación que puede expedir el legislador y también el Artículo 189 establece como función específica del Presidente de la República, la de ejercer de acuerdo con la ley la inspección vigilancia y control sobre las personas que realicen actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

Por su parte, como es sabido y ya se ha expresado, la Constitución a partir de la disposición del Artículo 365 prevé la formulación de un régimen legal especial de los servicios públicos dentro del cual se contemplan funciones específicas de inspección y vigilancia y un régimen especial, teniendo en cuenta las características de esas actividades.

Así las cosas, en el marco de la Constitución vigente, bien puede afirmarse, que no toda actividad de interés público es servicio público y no ha de estar sujeta necesariamente a las reglas del servicio público. En consecuencia la proyección de la noción y consecuencial trato como actividades de servicio público a las actividades financieras, bursátiles y aseguradoras quizá no se corresponde en la actualidad con los enunciados constitucionales.

Lo anterior, por supuesto no empece que el legislador establezca tratamientos especiales para ellas, en consideración a su catalogación constitucional como de interés público, pero sin que se confundan con el tratamiento propio de las actividades calificadas como servicios públicos que, se reitera, responden a una axiología diferente.”

Así mismo y por ser pertinente para el caso conviene recordar que en su jurisprudencia esta Corporación en varias ocasiones se ha ocupado de los conceptos de “función pública” y de “servicio público” y ha hecho énfasis en las características de uno y otro y en la imposibilidad constitucional de hacer equivalente per se el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público público.

En ese orden de ideas ha señalado lo siguiente:

“El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares¹⁶. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado¹⁷.

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina¹⁸ y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público¹⁹.

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en si mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas-, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica per se dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 superior, cuando el Estado se reserva para si la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública.” (Sentencia N° C-037 de 2003. M.P.

Alvaro Tafur Galvis).

De manera particular en relación con los controles que cabe ejercer a las autoridades respecto de los particulares que excepcionalmente cumplen funciones públicas frente a aquellos que simplemente prestan un servicio público, ha enfatizada también esta Corte:

“Como ya se señaló el particular que ejerce funciones públicas se encuentra sometido exactamente a los mismos controles que los servidores públicos²⁰.

En el caso de un particular que presta un servicio público la Corte ha precisado que éste se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado²¹. Ello no implica, sin embargo, que ese particular por el simple hecho de la prestación del servicio público se encuentre sometido al régimen disciplinario.

Así, la simple prestación por un particular del servicio público educativo, respecto del que la Constitución, al tiempo que reconoce la libre iniciativa de los particulares (art. 68 C.P.) y en materia universitaria un régimen de autonomía²² (art. 69), señala precisos marcos para su ejercicio y un régimen de inspección y vigilancia específico (arts. 67, 189-21 C.P.), no se encuentra sometida al control de las autoridades disciplinarias.

El particular que presta dicho servicio si bien se encuentra sometido a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines que en este campo ha señalado el Constituyente (arts. 67 a 71 C.P.), no cumple una función pública objeto de control disciplinario.” (Sentencia C-037 de 2003. M.P. Alvaro Tafur Galvis).

Fecha ut supra

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

1 Ver sentencias SU-157/99 y SU-167/99. Sentencias que resolvieron tutelas interpuestas contra entidades bancarias. Igualmente, ver Sentencia T-520/03, la cual, con mayor detalle

argumentó el porqué la actividad bancaria se entendía como un servicio público.

3 Ver Sentencia T-587/03, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual se conoció de una tutela interpuesta por una cadena hotelera contra una entidad bancaria en el contexto del cumplimiento de un contrato de fiducia en garantía en el cual el banco era un acreedor garantizado. En esta ocasión, la tutela contra particulares fue encontrada improcedente.

4 “La Corte resalta que, en efecto, la mayoría de las entidades financieras Colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca Norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país se dirigen a proteger a las instituciones financieras colombianas de riesgos inminentes propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos “reflejo” de la lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores. Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país, como quiera que la lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país.

Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la lista Clinton constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca.” Siguiendo los parámetros de la Sentencia SU-157/99, ver SU-166/99 y SU-167/99 ambas con ponencia de Alejandro Martínez Caballero.

5 Subrayas ajenas al texto.

6 Subrayas ajenas al texto.

7 Subrayas ajenas al texto.

8 Retomando un criterio planteado en el fallo T-1165/01, M.P. Alfredo Beltrán Sierra –en la cual se había analizado la vulneración al derecho a la igualdad que implicaba la actitud de una aseguradora de no querer celebrar un contrato con un portador de VIH, precisamente por esa circunstancia- afirmó la Sentencia “no es jurídicamente admisible que se niegue la suscripción de la póliza de vida, a una persona asintomática de virus de inmunodeficiencia

humana, bajo el argumento que dicha persona va a morir mas rápido que otra que no tenga esa condición, porque ello resulta discriminatorio y en consecuencia violatorio de la Constitución Política (artículo 13).(…)

De aceptar esta Sala, que la aseguradora acusada puede dejar de suscribir un seguro de vida, bajo el argumento de que la persona que lo solicita padece del virus de inmunodeficiencia humana, sería como aceptar toda forma de discriminación, desconociendo los preceptos constitucionales y las normas contenidas en el derecho internacional, como quiera que si se admite este tipo de exclusiones, muy seguramente, en el futuro tendría que admitirse que quien es portador de vih, va a ser excluido de todo tipo de negocio, inclusive se puede llegar a decir que quien es portador del virus no puede trabajar, asistir a un centro educativo, tener un contrato de salud, o emplear un medio de transporte, pues estas actividades se derivan al igual que la actividad aseguradora de un negocio jurídico en donde las partes contratantes tienen que expresar su consentimiento, consentimiento que no puede tener como fundamento la discriminación.”

