

**LÍMITES A LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL SECTOR BANCARIO
COLOMBIANO**

Nicolás Eduardo Carreño Camargo

Monografía jurídica para optar al título de Abogado

Director

Camilo Quiñonez Avendaño

Universidad Autónoma de Bucaramanga – UNAB

Facultad de Derecho

Bucaramanga

2015

«Fuertes razones, hacen fuertes acciones»

William Shakespeare

A mis mamás

Contenido

	Pág.
Introducción	8
1. La libertad de empresa en la Constitución Política Colombiana	13
2. Desarrollo jurisprudencial de la libertad de empresa.....	18
2.1. La hermenéutica de la libertad económica.....	19
2.2. Limitación: medios y fines. El test de razonabilidad y proporcionalidad.....	24
3.3. Intervención económica. La potestad otorgada al Estado.....	31
3. Marco legal de la libertad de empresa en el sector bancario	38
Ley 45 de 1990.....	41
Ley 35 de 1993.....	44
Decreto 663 de 1993	45
Ley 546 de 1999.....	51
Ley 1328 de 2009.....	54
4. Límites a la libertad de empresa en el sector bancario	60
4.1. Límites según el ámbito de la entidad bancaria	61
4.1.1. Límites a la constitución	61
4.1.2. Límites al funcionamiento	66
4.1.3. Límites a las operaciones	68
4.2. Límites según su carácter restrictivo o permisivo.....	73
4.2.1. Límites restrictivos.....	73
4.2.2. Límites permisivos.....	75
4.3. Límites según su aspecto objetivo o subjetivo.....	77
4.3.1. Límites objetivos.....	77
4.3.2. Límites subjetivos	81
5. Razones para imponer límites a la libertad de empresa en el sector bancario	85
5.1. Generales o del orden constitucional	85
5.2. Particulares o del orden legal.....	89
6. Conclusiones	97
Bibliografía	100

Bibliografía consultada	100
Bibliografía citada.....	102
Anexos	106

Lista de tablas

	Pág.
Tabla 1. Disposiciones relativas a la libertad de empresa (Ley 45 de 1990).....	41
Tabla 2. Disposiciones relativas a la libertad de empresa (Decreto 663 de 1993)	45
Tabla 3. Disposiciones relativas a la libertad de empresa (Ley 546 de 1999).....	51
Tabla 4. Disposiciones relativas a la libertad de empresa (Ley 1328 de 2009).....	54
Tabla 5. Razones en el ámbito de la constitución.....	109
Tabla 6. Razones en el ámbito del funcionamiento	109
Tabla 7. Razones en el ámbito de las operaciones.....	110

Lista de figuras

	Pág.
Figura 1. Representación de la entidad bancaria	107
Figura 2. Esquema del proceso deductivo de las razones.....	108

Introducción

Cuando se piensa en derechos y en libertades pueden surgir dos interrogantes: por un lado, ¿a qué se tiene derecho y en qué se es libre? y por el otro, ¿existen límites o restricciones a esos derechos y libertades? La Constitución Política de Colombia consagra una amplia gama de derechos organizados según su campo de aplicación, o a manera subjetiva, según quien los exija (fundamentales; sociales, económicos y culturales; colectivos y del medio ambiente). También enuncia una serie de libertades –entendidas como una condición natural, mas no como una facultad que pueda ser exigida– las cuales tienen pleno reconocimiento y plena garantía para su desarrollo. Sin embargo, estos derechos y estas libertades implican responsabilidades, por lo que se hace necesario un enunciado de obligaciones a fin de minimizar las diferencias o los conflictos que puedan surgir en el momento en el que cada uno de los individuos desee exigir sus derechos y sus libertades. Si se contraponen derechos y libertades frente a responsabilidades y obligaciones, el resultado no es otro que un espacio regulado, ya sea bajo un control constitucional, legal, judicial o administrativo, al cual deberán someterse todos aquellos que quieran pertenecer a ese espacio, sea cual sea la motivación que los lleve a ceder en sus derechos y libertades para someterse a ciertas obligaciones y cumplir con sus responsabilidades.

Dentro de las libertades reconocidas en Colombia está la de empresa, entendida esta como la posibilidad que tiene cualquier persona, sea natural o jurídica, de incursionar en el mercado de cualquier ámbito y ejercer una actividad económica sin más límites que aquellos impuestos por el bien común. La libertad de empresa es también una garantía para el crecimiento de la economía

nacional al posibilitar la participación no solo de un grupo exclusivo de individuos sino de todo aquel que así lo desee y esté capacitado para desarrollarse comercialmente. De esta manera se consigue no solo una ganancia particular (aumento de su propio patrimonio), sino que también aporta al beneficio económico de toda la sociedad. Pero esta participación debe ser real, debe estar sujeta al principio de igualdad, propio de un estado social de derecho, para evitar exclusiones que puedan lesionar los intereses de quienes pretenden ejercer una actividad económica, como también los intereses de todos aquellos consumidores de los bienes y servicios ofrecidos por dicha actividad. Es aquí precisamente donde el Estado debe intervenir para establecer unas reglas que permitan regular y supervisar la participación de los particulares en el ámbito económico, llevándolo a imponer límites a esta libertad de empresa, aún más en sectores o mercados especializados que puedan poner en peligro el libre desarrollo económico individual, la sana competencia, el bienestar general, y que lleguen a vulnerar los derechos y las garantías de los consumidores.

El sector bancario es un mercado especializado. Realiza actividades críticas e importantes para la economía de un país (p.ej. captación de dinero, financiación de intereses públicos y privados, administración de capitales...), convirtiéndose en un espacio regulado el cual debe sujetarse a una serie de límites y regulaciones, que a manera general, tienden a equilibrar la garantía de una libertad frente a las responsabilidades derivadas de aquella. A manera específica el Estado ejerce una serie de controles sobre las entidades bancarias y sobre las tareas que desempeñan los funcionarios bancarios, como también sobre su calidad e idoneidad con el fin de garantizar una debida prestación del servicio bancario de acuerdo a las exigencias constitucionales y legales. Es evidente la cantidad de controles, regulaciones o límites que se imponen a esta actividad

económica, pero puede no ser tan evidente la razón o los motivos que llevan al Estado a imponerlos.

¿Por qué razón el Estado colombiano impone límites a la libertad de empresa en el sector bancario? Es la pregunta que surge como punto de partida y como guía para el desarrollo de esta investigación. El Estado no necesita justificar las razones por las cuales impone límites a la actividad financiera, tan solo los erige a través de la ley y los aplica. Pero esto no quiere decir que el Estado carezca de razones que justifiquen las limitaciones a la libertad de empresa en el sector bancario colombiano, solo que no son expresas a diferencia de los límites. Ahora, como pregunta auxiliar a la anterior: ¿por qué es necesaria una investigación para reconocer esas razones? La argumentación requiere de razones para poder conseguir su fin: probar o demostrar un hecho o una situación. El Derecho es una disciplina argumentativa en la medida en que debe hallar las razones sobre las cuales prueba o demuestra la solución de sus valoraciones jurídicas. En el transcurso de los estudios de Derecho en pregrado, la prioridad es la adquisición de conocimientos jurídicos, en especial, el reconocimiento de las normas del sistema jurídico colombiano. Es en gran medida información sin procesar, no evaluada, no estimada. Son disposiciones constitucionales y legales que están sujetas a cambios repentinos que llevan a un proceso de desaprender para volver a aprender. Es entonces una cuestión de pertinencia hermenéutica cada vez que se requiere interpretar la norma jurídica con el propósito de extraer las razones que se ocultan en esta y así aplicarlas en el proceso argumentativo que sostiene el ejercicio del derecho. Por lo tanto, se hace necesaria esta investigación para poder realizar un reconocimiento de las razones a partir de la interpretación de las normas que regulan la actividad financiera en Colombia y lograr justificar la imposición de límites a la libertad de empresa en el sector bancario colombiano.

El trabajo se encuentra dividido en tres partes: una primera dedicada al reconocimiento de la libertad de empresa desde la Constitución Política, desde las decisiones judiciales de la Corte Constitucional y desde el marco legal del sistema financiero colombiano. Una segunda dispuesta a la identificación y clasificación de las disposiciones legales que representan límites a la libertad de empresa. La última parte está destinada al análisis de la información recolectada en las etapas anteriores con el fin de identificar las razones por las cuales se imponen límites a la libertad de empresa en el sector bancario colombiano. Es una investigación de tipo exploratoria y descriptiva alrededor de dos institutos jurídicos: la libertad de empresa a través del Derecho constitucional económico, y las entidades bancarias dentro del Derecho económico, particularmente en el Derecho bancario. Es útil aclarar que a pesar de la cantidad de disposiciones legales empleadas en el desarrollo de este trabajo, el propósito no es realizar un análisis normativo de todas las disposiciones que representan límites o restricciones a la libertad de empresa, sino extraer de ellas, luego de clasificarlas, las razones que desde el ámbito legal justifican tales limitaciones o restricciones. Igualmente para las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana toda vez que fueron consultadas, seleccionadas y empleadas con el ánimo de presentar las interpretaciones realizadas por la Corte de las disposiciones constitucionales empleadas; no se pretende elaborar una línea jurisprudencial en torno a la libertad de empresa y sus límites, ni mucho menos realizar una tarea de análisis jurisprudencial por cada sentencia relacionada con las libertad de empresa.

Por último y en relación al material bibliográfico que se empleó en el desarrollo de esta investigación, es de aclarar que no todas las obras relacionadas en la Bibliografía fueron citadas en el texto, puesto que como se expresó anteriormente, este trabajo se apoya principalmente en la Constitución Política de Colombia, en las decisiones judiciales de la Corte Constitucional y en el

marco legal del sistema financiero colombiano, puntualmente en el Estatuto orgánico del sistema financiero (EOSF – Decreto 663 de 1993). Las fuentes que no fueron citadas pero que aparecen en la Bibliografía son las sugeridas desde el anteproyecto a esta investigación y fueron consultadas como apoyo teórico a cada una de las áreas involucradas en este trabajo, en especial el Derecho Bancario, materia que no tiene mayor énfasis en el plan académico de estudios.

1. La libertad de empresa en la Constitución Política Colombiana

A través de este capítulo se describirá la libertad de empresa desde la Constitución Política y se presentarán los elementos sobre los cuales se desarrolla este derecho. Debido a que es un derecho de naturaleza constitucional y de carácter económico, la labor descriptiva inicia en su ubicación dentro del texto de la Constitución en el plano del régimen económico del Estado colombiano y en relación a las libertades económicas. Segundo, se señalarán sus principales características y los institutos jurídicos sobre los cuales se desarrolla. Y tercero, se hace alusión a las disposiciones constitucionales en las cuales se encuentra involucrada la libertad de empresa.

La libertad de empresa junto a la libertad de competencia, conforman las *libertades económicas*.¹ Se encuentran consagradas en el Título XII *Del régimen económico y de la Hacienda pública* bajo el Capítulo I *De las disposiciones generales*, en la Constitución Política. El artículo 333 superior es el marco desde el cual se define y se caracteriza la naturaleza, el desarrollo y el alcance de estas libertades. Ambas trabajan mancomunadamente para garantizar el adecuado desarrollo de las actividades económicas y están caracterizadas por elementos similares. Sin embargo, la función de cada una difiere respecto al fin o al propósito que el Constituyente les ha asignado. El propósito de la libertad de empresa es permitir el ingreso de cualquier persona al mercado para desarrollar libremente una actividad económica. En cambio, la libertad de competencia está destinada a garantizar la permanencia en el mercado, en igualdad de condiciones, de todos los que en él participan, para el desarrollo de la actividad económica. Se puede observar

¹ "Se reconocen dos tipos de libertades: la libertad de empresa y la libre competencia". Sentencia C-263 de 2011. MP.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que la libertad de empresa vendría siendo un presupuesto para el ejercicio de la libertad de competencia al requerir un grupo de personas que desarrollen la misma actividad económica en un mismo mercado. Establecida la diferencia, es oportuno ahora mencionar los elementos sobre los cuales la libertad de empresa trasciende.

De la lectura de la norma constitucional, sobresalen tres institutos importantes sobre los cuales la libertad de empresa se desarrolla: *el bien común, la ley y la empresa*. El primero de ellos, el bien común, es el límite por excelencia. Pero más que un límite, es un espacio dentro del cual se deben llevar a cabo las actividades económicas que cada persona desee realizar. La ley, como segundo elemento o instituto, cumple una doble función respecto a la libertad de empresa: i) impedir su obstrucción o restricción, y ii) delimitar su alcance cada vez que el *interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación* lo exija. De la primera función basta decir que es la manera por la cual se puede garantizar la protección del derecho a desarrollarse económicamente y se evitan posiciones dominantes en el mercado. De la segunda, se configura una de las principales herramientas de las cuales dispone el Estado: la *intervención económica*. Así que la ley al definir límites a la libertad de empresa, está posibilitando al Estado para que intervenga en la economía con el fin de controlar, vigilar o regular la actividad económica que traspase los límites del bien común y amenace el interés social, el ambiente o el patrimonio cultural de la Nación.² Por último, la empresa es el medio por el cual se materializa y se individualiza esa actividad económica de manera organizada, para lograr la consecución de los objetivos económicos que cada quien busca en determinado sector de la economía.

² A pesar de que el artículo 333 constitucional no menciona explícitamente la *intervención estatal* en materia económica, al referirse a los límites y a la protección otorgada a la libertad de empresa, por mandato de ley, permite prever que no es de otra manera por la cual el Estado puede entrar a jugar un papel importante en la dinámica de la economía.

La Constitución Política establece que para limitar la libertad de empresa se deberá hacer por mandato legal, y en consecuencia, faculta al Estado para concretar las limitaciones por medio de su intervención en la economía nacional. Así que la ley, aparte de establecer los límites a la libertad de empresa, establece también la intervención como una facultad que posee exclusivamente el Estado, y a su vez, como un mandato al cual deberá someterse. La Constitución en artículo seguido al de las libertades económicas, consagra al Estado colombiano como director de la economía de la siguiente manera:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario”.³

El Estado puede intervenir en varias actividades económicas, sin embargo la legitimación constitucional de “director de la economía”, o la facultad legal para intervenir en la economía, está igualmente limitada para evitar abusos en su ejercicio. Y esta limitación surge también por vía legal al momento de intervenir la libertad de empresa, porque “los límites que se establezcan para delimitar la libertad económica, se convierten en los parámetros o límites de la intervención, y al

³ Constitución Política, artículo 334. Subrayado fuera del texto original.

mismo tiempo la intervención que determine la ley, se convierte en los límites de la libertad económica (Leguizamón Acosta, Derecho constitucional económico, 2002)”. Dada la cantidad de actividades que pueden surgir en el ámbito económico, el campo de acción que le corresponde al Estado para intervenir es amplio, al igual para el Congreso de la República respecto a su actividad legislativa. Ahora, el elemento *empresa* de la libertad económica permite reducir ese campo de acción al concretar e individualizar la actividad y el campo económico donde se impondrán los límites a la libertad de empresa y en consecuencia sobre la intervención que deberá realizar el Estado.

La empresa como instituto del derecho mercantil y elemento constitutivo de la libre iniciativa privada, al momento de asumir cualquier actividad económica debe someterse a una serie de obligaciones que establecerán la manera de proceder en el mercado. La Constitución Política le asigna a ese proceder una *función social* a manera de exigencia para que se mantenga dentro de los límites del bien común y genere un impacto social positivo. Existen actividades económicas que son de mayor importancia para el Estado, tanto por los bienes que se producen y por los servicios que se ofrecen, así también por los sujetos y los intereses involucrados en esas actividades. Estas actividades de mayor importancia se regularán de manera especial y estarán sometidas a una mayor vigilancia y control por parte del Estado. Tanto la constitución, el funcionamiento y el ejercicio de dicha actividad, estarán sometidos a regímenes especiales con el propósito de garantizar el interés general y el bien común. Esta es la situación de la actividad financiera en Colombia. El sector financiero es un mercado especializado que realiza actividades a través del manejo y aprovechamiento de recursos captados del público, hecho por el cual la

Constitución la define como una actividad de interés público que solo podrá ser ejercida previa autorización del Estado.⁴

Ahora, frente a la delimitación del alcance de la libertad económica y bajo los presupuestos que la Constitución establece respecto al control de la actividad financiera, la ley que limite y que autorice la intervención también estará sujeta a control. Las disposiciones constitucionales presentadas en relación a la libertad de empresa son mandatos generales y amplios que deben ser interpretados y aclarados por la Corte Constitucional, como máxima autoridad de la justicia constitucional, con el fin, primero, de evitar que en el proceso legislativo se produzcan errores que lleven a la producción de normas inconstitucionales y segundo, para ejercer aquel control al que estarán sometidas las leyes que impongan límites a un derecho constitucional y económico.⁵ Sigue ahora una fase donde se presentan algunas sentencias de la Corte Constitucional y su labor hermenéutica alrededor del ejercicio de la libertad de empresa.

⁴ Art. 335. Además de la financiera la Carta también destaca la bursátil y la aseguradora como las principales actividades relacionadas con en el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Sin embargo, deja abierta la posibilidad de incluir en esta lista a “cualquier otra relacionada” con dicha actividad, remitiendo su regulación y desarrollo específicamente a lo dispuesto en el literal d) del numeral 19 del artículo 150.

⁵ Constitución Política, artículo 241, numerales 4 y 9.

2. Desarrollo jurisprudencial de la libertad de empresa

Para la descripción de la libertad de empresa desde el ámbito jurisprudencial, de acuerdo a su naturaleza de derecho constitucional económico, se ha considerado tomar de referente las sentencias de la Corte Constitucional a partir de una selección restringida de aquellas alusivas al tema de las libertades económicas, concretamente a la libertad de empresa.⁶ Se presentará la definición que ofrece la Corte de las libertades económicas y en concreto de la libertad de empresa. Luego se expondrá el método por el cual la Corte establece la constitucionalidad de la limitación a la libertad económica. Finalmente se hará una aproximación a la intervención estatal en la economía como consecuencia de la limitación de la libertad de empresa.

El criterio inicial para la selección de las sentencias objeto de estudio, fue la definición de libertad de empresa.⁷ A manera meramente metodológica y con el propósito de restringir aún más la selección, se dividieron en tres grupos o categorías: general, servicios públicos y sector financiero. Esta división, responde igualmente a la manera en que opera la limitación en cada uno de estos campos.⁸

⁶ La jurisprudencia al respecto es amplia y muchas veces reiterativa. Se seleccionaron algunas sentencias de mayor relevancia, y sujetas en su mayoría, a la libertad de empresa dentro del sector financiero.

⁷ C-283/14, C-851/13, C-313/13, C-264/13, C-909/12, C-620/12, C-618/12, C-592/12, C-368/12, C-365/12, C-197/12, T-434/11, C-263/11, C-123/11, C-983/10, C-978/10, C-830/10, C-639/10, C-432/10, C-228/10, C-850/09, C-713/09, C-486/09, C-353/09, C-1158/08, C-675/08, C-260/08, C-955/07, C-992/06, C-823/06, C-277/06, C-243/06, C-042/06, C-1190/05, C-1153/05, C-707/05, C-100/05, C-825/04, C-516/04, C-408/04, C-070/04, C-019/04, C-1062/03, C-936/03, C-898/03, C-870/03, T-468/03, T-743/03, C-741/03, C-205/03, C-1078/02, C-974/02, C-615/02, T-348/02, T-119/02, C-1260/01, C-1107/01, C-616/01, T-388/01, C-1262/00, C-530/00, C-697/00, T-046/99, T-394/99, SU.157/99, C-624/98, SU.182/98, C-535/97, C-421/97, C-374/97, C-711/96, C-308/96, C-254/96, T-026/96, T-579/95, C-524/95, T-425/95, C-252/95, T-291/94, C-063/94, T-028/94, T-475/92.

⁸ Como se expondrá más adelante, la limitación a la libertad de empresa varía según la actividad económica en la que se encuentre inmersa.

Aparte de haber sido el criterio principal para la selección de las sentencias, la definición, junto a la limitación y a la intervención, son los elementos comunes en las sentencias estudiadas, pero que de acuerdo al campo o al ámbito al cual se esté haciendo referencia, tendrán un tratamiento particular. Igualmente son la base sobre la cual la Corte Constitucional argumenta la constitucionalidad de las medidas implicadas en la limitación a la libertad de empresa y, por consiguiente, a la legitimidad de los fines propuestos por el legislador para otorgarle al Estado la potestad de intervención en la economía nacional.

2.1. La hermenéutica de la libertad económica

Si se hace una lectura rápida de la norma constitucional acerca de las libertades económicas, se puede apreciar que la Constitución Política no aporta una definición en estricto sentido al respecto. Sí las enuncia, y también hace algunas advertencias respecto a cómo se puede abordar la libertad de empresa (y también la de competencia), pero no va más allá sobre qué la puede delimitar y a quién le corresponde limitarla. La Corte Constitucional en varias ocasiones y de manera reiterativa ha definido qué son las libertades económicas, cómo operan y cómo pueden ser limitadas. Entra también a determinar si la intervención por parte del Estado se ajusta a las exigencias que la Constitución establece.

Una definición, en lo que se puede considerar básica y genérica respecto a las libertades económicas, se puede apreciar de la siguiente manera:

“La libertad económica y de empresa se define como la facultad que tienen las personas para llevar a cabo actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades y con el propósito de crear, mantener o incrementar su patrimonio”.⁹

Una definición amplia respecto a las libertades económicas se puede apreciar en el siguiente extracto jurisprudencial:

“Sobre las libertades económicas baste recordar aquí que la jurisprudencia constitucional ha señalado que (i) se encuentran reconocidas y garantizadas por la Constitución, dentro de los límites del bien común y del interés social; (ii) la libertad económica comprende los conceptos de libertad de empresa y libertad de competencia; (iii) la libertad económica es expresión de valores de razonabilidad y eficiencia en la gestión económica para la producción de bienes y servicios y permite el aprovechamiento de la capacidad creadora de los individuos y de la iniciativa privada; (iv) la competencia se presenta cuando un conjunto de empresarios (personas naturales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios; (v) la libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones; (vi) las libertades económicas no son derechos fundamentales; y (vii) el juez constitucional aplica un test débil de proporcionalidad para efectos de determinar la conformidad de una intervención del legislador en las libertades económicas”.¹⁰

⁹ Sentencia T-425 de 1992. MP. Ciro Angarita Barón.

¹⁰ Sentencia C-618 de 2012. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

De esta definición pueden destacarse algunos elementos que la Constitución Política no enuncia de manera explícita sino deben ser señalados por el ejercicio hermenéutico del juez constitucional: i) se mencionan de manera concreta la libertad de empresa y la libertad de competencia como los dos elementos constitutivos de las libertades económicas, diferenciándolos y caracterizándolos; ii) se hace alusión a la producción de bienes y servicios y el aprovechamiento de la capacidad creadora individual como propósitos del ejercicio de estas libertades y, iii) una interpretación de significativa importancia al establecer que las libertades económicas no son derechos fundamentales.