9 KELSEN. Hans. Teoría Pura del Derecho. Ed. Porrúa. México. Pág. 232 y subsiguientes.

10 De conformidad con el artículo 150 numeral 19 del Texto Superior, se trata de una ley marco. Así, lo dispone su encabezado: “Por la cual se dictan las normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora”.

11 Sentencia T-083 de 2003 M. P. Jaime Cordoba Triviño, varias veces citada.

12 Fondo Nacional del Ahorro, Acuerdo 990 de 2001 “3.1. REQUISITOS PARA PRESENTAR SOLICITUD DE CRÉDITO PARA VIVIENDA. Para presentar solicitudes de crédito se debe reunir los siguientes requisitos: 3.1.1. Ser afiliado al Fondo Nacional del Ahorro. 3.1.2. Tener una vinculación mínima de tres (3) años al F.N.A. 3.1.3. Tener reportadas en el FONDO NACIONAL DE AHORRO cesantías correspondientes por lo menos a tres (3) años por una o varias entidades que aporten y reporten cesantías del afiliado al Fondo Nacional del Ahorro y un puntaje mínimo que determine la Junta Directiva.3.1.4. No tener crédito para vivienda

vigente con el Fondo Nacional de Ahorro.El FONDO NACIONAL DE AHORRO puede recibir solicitudes para una segunda opción de crédito por una sola vez y únicamente para quien tenga la calidad de afiliado activo aportante o pensionado y hayan transcurrido cinco (5) años desde la fecha de cancelación del primer crédito, y cumpla los demás requisitos establecidos en este Acuerdo.3.1.5. No tener sobre sus cesantías o asignación básica, embargos o pignoraciones. En lo referente a la asignación básica será el Jefe de Personal o quien haga sus veces, el encargado de certificar sobre este hecho.3.1.6. Presentar formulario original o fotocopia, con datos y firmas originales.3.1.7. Acreditar su capacidad de pago, la cual deberá ser mínimo del 30 % de la asignación básica certificada por el jefe de personal de la entidad donde labora, o el certificado de la pensión según el caso.3.1.8. No encontrarse el solicitante reportado ante la Central de Riesgo consultada. En el caso de los Afiliados Activos no aportantes deberá acreditar su capacidad de pago con una certificación de ingresos expedida por un Contador Público soportada en extractos de Entidades Financieras. PARÁGRAFO PRIMERO: Los requisitos acreditados al momento de presentar la solicitud de crédito deben permanecer hasta la fecha de aprobación y perfeccionamiento del crédito. PARÁGRAFO SEGUNDO: Ningún afiliado puede tener en trámite dos solicitudes de crédito hipotecario para modalidades distintas; la última solicitud presentada excluye la primera”.

13 Sobre el criterio puramente aditivo de la información que figura en los ficheros informáticos, respecto de la gestión del riesgo del crédito, que compete a las entidades vigiladas, se puede consultar la Circular Externa 011 de 2002, expedida por la Superintendencia Bancaria, que modifica el Capítulo II de la Circular Externa N. 100 de 1995, que dice: “1.4.1.3 Información sobre el cumplimiento actual y pasado de las obligaciones del deudor. La atención oportuna de todas las cuotas o instalamentos, entendiéndose como tales cualquier pago derivado de una operación activa de crédito, que deba efectuar el deudor en una fecha determinada, independientemente de los conceptos que comprenda (capital, intereses, capital e intereses o cualquier otro concepto). Adicionalmente, su historia financiera y crediticia, proveniente de centrales de riesgo, calificadoras de riesgo, del mismo deudor o cualquier otra fuente que resulte relevante” -se destaca-..

14 Es preciso indicar que la expresión “conglomerado económico” no hace referencia al gremio o ámbito laboral en el cual se desempeña el solicitante del crédito, sino la concentración de empresas de diversas actividades que se realiza con la adquisición de otras compañías, seguidas por una fusión. El objetivo de esta figura es lograr una mayor

rentabilidad del capital y disminuir el riesgo. Ver <http://www.supervalores.gov.co/glosario/glosario-c.htm#CONGLOMERADO>

15 Cfr. Sentencia T-592/03

16 Ver Juan Alfonso Santamaría Pastor Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramon Areces, Madrid, 2000, Pág 301 y ss.

17 Sobre las potestades que reflejan el imperium estatal ver Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo, quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994 , Págs. 17 y ss

18 Ver en particular Gaspar Ariño Ortiz, Principios de Derecho Público Económico, Fundación de Estudios de Regulación, Editorial Comares, segunda edición, Granada, 2001, Págs. 487-614; Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios de Derecho Administrativo, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramon Areces, Madrid, 2000, Págs. 299-340; Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo, quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994 , Págs. 416-444.

19 Sobre la noción de servicio público y su evolución reciente en el derecho francés en el que tuvo origen ver Pierre Espulgas, Le service public, 2e édition, Dalloz, Paris, 2002. Ver igualmente Jacques Chevallier, Le service public, Que sais-je, PUF, 3e édition, Paris 1994 y Jean Paul Valette « Le service public à la française », Ellipses., Paris, 2000.

20 Ver las sentencias C-563/98 M.P. Antonio Barreraa Carbonnel y Carlos Gaviria Díaz y C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra citadas precedentemente en esta providencia.

21 Ver Sentencia C- 915/02 M.P. Álvaro Taur Galvis.

22 Sobre las características y límites del régimen de autonomía universitaria Ver entre otras las sentencias T-870/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-974/99 y T-460/02 M.P. Alvaro Tafur Galvis.