Sin embargo y a pesar de la amplitud de la interpretación hecha por la Corte, sigue estando en un plano general, esto es, aplicable a cualquier sector de la economía. Un mejor intento de concreción del término y aportando otros elementos que irán a configurar luego una mejor definición en el sector financiero, se puede observar en los siguientes extractos jurisprudenciales:

“La libertad de empresa le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado, libertad que al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan ‘el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación’. Además, no puede olvidarse que la empresa, como base

del desarrollo, tiene una función social que cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica ‘supone responsabilidades’”.¹¹

“En este sentido, los empresarios pueden tomar decisiones más o menos drásticas para regular las relaciones dentro de su empresa, de conformidad con los intereses legítimos que persiguen o pretenden promover”.¹²

“La libertad de empresa implica la libertad de creación de empresas y de acceso al mercado; la libertad de organización de la empresa a través de la elección de nombre, emplazamiento, forma de organización y composición de sus órganos de dirección; y la libertad de dirección de su producción, inversión, política comercial, precios, competencia leal y contratación”.¹³

Se señala un elemento que poco se toca más allá de darle nombre a la libertad y que se somete casi que en exclusiva a una transcripción de la norma constitucional: la empresa. Pero lo importante acá no es en sí la mención, sino el cómo se proyecta, es decir, la libertad no consiste únicamente en manifestar que cualquier persona puede ejercer la actividad económica que desee, sino que implica también “la libertad de creación de empresas” y la libertad “de acceso al mercado”. Estas dos situaciones van a concretar aún más la definición y, por supuesto permiten enfocar la empresa/sector en el cual estará en juego la libertad de empresa. Como una pequeña referencia al sector financiero desde la libertad de empresa, la Corte expresa lo siguiente:

¹¹ Sentencia C-524 de 1995. MP. Carlos Gaviria Díaz. Se puede confrontar en las sentencias: C-815 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil; C-615 2002 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; C- 389 de 2002 MP. Clara Inés Vargas Hernández, S.P.V. y A.V. Jaime Araujo Rentería. S.P.V. Álvaro Tafur Galvis

¹² Sentencia T-579 de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ Sentencia C-365 de 2012. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

“Una de las manifestaciones más importantes de esa libertad de empresa en el mundo contemporáneo es la actividad financiera. La circulación de bienes y servicios, no se concibe hoy sin la operación del actor financiero en el mercado. Por ello, el constituyente, en el artículo 335, consagró que “las actividades financiera, bursátil (...) y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación (...) son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado (...)”.¹⁴

De acuerdo a lo anterior, la Corte reitera la definición, o por lo menos, mantiene su esencia. Solamente le agrega algunos elementos en la medida de explicar mejor la figura, y otras veces la extiende en función del ámbito en que se encuentre sustentada la pretensión de protección de la libertad. Se establece que apelar a esta garantía no es solamente contar con la posibilidad de escoger una actividad económica para desarrollar sino también de crear una empresa alrededor de aquella y poder ingresar al mercado. La Corte al no reconocer la libertad de empresa como un derecho fundamental o absoluto, reafirma lo que la Constitución establece para la ley al permitir imponerle límites y de esta manera posibilitarle al Estado el ejercicio de la intervención en la economía nacional.¹⁵ Limitación e intervención son dos temas que la Corte Constitucional entra a evaluar, cuando parte de una definición concreta y específica de acuerdo al sector económico donde opere la limitación. La definición de libertad de empresa al ser un elemento invariable en la cadena de facultades y garantías del individuo, permite prever el alcance que tendrá la limitación y el rigor de la intervención estatal.

¹⁴ Sentencia C-313 de 2013. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹⁵ “Cabe recordar que la libertad de empresa no ha sido reconocida por la Corporación como un derecho fundamental ni como un derecho absoluto, puesto que la Carta del 91, además de otorgarle una función social que implica obligaciones, le ha fijado límites concretos como el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”. Sentencia C-486 de 2009. MP. María Victoria Calle Correa.

2.2. Limitación: medios y fines. El test de razonabilidad y proporcionalidad

La Corte Constitucional ha señalado cinco requisitos que deben cumplirse para que se pueda limitar la libertad de empresa: 1) que la limitación sea realizada por mandato legal; 2) que no se vulnere el núcleo esencial de la libertad; 3) que existan siempre motivos adecuados y suficientes para limitarla; 4) que responda al principio de solidaridad; y 5) que la limitación sea razonable y proporcional al fin propuesto.

Además, respecto a la prohibición de vulnerar el núcleo esencial y a la razonabilidad y proporcionalidad de la limitación, la Corte ha establecido “(...) la necesidad de efectuar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre el ejercicio de las libertades económicas y la garantía de los principios y valores constitucionales defendidos por la medida de intervención”.¹⁶

La Corte Constitucional hace uso del juicio o test de razonabilidad y proporcionalidad para establecer si los medios que la norma emplea y los fines que persigue, transgreden o ponen en riesgo la seguridad del régimen constitucional.¹⁷ Cuando la libertad de empresa es limitada, el test permite establecer la validez de esa limitación mediante el cumplimiento de una serie de valoraciones que deben ser superadas en su totalidad y en el orden establecido, para conseguir la legitimidad de la medida adoptada frente al ordenamiento constitucional, y consecuentemente, la legitimidad del fin que se espera. Dentro del control de constitucionalidad y en uso del test, la Corte señala lo siguiente:

¹⁶ Sentencia C-830-10. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Subrayado fuera del original.

¹⁷ Se habla de “transgresión” o de “riesgo” ya que al partir de la presunción de constitucionalidad de las normas, el juez constitucional debe revisar si se mantiene la presunción, o todo lo contrario, transgrede o pone en riesgo el régimen constitucional al limitar la libertad o el derecho afectado.

“En tal contexto, sólo en los casos en que tales restricciones o prohibiciones lesionen de manera evidente, manifiesta y directa derechos fundamentales, afecten el núcleo esencial de derechos constitucionales, violen claros mandatos de la norma fundante, o arbitrariamente carezcan de motivos adecuados y suficientes para limitar los derechos, imponiendo regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, deberá el juez en su momento declarar la inconstitucionalidad de la norma. Por ende, para establecer la legitimidad de las restricciones del Legislador, la Corte debe evaluar (i) si la limitación, - o prohibición-, persiguen una finalidad que no se encuentre prohibida por el ordenamiento constitucional; (ii) si la restricción propuesta es potencialmente adecuada para cumplir el fin propuesto, y (iii) si hay proporcionalidad en esa relación, esto es, que la restricción no sea manifiestamente innecesaria o claramente desproporcionada. Adicionalmente, (iv) debe la Corte examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido con la restricción legal o su operatividad se mantiene incólume”.¹⁸

Existen tres grados diferentes de intensidad en la aplicación del test de acuerdo a la medida que se examina: leve, intermedio y estricto. En materias de intervención económica la Corte ha establecido la aplicación del nivel leve:

“Sin que se trate de una enunciación taxativa, y sin que el contenido de una disposición sea el único criterio relevante para definir la intensidad del juicio de constitucionalidad, puede señalarse que la Corte ha aplicado un test leve de proporcionalidad en casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias, o, 3) de política internacional,

¹⁸ Sentencia C-624 de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero. Al respecto pueden ser consultadas: C-332 de 2000. MP. Fabio Morón Díaz. C-392 de 2007. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. C-830 de 2010. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

o, 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; o, 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión”.¹⁹

Respecto al test en su nivel leve la Corte expone:

“7.2 Criterios de fijación de la intensidad del test a aplicar

En el control de constitucionalidad la Corte aplica, por lo general, un test leve de razonabilidad en examen de una medida legislativa.

El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de la razonabilidad.

La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de

¹⁹ Sentencia C-354 de 2009. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. Esta carga que pesa sobre el legislador, al igual que sobre cualquier autoridad pública y órgano estatal, surge directamente de la razón de ser misma del constitucionalismo que, desde sus orígenes históricos y su consolidación en el periodo de la Ilustración, aspira a lograr que el poder sea ejercido de conformidad con la razón no con la fuerza. Debe entonces preguntarse qué se pretende con la norma (análisis de la finalidad); cómo se va a lograr lo que se pretende (análisis del medio); y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo pretendido (análisis de la relación medio-fin), sean criterios elementales para determinar si la afectación de la igualdad, u otro derecho fundamental, es razonable y, por lo tanto, constitucional o, arbitraria, y, por lo tanto, inconstitucional”.²⁰

El test o juicio de razonabilidad y proporcionalidad, en su nivel de intensidad leve, se constituye de esta manera en una herramienta metodológica necesaria para la evaluación de la afectación que puede sufrir la libertad de empresa al momento de ser limitada por la norma intervencionista. La superación del test permite concluir que no hubo afectación al núcleo esencial de la libertad y que la limitación fue razonable y proporcional a la finalidad que el legislador se propuso al momento de limitar la libertad de empresa. Sin embargo, vale resaltar que aunque la Corte no lo mencione explícitamente dentro de los requisitos que deben tenerse en cuenta para limitar la libertad de empresa, el *test o juicio de igualdad* debe ser considerado igualmente como otro instrumento metodológico de esencial aplicación en la resolución de la legitimidad de la limitación a la libertad económica.

²⁰ Sentencia C-673 de 2001. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

Este juicio cobra relevancia para el examen de la limitación a la libertad de competencia y es tal vez, al hacer una búsqueda de las sentencias de la Corte que traten la libertad de empresa, que sus alusiones sean menores a las que podrían encontrarse para la de competencia. Esto no excluye que el test de igualdad le sea aplicado a la libertad económica, todo lo contrario, es imperativa su aplicación. Esto es por cuanto al limitar una libertad o un derecho se genera una afectación directa al principio de igualdad surgiendo así un trato diferenciado. Trato que debe entrar la Corte a evaluar si es legítimo y justificado. Un acercamiento al tema de las libertades económicas y el principio de igualdad puede observarse a continuación:

“Los artículos 333 y 13 de la Constitución se relacionan con particular énfasis al permitirle a todas las personas ejercer libremente la actividad económica que tengan a bien asumir, dentro de los límites del bien común. Consecuentemente, todos tienen derecho a la iniciativa privada y a la libre competencia, con las responsabilidades que ello apareja. Por su parte, la ley puede delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. Vale decir, jurídicamente la libertad económica está garantizada por la Constitución en armonía con el derecho a la igualdad de los potenciales agentes económicos; por lo tanto, siempre que el legislador pretenda establecer limitaciones, exigencias o prerrogativas en torno a esa libertad, deberá examinar previamente los supuestos viables a la concreción de este derecho en un plano de igualdad material, sin perjuicio de las distinciones que pueda hacer entre unas personas y otras, al amparo de claros criterios de razonabilidad y proporcionalidad”.²¹

²¹ Sentencia C-870 de 2003. MP. Jaime Araujo Rentería.

Nuevamente, no hay una alusión directa a un test o juicio que permita evaluar el principio de igualdad, pero sí hay un señalamiento expreso al artículo 13 constitucional donde se ubica la igualdad dentro de la categoría de derecho fundamental en relación a la limitación de las libertades económicas al sostener que “deberá examinar previamente los supuestos viables a la concreción de este derecho en un plano de igualdad material (...)”. Es en este examen previo donde la Corte establece el test o juicio de igualdad en los siguientes términos:

“Alcance del principio de igualdad

7. El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución, como principio normativo de aplicación inmediata, supone la realización de un juicio de igualdad, a la vez que excluye determinados términos de comparación como irrelevantes; es así como, en atención al principio de igualdad se prohíbe a las autoridades dispensar una protección o trato diferente y discriminatorio ‘por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica’”.²²

En sentencia posterior, la Corte presenta el test o juicio que debe aplicarse toda vez que el principio de igualdad o el derecho a la igualdad pueda verse amenazado:

“La Corporación ha establecido también en múltiples ocasiones que un tratamiento legislativo diferente no implica per se una violación del principio de igualdad siempre y cuando sea objetivo y razonable[109]. La Corte ha acudido entonces a un instrumento

²² Sentencia T-422 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

metodológico-sobre cuyo alcance y límites se ha pronunciado reiteradamente[110]-, para verificar la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado[111].

Se busca así establecer en cada caso i.) si se está frente a supuestos de hecho diversos o si estos son comparables; ii.) si el fin perseguido por la norma es un fin objetivo y legítimo a la luz de la Constitución; iii.) si los supuestos de hecho estudiados, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guardan una coherencia o eficacia interna, es decir una racionalidad entre ellos; iv.) si el trato desigual es proporcionado. La necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos por la norma ha sido también resaltada por la jurisprudencia, que ha propuesto tres pasos para resolverlo: así entonces, a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido; b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importantes[112]”.²³

Hasta este punto, desde el marco judicial, se logra obtener una definición de la libertad de empresa desde el ejercicio hermenéutico del juez constitucional. Igualmente, y partiendo de esa definición de donde se consideran límites a las libertades económicas, la Corte Constitucional ha establecido una serie de requisitos que permiten la limitación a la libertad económica. Dentro de

²³ Sentencia C-992 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis. Al igual en la sentencia C-530 de 1993. MP. Alejandro Martínez Caballero. Respecto a la metodología de análisis para establecer una eventual vulneración al principio de igualdad, confrontar las sentencias T-422/92, C-230/94 y C-1141/00 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-040/93 MP. Ciro Angarita Barón; C-410/94, C-507/97 y C-952/00 MP. Carlos Gaviria Díaz; C-265/94, C-445/95 y C-093/01 MP. Alejandro Martínez Caballero; C-673/01 y C-980/02 MP. Manuel José Cepeda Espinosa A.V Jaime Araujo Rentería; C-1191/01 MP. Rodrigo Uprimny Yepes; C-973/02 y C-043/03 MP. Álvaro Tafur Galvis S.P.V. Manuel José Cepeda Espinosa; C-475/03 M.P. Jaime Córdoba Triviño A.V. Jaime Araujo Rentería. Respecto al trato diferenciado, ver respecto Ver, entre otras, las sentencias T-230 de 1994, C-022 de 1996, C-093/01 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1108/01 MP Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1176/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-1191/01 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, C-043/03 y C-100/04 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

estos requisitos se encuentran unas herramientas metodológicas que permiten establecer una potencial vulneración al núcleo esencial de la libertad de empresa (vulneración objetiva), como también una posible afectación al principio de igualdad (vulneración subjetiva). Luego de examinada la validez y la legitimidad de la limitación, queda por señalar lo que la Corte interpreta respecto a la intervención estatal, ya que es una consecuencia inminente de la limitación.

3.3. Intervención económica. La potestad otorgada al Estado

No existe otra manera en la que el Estado intervenga en la economía si no es por mandato legal. Esto es, que exista una norma que posibilite al Estado a ejercer su facultad de intervención y que a su vez vigile su proceder. Ya que la limitación no es la misma para cada libertad, la intervención tampoco lo puede ser para cualquier sector de la economía. Existe una intervención general y una especial estipuladas en el artículo 334 superior, que es el punto de partida de la Corte para llevar a cabo la interpretación constitucional de esta figura; pero también existe otra intervención, de carácter específico, señalada en el artículo 335, que limita el campo de acción del Estado e intensifica su ejercicio. Esta última limitación es la que se lleva a cabo en las actividades económicas conocidas como de interés público: financiera, aseguradora, bursátil y cualquier otra que capte recursos del público.

Esto lleva a asumir dos situaciones: 1) que no existe un único modelo de intervención y, 2) que la norma que posibilita la intervención debe también vigilar cómo procede el Estado al respecto. Más que una definición acerca de la intervención, la Corte hace una transcripción de la norma constitucional en donde con frecuencia la asemeja a la limitación, a tal punto de confundir

ambos conceptos. Esto es común al ser dos actos estrechamente relacionados y sobre todo cuando se parte de una definición en extenso general. Solo cuando se hace necesario aplicar la interpretación de la norma a situaciones o actividades concretas, se puede distinguir mejor el matiz diferenciador entre limitación e intervención.

Un primer acercamiento a la definición de intervención partiendo de la transcripción se puede observar en el siguiente extracto:

“El instrumento por excelencia que permite a las autoridades lograr la efectividad de la función social de la empresa, es la actividad estatal de intervención en la economía. Esta intervención, según lo prevé el canon 334 superior, se lleva a cabo por mandato de la ley <en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.> Así pues, el legislador puede intervenir la actividad económica, a fin de lograr los mencionados fines constitucionales”.²⁴

Esta definición ha sido reiterada en varias sentencias, y según se observa, no va más allá de una sencilla transcripción del artículo 334. Ahora, llevando la intervención al plano de las libertades económicas, específicamente a la libertad de empresa, la Corte expresa lo siguiente:

²⁴ Sentencia C-639 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

“[s]e trata de dos derechos constitucionales que si bien son de configuración legal, describen un ámbito de actuación privada que, a partir de un cierto límite, no es susceptible de ser restringida adicionalmente, so pena de vulnerar sus núcleos esenciales. En este sentido, aparte de los fines propios de la intervención del Estado en la economía que se señalan en el artículo 334 de la CP, la libertad de empresa - en el lenguaje de la CP ‘la actividad económica y la iniciativa privada’ - y la libre competencia, pueden ser delimitadas por la ley cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (CP art. 333). La seriedad y razonabilidad de las medidas legales limitativas de la actividad económica, no la coartan. Por el contrario, la restricción legal persigue conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común, en un sistema que en razón de sus fundamentos debe guiarse por el principio pro libertate. De ahí que, a título de garantía adicional, se disponga que ‘las leyes de intervención económica, previstas en el artículo 334 (...) deberán precisar sus fines y alcances y los límites a la libertad económica’ (CP art. 150-21)”.²⁵

A pesar de mantener transcripciones, ya se puede observar un elemento clave dentro de los propósitos de la intervención: “(...) conciliar los intereses de la actividad económica libre con los que demanda la atención del bien común”. Aún no se separan por completo ambos términos (limitación-intervención) pero ya comienza a delimitarse el campo de acción donde entrará a operar la intervención.

²⁵ Sentencia. C-618 de 2012. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Más concretamente, respecto al sector financiero y al protagonismo de la libertad de empresa en éste, se logra obtener mayor enfoque en la definición y por supuesto, una menor transcripción:

Una de las manifestaciones más importantes de esa libertad de empresa en el mundo contemporáneo es la actividad financiera. La circulación de bienes y servicios, no se concibe hoy sin la operación del actor financiero en el mercado. Por ello, el constituyente, en el artículo 335, consagró que “las actividades financiera, bursátil (...) y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación (...) son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado (...)”²⁶.

La Corte al resaltar dos elementos esenciales de este tipo de actividades: “de interés público” y que “solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado” comienza a establecer sin equívocos a quién o a qué puede el Estado intervenir, y más importante aún, cómo lo puede hacer (fuera de los requisitos generales de limitación y de intervención). Para darle un mejor alcance a la premisa anterior (los dos elementos señalados de la sentencia siguen siendo una transcripción), la Corte, se refiere a algunos objetivos específicos que se buscan tras el ejercicio de la intervención estatal:

“(...) además de las finalidades generales inherentes a toda situación de intervención estatal en la economía, antes referidas, existen otros objetivos específicos de escrutinio público, como el propósito de democratizar el acceso al crédito, la necesidad de controlar ciertos efectos macroeconómicos que la actividad financiera genera, y el mantenimiento de la

²⁶ Sentencia C-313-13. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

confianza del público en las instituciones que conforman el sistema financiero, y en el sistema mismo como conjunto(...).²⁷

Limitar la libertad de empresa e intervenir la economía, pueden parecer acciones abstractas. Mencionar el “Estado” es también mencionar un sin número de órganos, entidades, instituciones y funcionarios que lo conforman, sin poder tener alguna claridad acerca de quién, o quiénes, dentro del Estado ejercen tal intervención. Esto, en cierta medida, lo resuelve el ámbito para el que se destina la intervención, así también para el grupo de entidades u organismos que la ley establece según la materia motivo de la intervención. En un apartado próximo, se reconocerá la libertad de empresa en el marco legal, punto en el cual se puede empezar a establecer a quién o a quienes (órganos, organismos, entes, entidades, instituciones, funcionarios, etc.) les corresponde llevar a cabo tal intervención. La Corte ha ofrecido una pequeña visualización de los que, a manera general, están involucrados en la intervención que el Estado realiza en la economía. No podría hablarse de una “materialización” de la intervención en estricto sentido puesto que mientras no exista una norma que así lo estipule, solo se podrá seguir caminando en un plano teórico. Al respecto:

“5. Ahora bien, para lo que interesa a la presente sentencia conviene concentrarse en las modalidades de intervención del Estado en el ejercicio de las libertades económicas y en los requisitos que deben cumplir dichas acciones para que sean compatibles con la Constitución. En cuanto a lo primero, la jurisprudencia ha reconocido que la intervención del Estado en la economía puede darse a través de múltiples niveles y modalidades, a condición que tales actuaciones públicas estén precedidas de norma legal que regule el

²⁷ Sentencia C-909 de 2012. MP. Nilson Pinilla Pinilla. Pueden consultarse igualmente las sentencias C-560 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo; C-780 de 2001, MP. Jaime Córdoba Triviño; y C-1062 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

modo y grado de intervención. Para la Corte, “[I]a intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos”²⁸.

La labor interpretativa de la Corte Constitucional ofrece dos situaciones de utilidad: primero, permite una mejor comprensión del derecho económico en estudio al ampliar su significado, desarrollar sus elementos constitutivos y precisar la manera como puede ser limitado su alcance. Y segundo, sirve de puente entre la Constitución Política y la ley al establecer la manera en que esta última, por mandato constitucional, debe abordar la libertad de empresa, tanto en su limitación como en su desarrollo; dos situaciones que la Constitución no señala de manera explícita.

²⁸ Sentencia. C-830 de 2010. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. Se puede confrontar en: sentencia C-1041 de 2007. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

Reconocidos los elementos constitutivos de la libertad de empresa desde el plano normativo superior y presentada la labor hermenéutica de la Corte Constitucional al respecto, queda por revisar el marco legal del sistema financiero para llevar a cabo el reconocimiento de los límites que se imponen a la libertad económica.

3. Marco legal de la libertad de empresa en el sector bancario

Las normas presentadas a continuación hacen parte del marco legal que regula la actividad financiera en Colombia. De cada una de las normas se extrajeron las disposiciones que guardan relación, o hacen referencia, a la libertad de empresa en el sector bancario, esto con el propósito de seleccionar aquellas que representan límites al ejercicio de la libertad económica. Se presentan también las disposiciones que aluden a la intervención que ejerce el Gobierno Nacional y la Superintendencia Financiera.

El proceso que se empleó para el desarrollo de este apartado surgió a partir del Estatuto orgánico del sistema financiero colombiano o Decreto 663 de 1993. De él se tomaron las normas que lo modificaron o que lo complementan y que se encuentran relacionadas con la actividad financiera. Como segunda medida y con el ánimo de reducir el campo de acción respecto al tema de esta investigación, se seleccionaron solo aquellas normas que tuvieran relación con la actividad bancaria, directamente con el sector bancario. Por último, se extrajeron todas las disposiciones relacionadas con la libertad de empresa para presentarlas a partir de cada norma consultada. Son exhibidas por medio de tablas para facilitar su lectura, además porque se incluyen las referencias que la norma hace a la intervención que realiza el Gobierno Nacional o a la realizada por la Superintendencia Financiera. Este capítulo no pretende ofrecer un análisis normativo, en primer lugar porque no es el objetivo del trabajo, y en segundo lugar, porque sin desconocer la importancia que representa un ejercicio como ese, el objetivo de presentar las disposiciones relacionadas con la libertad de empresa en el sector bancario, es seleccionar y agrupar, a manera de inventario, la

información legal que será usada con posterioridad. Por lo tanto es una transcripción de las disposiciones que aluden a la libertad de empresa en el sector bancario y que luego serán de utilidad para detectar aquellas que se configuran como restricciones con el fin de clasificarlas debidamente.

Las leyes 510 de 1999 y 795 de 2003 son normas que han modificado el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, razón por la cual no se señalarán sus disposiciones. Tampoco se señalarán las disposiciones del Decreto 2555 de 2010 por ser una norma de carácter técnico destinada a desarrollar, en su mayoría, las operaciones que realizan las entidades financieras y aseguradoras.

- **Ley 45 de 1990.** Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones.
- **Ley 35 de 1993.** Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora.
- **Decreto 663 de 1993.** Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.
- **Ley 510 de 1999.** Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades.

- **Ley 546 de 1999.** Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones.
- **Ley 795 de 2003.** Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.
- **Ley 1328 de 2009.** Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.
- **Decreto 2555 de 2010.** Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

Ley 45 de 1990

Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones.

Tabla 1. Disposiciones relativas a la libertad de empresa (Ley 45 de 1990)

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
<ul style="list-style-type: none"> ● Permite a los bancos participar en el capital de sociedades fiduciarias, de arrendamiento financiero o leasing, comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías. (Art. 1). ● Habilita a las instituciones financieras para poseer acciones en sociedades anónimas cuyo único objeto sea la prestación de servicios técnicos o administrativos necesarios para el giro ordinario de los negocios de dichas instituciones previa autorización general del Superintendente Bancario. (Art. 5). ● Prohíbe a los establecimientos de crédito prestar servicios fiduciarios, salvo tratándose de operaciones de recaudo y transferencia de fondos que sean complementarias o vinculadas a sus actividades o cuando obren como agentes de transferencia y registro de valores o como depositarios (Art. 6). ● Determina los montos mínimos de capital que deberán acreditarse para solicitar la constitución u organización de los bancos de ocho mil millones de pesos (\$8.000.000.000). (Art. 9). 	<ul style="list-style-type: none"> ● Le indica al Gobierno que dentro de los seis (6) meses siguientes a la vigencia de la ley establezca el término dentro del cual los establecimientos de crédito existentes deberán acreditar los montos absolutos de capital pagado y reserva legal, requeridos para las nuevas entidades. ● Atribuye al Gobierno Nacional, a través del Presidente de la República y el Ministro de Hacienda y Crédito Público, la designación del revisor fiscal, en las instituciones que sean o estén sometidas al régimen de empresa industrial y comercial del Estado, en que las funciones de la Asamblea General de 	<ul style="list-style-type: none"> ● Autoriza al Superintendente Bancario para cerciorarse, por medio de las investigaciones que estime pertinentes, del carácter, responsabilidad e idoneidad de la persona o personas mencionadas en el acta de constitución, o de los accionistas o administradores de quienes participen en la operación. Con base en el resultado de estas investigaciones el Superintendente Bancario adoptará la decisión pertinente. ● Faculta al Superintendente Bancario para que mediante normas de carácter general, fije los capitales mínimos que deberán acreditar las instituciones financieras en funcionamiento a que se refiere

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
<ul style="list-style-type: none"> ● Señala la <i>conversión</i>, la <i>escisión</i>, la <i>adquisición</i>, la <i>cesión de activos</i>, <i>pasivos y contratos</i>, y la <i>fusión</i> como mecanismos de integración empresarial de las instituciones financieras (Arts., 10, 11, 12, 13, 15). ● Asigna al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras la competencia para la liquidación y designación del liquidador de las Instituciones Financieras respecto a los procesos liquidatorios originados en medidas administrativas de liquidación adoptadas por el Superintendente Bancario (Art. 18). ● Ordena tener un revisor fiscal designado por la Asamblea General de Accionistas o por el órgano competente. El revisor fiscal cumplirá las funciones previstas en el Libro Segundo, Título I, Capítulo VIII del Código de Comercio y se sujetará a lo allí dispuesto, sin perjuicio de lo prescrito en otras normas. En todas las instituciones financieras con participación oficial la designación del revisor fiscal estará a cargo de la Asamblea General de Accionistas (Art. 20). ● Designa a la Junta Monetaria para que fije límites al volumen de las operaciones activas de crédito que las instituciones financieras pueden realizar, directa o indirectamente, con cualquier persona natural o jurídica, o con grupos o categorías de personas (Art. 23). ● Establece que sin perjuicio de las sanciones de carácter personal previstas en la Ley, la violación por parte de las instituciones financieras de lo dispuesto en las normas sobre <i>límites a las operaciones activas de crédito</i> podrá dar lugar, por cada infracción, a la imposición de una multa a favor del Tesoro Nacional, hasta por el doble del 	<p>Accionistas las cumpla la junta o el consejo directivo, (Art. 20).</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Respecto a los inversionistas extranjeros, insta al Gobierno Nacional fijar las condiciones generales de la inversión, su forma de aprobación y los términos de reembolso y de transferencia o reinversión de las utilidades. En todo caso, la inversión deberá implicar una operación de cambio que conlleve ingreso de divisas o ahorro de las mismas para el país, cuando menos por un monto igual al de la suscripción o adquisición de las acciones, de los bonos obligatoriamente convertibles en acciones o de los aportes sociales de carácter cooperativo (Art. 28). ● Reviste de facultades extraordinarias al Presidente de la República para que expida un estatuto orgánico del sistema financiero. También ordena la creación de una comisión asesora del Gobierno para esta tarea, conformada por tres senadores y tres representantes 	<p>el inciso 7o del artículo 92. de esta Ley y las sociedades de servicios financieros y de factoring.</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Exige la aprobación previa de la Superintendencia Bancaria, so pena de ineficacia, para la <i>conversión</i>, <i>escisión</i>, <i>adquisición de entidades financieras</i> y la <i>cesión de activos, pasivos y contratos</i> (Art. 14). ● Encarga al Superintendente Bancario de dar posesión al revisor fiscal de las entidades sometidas a su control y vigilancia (Art. 21). ● Faculta al Superintendente Bancario, previa aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público, para que establezca, mediante normas de carácter general, las circunstancias o eventos en los cuales deberá entenderse que una operación se ha realizado con una persona o con un grupo o categoría de ellas (Art. 23). ● Ordena a la Superintendencia Bancaria se cerciorase de la

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
<p>exceso sobre el límite señalado, que impondrá la Superintendencia Bancaria (Art. 24).</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Permite a los inversionistas extranjeros participar en el capital de las instituciones financieras, suscribiendo o adquiriendo acciones, bonos, obligatoriamente convertibles en acciones o aportes sociales de carácter cooperativo, en cualquier proporción (Art. 28). ● Regula y desarrolla las normas relativas a los intereses (Arts. 64 al 72). ● Señala que las instituciones financieras, (excepto los intermediarios de seguros), son todas aquellas sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (Art. 90). ● Define los establecimientos de crédito como las instituciones financieras cuya función principal consista en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito. Respecto a los establecimientos bancarios establece que son instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito (Art. 92). ● Ordena que las instituciones financieras sólo podrán participar en el capital de otras sociedades cuando para ello hayan sido autorizadas expresamente por normas de carácter general (Art. 92, par. 3ro). 	<p>designados por las comisiones terceras de cada Cámara, o en su defecto, por las respectivas mesas directivas de estas Comisiones (Art. 25).</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para que dentro de cuatro meses contados a partir de la vigencia de la presente ley modifique la estructura y determine las funciones de las dependencias internas de la Superintendencia Bancaria, para acomodarlas a las nuevas responsabilidades que le han sido asignadas (Art. 91). 	<p>solvencia patrimonial, profesional y moral del inversionista extranjero (Art. 28).</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Asigna a la Superintendencia Bancaria la certificación de la tasa de interés bancario corriente con base en la información financiera y contable que le sea suministrada por los establecimientos bancarios, analizando las tasas de las operaciones activas de crédito mediante técnicas adecuadas de ponderación (Art. 66).

Ley 35 de 1993

Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora.

Una de las principales iniciativas fue la regulación de la intervención, inspección, vigilancia y control por parte del Estado en la actividad financiera, bursátil y aseguradora. Sin embargo, el objetivo primordial de esta norma fue autorizar al Gobierno Nacional para que regulara las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público. De igual manera, le ordenó la actualización de la normatividad financiera y su compilación en un solo cuerpo normativo. De esta delegación surge el Decreto 663 de 1993, o actual Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).

Por su naturaleza de norma general o ley marco, sus disposiciones no están destinadas directamente a la limitación de la libertad de empresa sino en señalarle al Gobierno Nacional los objetivos y criterios que debe tener en cuenta al momento de regular la actividad financiera. Para el 2 de abril de 1993, el Gobierno expide el Decreto 663 de 1993, actual Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF), donde aparte de incluir esta ley en su articulado, se encarga también de actualizarlo. Solo a partir de la expedición de esta norma se materializan los límites a la libertad de empresa y se desarrolla con amplitud la función de intervención del Gobierno Nacional.

Decreto 663 de 1993

ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO (EOSF). Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.

Es el actual Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF). Expedido por facultades extraordinarias concedidas al Gobierno Nacional por la ley 35 de 1993, el Congreso de la República le confía, como tarea principal, la actualización, reorganización y numeración de la normatividad relevante al sector financiero.²⁹

Tabla 2. Disposiciones relativas a la libertad de empresa (Decreto 663 de 1993)

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia financiera
<ul style="list-style-type: none"> Organiza a las instituciones financieras en cinco clases: establecimientos de crédito, sociedades de servicios financieros, sociedades de capitalización, entidades aseguradoras e intermediarios de seguros e intermediarios de reaseguros. Ubica a los establecimientos bancarios dentro del grupo de establecimientos de crédito y define a estos últimos como instituciones financieras cuya función principal consiste en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos 	<ul style="list-style-type: none"> Dicta los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional para ejercer la intervención en la actividad financiera o en cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (Art. 46).³⁰ 	<ul style="list-style-type: none"> Señala las funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria: 1) Funciones de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades. 2) Funciones respecto de la actividad de las entidades. 3) Funciones de control y vigilancia. 4) Facultades de supervisión. 5) Facultades de prevención y

²⁹ Las disposiciones extraídas del Estatuto son las relacionadas con las entidades bancarias.

³⁰ Objetivos y criterios generales. Se han excluido aquellos alusivos a entidades diferentes a las bancarias.

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia financiera
<p>nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito (Arts. 1, 2, núm. 1) <Numeral 1o. modificado por el artículo 54 de la Ley 454 de 1998></p> <ul style="list-style-type: none"> • Define los establecimientos bancarios como aquellas instituciones financieras que tienen por función principal la captación de recursos en cuenta corriente bancaria, así como también la captación de otros depósitos a la vista o a término, con el objeto primordial de realizar operaciones activas de crédito (Art. 2, núm. 2). • Divide los establecimientos bancarios en dos clases: bancos comerciales y bancos hipotecarios. Igualmente posibilita la implementación de secciones dentro de los bancos: a) Sección Bancaria para la ejecución de negocios bancarios y comerciales; b) Sección de Ahorros para recibir, reconociendo intereses, depósitos a la vista o a término; y c) la Sección Comercial de un banco hipotecario como aquella que hace el negocio de recibir fondos de otros en depósito general y de usar éstos junto con su propio capital, para prestarlos y para comprar o descontar pagarés, giros o letras de cambio (Art. 6). • Autoriza las operaciones que pueden realizar los establecimientos bancarios. (Art. 7) <Modificado por el artículo 7o. de la Ley 510 de 1999; 26 de la Ley 1328 de 2009; 1 y 2 de la Ley 795 de 2003; El nuevo texto es el siguiente:> • Señala las inversiones autorizadas y admisibles a los establecimientos bancarios. (Arts. 8, 9). 	<ul style="list-style-type: none"> • Faculta al Gobierno Nacional de funciones específicas para el ejercicio de la intervención en relación con las entidades financieras y aseguradoras y en general respecto de las entidades cuyas actividades consistan en el manejo, aprovechamiento y la inversión de recursos captados del público (Art. 48). • Exige al Gobierno Nacional la promoción de la democratización del crédito (Art. 49). • Establece los límites a los cuales estará sujeto el Gobierno Nacional en el ejercicio de sus facultades de intervención (Art. 51). • Faculta al Gobierno Nacional para modificar las disposiciones de este capítulo (<i>Prevención de actividades delictivas</i>) relacionadas con los requisitos y procedimientos que deben adoptar las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia, con el fin de asegurar el cumplimiento de las 	<p>sanción. 6) Funciones de certificación y publicidad. 7) Funciones Jurisdiccionales (Art. 326).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Determina las facultades de la Superintendencia Financiera para autorizar la organización de las entidades sometidas a su control y vigilancia (Art. 71). • Faculta a la Superintendencia Bancaria para dictar las normas generales que en materia contable deban observar las entidades vigiladas, sin perjuicio de la autonomía de estas últimas para escoger y utilizar métodos accesorios, de conformidad con la ley (Art. 95). • Faculta a la Superintendencia Bancaria como autoridad sancionatoria administrativa (Art. 208). • Autoriza a la Superintendencia Bancaria imponer medidas cautelares a las personas naturales o jurídicas que realicen actividades exclusivas de las instituciones vigiladas sin contar

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia financiera
<ul style="list-style-type: none"> • Indica las prohibiciones y las limitaciones a las cuales se encuentran sometidos los establecimientos bancarios. (Art. 10). • Establece el procedimiento y los requisitos que deberán atender las entidades que se someterán a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, tanto para constituirse como para poder adelantar las operaciones propias de su actividad (Art. 53). • Impone a las entidades que pretendan constituirse como establecimientos bancarios, hacerlo bajo la forma de sociedades anónimas mercantiles (Art. 53, núm. 1) <Numeral modificado por el artículo 66 de la Ley 1328 de 2009. Entró a regir a partir del 15 de julio de 2013> • Regula los procesos de fusión, adquisición, conversión, escisión, cesión de activos, pasivos y contratos de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera (Arts. 55 al 68). • Señala las reglas de conducta y las obligaciones legales que deben atender las entidades bancarias, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios (Art. 72) <Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 795 de 2003> • Reglamenta la dirección, la administración y el control de los establecimientos bancarios al establecer cómo debe constituirse la junta directiva, la representación legal y la revisoría fiscal de los establecimientos bancarios. (Arts. 73, 74 y 79). 	<p>obligaciones establecidas en el numeral 1 del artículo 102 (<i>Obligación y control a actividades delictivas</i>), y numeral 1 del artículo 103 (<i>Transacciones sujetas a control</i>) del presente Estatuto, (Art. 106).</p>	<p>con la debida autorización (Art. 108, núm. 1).</p>

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia financiera
<ul style="list-style-type: none"> • Establece el régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los establecimientos bancarios (Art. 75). • Regula el régimen patrimonial al cual estarán sometidas las instituciones financieras (Arts. 80 al 87). • Señala un capital mínimo de cuarenta y cinco mil ochenta y cinco millones de pesos (\$45.085.000.000) que debe acreditarse para solicitar la constitución de establecimientos bancarios (Art. 80) <Modificado por el artículo 16 de la Ley 795 de 2003> • Reglamenta la negociación de acciones en referencia a toda transacción que realicen los inversionistas nacionales o extranjeros frente a las acciones suscritas de cualquier entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria (Arts. 88 al 91). • Exige a las entidades vigiladas autorización previa por parte de la Superintendencia Bancaria para abrir o cerrar sucursales o agencias en el territorio nacional. (Art. 92). • Permite a las entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Valores mediante contrato remunerado, el uso de su red de oficinas por parte de sociedades de servicios financieros, entidades aseguradoras, sociedades comisionistas de bolsa, sociedades de capitalización, e intermediarios de seguros para la promoción y gestión de las operaciones autorizadas a la entidad usuaria de la red y bajo la responsabilidad de esta última (Art. 93) <Artículo modificado por el artículo 116 de la Ley 510 de 1999> 		

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia financiera
<ul style="list-style-type: none"> • Establece el régimen de la información financiera y comercial (Arts. 95 al 97) <Modificado por el artículo 38 de la Ley 510 de 1999> <Modificado por el artículo 22 y 23 de la Ley 795 de 2003> • Ordena a las entidades vigiladas el deber de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas. Añade que no está sujeta a reserva la información correspondiente a los activos y al patrimonio de las entidades vigiladas, sin perjuicio del deber de sigilo que estas tienen sobre la información recibida de sus clientes y usuarios (Art. 97). • Indica las reglas relativas a la competencia y a la protección del consumidor (Arts. 98 al 100). • Establece el régimen general para la prevención de actividades delictivas (Arts. 102 al 107) <Modificado por el artículo 24 de la Ley 365 de 1997; por el artículo 27 de la Ley 795 de 2003; por los artículos 1, 2 y 12 de la Ley 1121 de 2006> • Sanciona el ejercicio ilegal de las actividades financiera y aseguradora (Arts. 108 y 109). • Enuncia las disposiciones especiales relativas a las operaciones de los establecimientos bancarios, entre las que se encuentran las relacionadas con las normas sobre cuentas corrientes, normas sobre secciones de ahorros, 		

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia financiera
<p>condiciones de los depósitos de ahorros y tasas de interés en operaciones pasivas (Arts. 124 al 128)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Establece el régimen sancionatorio administrativo aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, así como a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de estas (Arts. 208 al 215). • Señala el procedimiento para la toma de posesión y liquidación de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (Arts. 290 al 302). • Designa como autoridades de intervención y vigilancia al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras que tiene por objeto la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras inscritas; y a la Superintendencia Bancaria, organismo mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora (Arts. 316 al 337). 		

Ley 546 de 1999

Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones.

Tabla 3. Disposiciones relativas a la libertad de empresa (Ley 546 de 1999)

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
<ul style="list-style-type: none"> ● Establece como participantes del sistema especializado de financiación de vivienda, entre otros, a los establecimientos de crédito que otorguen préstamos con ese objetivo (Art. 4). ● Ordena que a partir de la vigencia de la presente ley, las corporaciones de ahorro y vivienda tendrán la naturaleza de bancos comerciales (Art. 5). ● Autoriza a los establecimientos de crédito la emisión de bonos hipotecarios denominados en UVR (Art. 9). ● Señala el procedimiento que se debe seguir para la liquidación de un establecimiento de crédito que tenga bonos hipotecarios en circulación (Art. 10). ● Permite a los establecimientos de crédito: <ul style="list-style-type: none"> – emitir títulos representativos de (i) cartera hipotecaria correspondiente a créditos hipotecarios desembolsados y a créditos hipotecarios futuros en 	<ul style="list-style-type: none"> • Dispone que el Gobierno Nacional regulará el sistema especializado de financiación de vivienda de largo plazo para fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo el derecho constitucional a la vivienda digna (Art. 2). • Faculta al Gobierno Nacional para reglamentar nuevas operaciones destinadas a la financiación de vivienda, expresadas en UVR, de conformidad con las disposiciones de la presente ley, y establecerá estímulos 	<p><i>El papel de la Superintendencia Bancaria en esta ley no es protagónico respecto a las implicaciones directas al ejercicio de la libertad de empresa por parte de las entidades de crédito o bancarias. La ley ha dispuesto, en su mayoría, las competencias de intervención sobre el Gobierno Nacional. Sin embargo, mal podría decirse que no le corresponden facultades de intervención a la Superintendencia, solo que son ejercidas más desde el ámbito de la inspección a través de la autorización que desde el ámbito del control o la vigilancia. Por</i></p>

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
<p>desarrollo de contratos de compraventa de créditos hipotecarios futuros.</p> <ul style="list-style-type: none"> – Suscribir contratos de leasing habitacional, para financiar la construcción y la adquisición de vivienda – Otorgar garantías a los títulos representativos de proyectos inmobiliarios de construcción. – Transferir su cartera hipotecaria correspondiente a créditos hipotecarios desembolsados y a créditos hipotecarios futuros en desarrollo de contratos de compraventa de créditos hipotecarios futuros. <p>(Art. 12)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Establece el régimen de financiación de vivienda a largo plazo (Art 17). • Impone a los establecimientos de crédito la obligación de destinar recursos a la financiación de vivienda de interés social (Art. 28). • Obliga a los establecimientos de crédito a suscribir en el mercado primario títulos de reducción de deuda (TDR)³¹ (Art. 45). 	<p>especiales para canalizar recursos del ahorro remunerado a la vista con destino a la financiación de vivienda (Art. 8).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Indica que el Gobierno Nacional señalará los requisitos y condiciones para la emisión y colocación de los diferentes títulos que se emitan en desarrollo de procesos de titularización de activos hipotecarios (Art. 12). • Dispone que el Gobierno Nacional establecerá las condiciones de los créditos de vivienda individual a largo plazo, que tendrán que estar denominados exclusivamente en UVR (Art. 17). • Establece que el Gobierno Nacional, mediante normas de carácter general, podrá ordenar a los establecimientos de crédito que otorguen crédito de vivienda individual a largo plazo, que pongan en práctica procedimientos dirigidos a 	<p><i>motivos metodológicos y en gran medida sustanciales, se descartan las referencias que esta ley hace a la Superintendencia Bancaria.</i></p>

³¹ Son una inversión obligatoria temporal destinada a efectuar los abonos sobre los saldos vigentes de las deudas individuales para la financiación de vivienda a largo plazo (Art. 44, EOSF).

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
	incrementar la competencia entre quienes deseen proveer los seguros que deban adquirir los deudores de dichos créditos (Art. 53).	

Ley 1328 de 2009

Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones.

Tabla 4. Disposiciones relativas a la libertad de empresa (Ley 1328 de 2009)

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
<ul style="list-style-type: none"> • Incluye dentro del concepto de <i>consumidor financiero</i> las siguientes definiciones: <ul style="list-style-type: none"> a. <i>Cliente</i>: persona natural o jurídica con quien las entidades vigiladas establecen relaciones de origen legal o contractual, para el suministro de productos o servicios, en desarrollo de su objeto social. b. <i>Usuario</i>: persona natural o jurídica quien, sin ser cliente, utiliza los servicios de una entidad vigilada. c. <i>Cliente Potencial</i>: persona natural o jurídica que se encuentra en la fase previa de tratativas preliminares con la entidad vigilada, respecto de los productos o servicios ofrecidos por esta. d. <i>Consumidor financiero</i>: es todo cliente, usuario o cliente potencial de las entidades vigiladas. e. <i>Productos y servicios</i>: se entiende por productos las operaciones legalmente autorizadas que se instrumentan en un contrato celebrado con el cliente o que tienen origen en la ley. Se entiende por servicios aquellas actividades conexas al desarrollo de las correspondientes operaciones y que se suministran a los consumidores financieros. f. <i>Contratos de adhesión</i>: son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas 	<ul style="list-style-type: none"> • Permite al Gobierno Nacional definir qué entidades vigiladas deberán contar con un Defensor del Consumidor Financiero (Art. 13). • Autoriza al Gobierno Nacional para que mediante normas de carácter general, señale el procedimiento para la presentación y resolución de quejas o reclamos ante el Defensor del Consumidor Financiero de las entidades vigiladas (Art. 20). 	<ul style="list-style-type: none"> • Faculta a la Superintendencia Financiera para establecer prohibiciones a las cláusulas o estipulaciones contractuales que se incorporen en los contratos de adhesión y prácticas abusivas fuera de las señaladas en esta ley (Arts. 11, 12). • Autoriza a la Superintendencia Financiera a sancionar las prácticas abusivas (Art. 12). • Permite a la Superintendencia Financiera determinar la infraestructura necesaria para el adecuado funcionamiento de la Defensoría del Consumidor Financiero (Art. 17). • Adiciona un inciso al literal b) del numeral 2 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en relación a las funciones y facultades de la

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
<p>cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.</p> <p>g. <i>Queja o reclamo</i>: es la manifestación de inconformidad expresada por un consumidor financiero respecto de un producto o servicio adquirido, ofrecido o prestado por una entidad vigilada y puesta en conocimiento de esta, del defensor del consumidor financiero, de la Superintendencia Financiera de Colombia o de las demás instituciones competentes, según corresponda.</p> <p>h. <i>Entidades vigiladas</i>: Son las entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.</p> <p>(Art. 2)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Establece los principios orientadores que rigen las relaciones entre consumidores financieros y las entidades vigiladas: <ul style="list-style-type: none"> a. <i>Debida diligencia</i>: las entidades vigiladas deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores para propender por la satisfacción de sus necesidades. b. <i>Libertad de elección</i>: libre escogencia de las respectivas contrapartes por parte de las entidades vigiladas y los consumidores financieros para la celebración de los contratos mediante los cuales se instrumente el suministro de productos o la prestación de servicios que ofrezcan las entidades vigiladas. Este 		<p>Superintendencia Financiera respecto a la autorización que esta puede conceder para las inversiones de capital realizadas por las entidades vigiladas (Art. 82).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Autoriza a la Superintendencia Financiera implementar el Registro de Defensores del Consumidor Financiero en la forma que establezca el Gobierno Nacional (Art. 18).

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
<p>principio alude también a la prohibición de trato diferente injustificado y la fundamentación de causas siempre objetivas para negar la prestación de servicios o el ofrecimiento de productos.</p> <p>c. <i>Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna</i>: las entidades vigiladas deben suministrar información cierta, suficiente, clara y oportuna a los consumidores financieros para que conozcan sus derechos, obligaciones y costos en las relaciones que establezcan con las entidades vigiladas.</p> <p>d. <i>Responsabilidad de las entidades vigiladas en el trámite de las quejas</i>: atención eficiente y debida en los plazos y condiciones previstos en la regulación vigente por parte de las entidades vigiladas de las quejas o reclamos impuestos por los consumidores financieros y diseñar e implementar acciones de mejora oportunas y continuas.</p> <p>e. <i>Manejo adecuado de los conflictos de interés</i>: deberán administrar los conflictos que surjan en desarrollo de su actividad entre sus propios intereses y los de los consumidores financieros, así como los conflictos que surjan entre los intereses de dos o más consumidores financieros, de manera transparente e imparcial, velando porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, sin perjuicio de otras disposiciones aplicables al respecto.</p> <p>f. <i>Educación para el consumidor financiero</i>: Las entidades vigiladas, las asociaciones gremiales, las asociaciones de consumidores, las instituciones públicas que realizan la intervención y supervisión en</p>		

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
<p>el sector financiero, así como los organismos de autorregulación, procurarán una adecuada educación de los consumidores financieros respecto de los productos y servicios financieros que ofrecen las entidades vigiladas, de la naturaleza de los mercados en los que actúan, de las instituciones autorizadas para prestarlos, así como de los diferentes mecanismos establecidos para la defensa de sus derechos.</p> <p>(Art. 3)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Posibilita a los consumidores financieros apoyarse en grupos u otras organizaciones de consumidores para la defensa de sus derechos. • Señala los derechos que tendrán los consumidores financieros durante todos los momentos de su relación con la entidad vigilada (Art5). • Indica las buenas prácticas de protección propia que para los consumidores financieros (Art. 6). • Establece las obligaciones especiales que deberán observar las entidades vigiladas. • Instituye el sistema de atención al consumidor financiero (SAC) que deberán implementar las entidades vigiladas. • Desarrolla el principio de <i>transparencia e información cierta, suficiente y oportuna</i> (al establecer – estableciendo) el contenido mínimo de información que debe ser suministrado al consumidor financiero como también el deber de informar acerca de las modificaciones a los productos, a las disposiciones generales de esta ley y a las específicas de otras normas (Arts. 9, 10). 		

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
<ul style="list-style-type: none"> • Implementa la defensoría del consumidor financiero como una institución orientada a la protección especial de los consumidores financieros que deberá ejercer con autonomía e independencia (Art. 13). • Establece el régimen sancionatorio al que se someterán las entidades vigiladas y el Defensor del Consumidor por el incumplimiento de las normas previstas (Art. 21). • Señala las facultades, los objetivos, y los instrumentos de intervención del Gobierno Nacional (Art. 24). • Señala que a partir de la entrada en vigencia de esta ley, las compañías de financiamiento comercial pasarán a llamarse “Compañías de Financiamiento” (Art. 25) • Autoriza nuevas operaciones a los establecimientos bancarios (Art. 26). • Modifica el inciso 1° del numeral 2 del artículo 316 de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero relacionado al objeto general del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Art. 41). • Adiciona el Capítulo XIV en la Primera Parte del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero relacionado al régimen aplicable a las sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior. Agrega que la inspección y vigilancia de estas sucursales se realizará en los mismos términos y condiciones en que se realiza dicha función respecto de los bancos y las compañías de seguros constituidas en el territorio nacional, respectivamente, sin perjuicio de las facultades del Gobierno Nacional en la materia (Art. 65). • Modifica los numerales 1, 3 y 6 del artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero relacionado a 		

Disposiciones relativas a la libertad de empresa	Intervención	
	Gobierno nacional	Superintendencia
la constitución de sucursales de bancos y compañías de seguros del exterior en lo referente a la forma social, el contenido de la solicitud y la constitución y registro (Art. 66).		
<ul style="list-style-type: none">• Establece los criterios para el ejercicio de la supervisión a los cuales debe sujetarse la Superintendencia Financiera (Art 67).		

4. Límites a la libertad de empresa en el sector bancario

A continuación se presenta el resultado de una labor de clasificación de las disposiciones relacionadas con la libertad de empresa que limitan la actividad bancaria. Este capítulo se desarrolló de la siguiente manera, primero: de las disposiciones extraídas del marco legal financiero se seleccionaron aquellas que representan límites a la libertad económica y se clasificaron de acuerdo al ámbito de la empresa en el que inciden: i) límites a la constitución, ii) límites al funcionamiento y, iii) límites a las operaciones. Segundo: de la clasificación anterior se establecieron dos criterios a los límites según se presenten de manera *restrictiva* o de manera *permisiva*; esto quiere decir que no siempre se manifiestan como una prohibición, también pueden autorizar la ejecución de determinados actos necesarios para el desarrollo de las actividades propias de las entidades bancarias. Tercero: se realizó otra clasificación de acuerdo a quien se destina la restricción, esto es, si los límites se imponen a los individuos en razón a las calidades que deben acreditar y al régimen de obligaciones y responsabilidades que les asisten por motivo al cargo que ostentan en la entidad, se está haciendo referencia a límites *subjetivos*; pero si los límites están relacionados a las exigencias que deben ser tenidas en cuenta en razón a la entidad bancaria, se está frente a límites *objetivos*.³² Nuevamente vale advertir que en este capítulo no se pretende realizar un análisis de las disposiciones seleccionadas ni tampoco añadir comentarios a cada una. Se resalta también que aunque no se desprecia dicha actividad de análisis y su importancia en el campo del Derecho bancario, se escapa del propósito del trabajo, además de ser una labor que demandaría mayor cantidad de tiempo para su realización.

³² Estas últimas clasificaciones no constituyen categorías independientes, son únicamente sub-clasificaciones realizadas para ilustrar la calidad que le asiste a los límites a partir de la clasificación principal que es la determinada por los ámbitos de la entidad bancaria.

4.1. Límites según el ámbito de la entidad bancaria

4.1.1. Límites a la constitución

- Capitales mínimos de las instituciones financieras. Los montos mínimos de capital que deberán acreditarse para solicitar la constitución de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros, serán de cuarenta y cinco mil ochenta y cinco millones de pesos (\$45.085.000.000) para los establecimientos bancarios. (Art. 80).³³
- Procedimiento para la constitución de instituciones financieras:
 1. Forma social. Las entidades que, conforme al presente Estatuto, deban quedar sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia se constituirán bajo la forma de sociedades anónimas mercantiles o de asociaciones cooperativas, con excepción de los bancos y compañías de seguros del exterior que operen en el país por medio de sucursales, las cuales podrán operar bajo la forma jurídica que tengan.
 2. Requisitos para adelantar operaciones. Quienes se propongan adelantar operaciones propias de las instituciones cuya inspección y vigilancia corresponde a la Superintendencia Bancaria deberán constituir una de tales entidades, previo el cumplimiento de los requisitos que se establecen en el presente capítulo, y obtener el respectivo certificado de autorización.

³³ El monto vigente para el año 2015 es de setenta y nueve mil ochocientos treinta y cinco millones de pesos (\$79,835,000.000). Al respecto puede consultarse la página de internet de la Superintendencia Financiera de Colombia: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?!Servicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=61318> (Consultada el día 9 de junio de 2015).

3. Contenido de la solicitud. La solicitud para constituir una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia deberá presentarse por los interesados acompañada de la siguiente información:

- a) El proyecto de estatutos sociales; en el caso de las sucursales de bancos o compañías de seguros del exterior, deberá enviarse copia auténtica del documento de su fundación o constitución, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la entidad y la personería de sus representantes; así mismo, deberá enviarse un documento suscrito por el representante legal de la entidad del exterior en el que certifique que, de conformidad con la ley aplicable y sus estatutos, está en capacidad legal de responder por las obligaciones que contraiga la sucursal en el país;
- b) El monto de su capital, que no será menor al requerido por las disposiciones pertinentes, y la forma en que será pagado, indicando la cuantía de las suscripciones a efectuar por los asociados; en el caso de las sucursales de bancos o compañías de seguros del exterior, deberá indicarse el monto del capital asignado a la sucursal en Colombia, el cual deberá ser efectivamente incorporado en el país y convertido a moneda nacional, y no podrá ser menor al requerido por las disposiciones pertinentes para la constitución de bancos o compañías de seguros en el país;
- c) La hoja de vida de las personas que pretendan asociarse y de las que actuarían como administradores, así como la información que permita establecer su carácter, responsabilidad, idoneidad y situación patrimonial; en el caso de las sucursales de bancos o compañías de seguros del exterior, las hojas de vida de las personas que tengan la calidad de beneficiario real del 10% o más del capital de la respectiva entidad

- extranjera, de los administradores de la misma, así como de quienes actuarían como apoderados y administradores de la sucursal;
- d) Estudio que demuestre satisfactoriamente la factibilidad de la empresa, el cual deberá hacerse extensivo para el caso de las entidades aseguradoras a los ramos de negocios que se pretendan desarrollar; dicho estudio deberá indicar la infraestructura tecnológica y administrativa que se utilizará para el desarrollo de objeto de la entidad, los mecanismos de control interno, un plan de gestión de los riesgos inherentes a la actividad, así como la información complementaria que solicite para el efecto la Superintendencia Financiera de Colombia; este requisito también será aplicable a las sucursales de bancos o compañías de seguros del exterior;
- e) La información adicional que requiera la Superintendencia Financiera de Colombia para los fines previstos en el numeral 5 del presente artículo;
- f) Para la constitución de entidades de cuyo capital sean beneficiarios reales entidades financieras del exterior, o para la constitución de sucursales de bancos o compañías de seguros del exterior, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá subordinar su autorización a que se le acredite que será objeto, directa o indirectamente, con la entidad del exterior, de supervisión consolidada por parte de la autoridad extranjera competente, conforme a los principios generalmente aceptados en esta materia a nivel internacional. Igualmente podrá exigir copia de la autorización expedida por el organismo competente del exterior respecto de la entidad que va a participar en la institución financiera en Colombia o constituir la sucursal, cuando dicha autorización se requiera de acuerdo con la ley aplicable. Igualmente podrá exigir para autorizar la adquisición de acciones por parte de una entidad financiera extranjera.

4. Publicidad de la solicitud y oposición de terceros. Dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la documentación completa a que hace alusión el numeral precedente, el Superintendente Bancario autorizará la publicación de un aviso sobre la intención de constituir la entidad correspondiente, en un diario de amplia circulación nacional, en el cual se exprese, a lo menos, el nombre de las personas que se proponen asociar, el nombre de la institución proyectada, el monto de su capital y el lugar donde haya de funcionar, todo ello de acuerdo con la información suministrada con la solicitud. Tal aviso será publicado en dos ocasiones, con un intervalo no superior a siete (7) días, con el propósito de que los terceros puedan presentar oposiciones en relación con dicha intención, a más tardar dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la última publicación.
5. Autorización para la constitución. Surtido el trámite a que se refiere el numeral anterior, el Superintendente Financiero deberá resolver sobre la solicitud dentro de los cuatro (4) meses siguientes, contados a partir de la fecha en que el peticionario haya presentado toda la documentación que requiera de manera general la Superintendencia Financiera. No obstante lo anterior, el término previsto en este numeral se suspenderá en los casos en que la Superintendencia Financiera solicite información complementaria o aclaraciones. La suspensión operará hasta la fecha en que se reciba la respuesta completa por parte del peticionario. El Superintendente negará la autorización para constituir la entidad cuando la solicitud no satisfaga los requisitos legales. Igualmente la negará cuando a su juicio los solicitantes no hayan acreditado satisfactoriamente el carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación, de tal manera que éstas le inspiren confianza sobre la forma como participarán en la dirección y

administración de la entidad financiera. En todo caso, se abstendrá de autorizar la participación de las siguientes personas:

- a) Las que hayan cometido delitos contra el patrimonio económico, lavado de activos, enriquecimiento ilícito y los establecidos en los Capítulos Segundo del Título X y Segundo del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal y las normas que los modifiquen, sustituyan o adicionen;
- b) Aquellas a las cuales se haya declarado la extinción del dominio de conformidad con la Ley 333 de 1996, cuando hayan participado en la realización de las conductas a que hace referencia el artículo 2o. de dicha ley;
- c) Las sancionadas por violación a las normas que regulan los cupos individuales de crédito, y
- d) Aquellas que sean o hayan sido responsables del mal manejo de los negocios de la institución en cuya dirección o administración hayan intervenido.

6. Constitución y registro. Dentro del plazo establecido en la resolución que autorice la constitución de la entidad deberá elevarse a escritura pública el proyecto de estatutos sociales e inscribirse de conformidad con la ley. Tratándose de sucursales de bancos o compañías de seguros del exterior, se deberá dar cumplimiento a lo previsto en el Código de Comercio para la constitución de sucursales de sociedades extranjeras. La entidad adquirirá existencia legal a partir del otorgamiento de la escritura pública correspondiente o, en el caso de las sucursales, a partir de la protocolización de los documentos mencionados en el literal a) del numeral 3 del presente artículo, aunque sólo podrá desarrollar actividades distintas de las relacionadas con su organización una vez obtenga el certificado de autorización. Parágrafo. La entidad, cualquiera sea su naturaleza, deberá

efectuar la inscripción de la escritura de constitución en el registro mercantil. Para todas las entidades, exceptuando las sucursales de bancos o compañías de seguros del exterior, esta constitución deberá efectuarse en la forma establecida para las sociedades anónimas, sin perjuicio de la inscripción de todos los demás actos, libros y documentos en relación con los cuales se le exija a dichas sociedades tal formalidad.

7. El Superintendente Bancario expedirá el certificado de autorización dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que se acredite la constitución regular, el pago del capital de conformidad con las previsiones del presente estatuto, la existencia de la infraestructura técnica y operativa necesaria para funcionar regularmente, de acuerdo con lo señalado en el estudio de factibilidad y la inscripción en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, cuando se trate de entidades que de acuerdo con las normas que las regulan tienen seguro o garantía del Fondo.
8. Prueba de la existencia y representación de las entidades vigiladas. De acuerdo con las modalidades propias de la naturaleza y estructura de las entidades vigiladas, la certificación sobre su existencia deberá expedirla la Superintendencia Bancaria.

(Art. 53).

4.1.2. Límites al funcionamiento

- La fusión de entidades financieras o aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Bancaria se regirá por las normas especiales contenidas en este capítulo. En lo no previsto, se aplicarán las demás normas de carácter especial y lo dispuesto en el Código de Comercio y en la Ley 79 de 1988, según el caso (Art. 55).

- La adquisición de entidades financieras y aseguradoras se sujetará a las normas de este capítulo y, en lo no previsto, a las demás normas de este Estatuto. En el evento en que una entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros, llegare a adquirir la totalidad de las acciones en circulación de otra entidad vigilada, la asamblea general de accionistas o el órgano que haga sus veces podrá optar por absorber la empresa y el patrimonio de la sociedad receptora de la inversión, con el quórum requerido para aprobar la fusión. La sociedad adquirida se disolverá sin liquidarse y sus derechos y obligaciones se integrarán al patrimonio de la adquirente a partir de la inscripción del acuerdo en el registro mercantil (Art. 63, núms. 1 y 2).
- Todo establecimiento de crédito podrá convertirse en cualquiera otra de las especies de establecimientos de crédito (Art. 66).
- La empresa y el patrimonio de una entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, podrán dividirse en dos o más empresas que constituyan el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o por algunos de sus socios (Art. 67).
- Las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, por disposición legal o decisión de la asamblea general de accionistas o del órgano que haga sus veces, podrán ceder la totalidad de sus activos y pasivos, así como de los contratos que les hayan dado origen, con sujeción a las reglas que a continuación se indican (Art. 68).
- Los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento, los almacenes generales de depósito, las sociedades fiduciarias y las sociedades de capitalización, tendrán un número de directores que no será menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) (Art. 73).

- La persona que ejerza la gerencia de un establecimiento bancario, corporación financiera, corporación de ahorro y vivienda*, compañía de financiamiento comercial, sociedad de capitalización o sociedad de servicios financieros, sea como gerente o subgerente, tendrá la personería para todos los efectos legales y se presume, en el ejercicio de su cargo, que tiene autorización de la respectiva junta directiva para llevar la representación legal y obligar a la entidad frente a terceros, aunque no exhiba la constancia de tal autorización, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir para con dicha entidad, si hubiera procedido sin facultad suficiente cuando ha debido tenerla (Art. 74).
- Toda entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea su naturaleza, con excepción de los intermediarios de seguros, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 45 de 1990, deberá tener un revisor fiscal designado por la asamblea general de accionistas o por el órgano competente. El revisor fiscal cumplirá las funciones previstas en el (libro segundo, título I, capítulo VIII del) Código de Comercio y se sujetará a lo allí dispuesto, sin perjuicio de lo prescrito en otras normas (Art. 79).

4.1.3. Límites a las operaciones

- Operaciones autorizadas. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes:
 - a. Descontar y negociar pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda;
 - b. Recibir depósitos en cuenta corriente, a término y de ahorros, conforme a las previsiones contenidas en el Código de Comercio y en el presente Estatuto;
 - c. Cobrar deudas y hacer pagos y traspasos;

- d. Comprar y vender letras de cambio y monedas;
- e. Otorgar crédito, incluidos préstamos para realizar operaciones dirigidas a adquirir el control de otras sociedades o asociaciones, sin perjuicio de lo previsto en el literal c) del artículo 10 del presente estatuto.
- f. Aceptar para su pago, en fecha futura, letras de cambio que se originen en transacciones de bienes correspondientes a compraventas nacionales o internacionales.
- g. Expedir cartas de crédito;
- h. Recibir bienes muebles en depósito para su custodia, según los términos y condiciones que el mismo banco prescriba, y arrendar cajillas de seguridad para la custodia de tales bienes;
- i. Tomar préstamos dentro y fuera del país, con las limitaciones señaladas por las leyes;
- j. Obrar como agente de transferencia de cualquier persona y en tal carácter recibir y entregar dinero, traspasar, registrar y refrendar títulos de acciones, bonos u otras constancias de deudas;
- k. Celebrar contratos de apertura de crédito, conforme a lo previsto en el Código de Comercio.
- l. Otorgar avales y garantías, con sujeción a los límites y prohibiciones que establezcan la Junta Directiva del Banco de la República y el Gobierno Nacional, cada uno dentro de su competencia.
- m. Realizar las operaciones de que trata el numeral 5 del artículo 22 del presente Estatuto.
- n. Realizar operaciones de leasing habitacional las cuales deben tener por objeto bienes inmuebles destinados a vivienda. Estas operaciones se considerarán leasing operativo para efectos contables y tributarios.

- o. Para el desarrollo de esta operación los Establecimientos Bancarios deberán dar prioridad a los deudores de créditos de vivienda que hayan entregado en dación de pago el respectivo bien inmueble. Lo anterior siempre y cuando tales personas naturales, cumplan los requisitos legales mínimos relacionados con el respectivo análisis del riesgo crediticio.
- p. En el reglamento que expida el Gobierno Nacional en desarrollo del presente artículo, adoptará medidas que garanticen la protección de los usuarios o locatarios.
- q. ñ. Celebrar contratos de administración no fiduciaria de la cartera y de las acreencias de las entidades financieras que han sido objeto de toma de posesión para liquidación.
- r. Realizar operaciones de leasing y arrendamiento sin opción de compra.
- s. Autorízase a los establecimientos bancarios para manejar las cuentas de ahorro programado obligatorio previstas en el literal b) del numeral 4 del artículo 40 de la Ley 1151 de 2007.

(Art. 7).

- Todos los establecimientos bancarios estarán sometidos a las siguientes disposiciones:
 - a. No podrán tomar o poseer en ningún tiempo más del diez por ciento (10%) del total de las acciones de otro establecimiento bancario como garantía adicional de empréstitos, ni una cantidad de tales acciones que exceda del diez por ciento (10%) del capital pagado y reservas del primero. Esta restricción no impide la aceptación de cualesquiera de tales acciones de otro establecimiento bancario para asegurar el pago de deudas previamente contraídas de buena fe, pero dichas acciones deberán ser vendidas dentro de un (1) año, contado desde la adquisición de ellas, a menos que este término sea

prorrogado por el Superintendente, de acuerdo con las facultades establecidas en este Estatuto;

- b. No podrán adquirir ni poseer sus propias acciones, a menos que la adquisición sea necesaria para prevenir pérdida de deudas previamente contraídas de buena fe.
- c. No podrán conceder financiación, directa o indirectamente, con el objeto de poner en capacidad a cualquier persona de adquirir acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de la propia entidad o de cualquier institución financiera o entidad aseguradora, salvo que dicha adquisición esté referida a acciones colocadas en forma primaria o se realice en proceso de privatización y que el préstamo sea hecho sobre otras seguridades que tengan un valor comercial conocido igual o superior al ciento veinticinco por ciento (125%) de la cantidad prestada.
- d. No podrán emitir obligaciones que puedan o deban circular como moneda;
- e. No podrán limitar o restringir en forma alguna la cuantía de los saldos provenientes de depósitos en cuentas corrientes;
- f. No podrán recibir en garantía de préstamos las letras de cambio con un plazo superior a noventa (90) días;
- g. No podrán otorgar hipoteca o prenda que afecte la libre disposición de sus activos, salvo que se confiera para garantizar el pago del precio que quede pendiente de cancelar al adquirir el bien o que tenga por objeto satisfacer los requisitos generales impuestos por el Banco de la República, por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras o por las entidades financieras de redescuento para realizar operaciones con tales instituciones, ni tampoco podrán transferir sus propios activos en desarrollo de contratos de arrendamiento financiero, en la modalidad de lease back; y

- h. Ningún establecimiento bancario podrá comprar o poseer productos, mercancías, semovientes, acciones de otras corporaciones o bonos de renta (income bonds) u otras seguridades semejantes, salvo que tales bienes muebles o seguridades hayan sido recibidos por él como garantía de préstamos o para asegurar los que haya hecho previamente de buena fe.
- Todo establecimiento bancario, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes, podrá efectuar las siguientes inversiones:
 - a. Comprar, poseer y vender toda clase de obligaciones que devenguen intereses, emitidas por el Gobierno Nacional, por los departamentos o por los municipios, pero no podrán comprar tales obligaciones cuando los intereses y amortización de ellas estén atrasados;
 - b. Comprar, poseer y vender bonos u otras obligaciones que devenguen intereses, emitidas por el Gobierno Nacional o por Gobiernos extranjeros, por compañías ferroviarias o industriales, pero ningún Banco comercial invertirá más del diez por ciento (10%) de su capital pagado y reservas en bonos de cualquier gobierno o compañía, excepción hecha del Gobierno Nacional;
 - c. Comprar, poseer y vender cédulas que devenguen intereses, emitidas por Bancos hipotecarios, que hagan negocio en Colombia y que no se hayan puesto en mora para pagar capital e intereses, durante los diez años anteriores a la fecha en que se haga la compra. El monto total invertido en cédulas de todos los Bancos hipotecarios, no excederá del treinta por ciento (30%) del capital y fondo de reserva del banco que haga la inversión.

4.2. Límites según su carácter restrictivo o permisivo

4.2.1. Límites restrictivos

- En adelante los establecimientos de crédito no podrán prestar servicios fiduciarios, salvo tratándose de operaciones de recaudo y transferencia de fondos que sean complementarias o vinculadas a sus actividades o cuando obren como agentes de transferencia y registro de valores o como depositarios (L. 45/90, Art. 6).
- Toda institución financiera sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y aquellas sujetas al control y vigilancia de la Comisión Nacional de Valores, cualquiera sea su naturaleza, deberán tener un revisor fiscal designado por la Asamblea General de Accionistas o por el órgano competente (L. 45/90, Art. 20).
- Corresponderá a la Junta Monetaria fijar límites al volumen de las operaciones activas de crédito que las instituciones financieras pueden realizar, directa o indirectamente, con cualquier persona natural o jurídica, o con grupos o categorías de personas (L. 45/90, Art. 23).
- Las instituciones financieras sólo podrán participar en el capital de otras sociedades cuando para ello hayan sido autorizadas expresamente por normas de carácter general (L. 45/90, Art 92, par. 3°).
- Las entidades que, conforme al presente Estatuto, deban quedar sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia se constituirán bajo la forma de sociedades anónimas mercantiles o de asociaciones cooperativas, con excepción de los bancos y compañías de seguros del exterior que operen en el país por medio de sucursales, las cuales podrán operar bajo la forma jurídica que tengan (D. 663/93, Art. 53, núm. 1).

- Reglas de conducta y obligaciones legales de las entidades vigiladas, de sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios. Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo 335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas: (...) (D. 663/93, Art. 72).
- Régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los establecimientos bancarios (D. 663/93, Art. 75).
- Los montos mínimos de capital que deberán acreditarse para solicitar la constitución de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, con excepción de los intermediarios de seguros, serán de cuarenta y cinco mil ochenta y cinco millones de pesos (\$45.085.000.000) para los establecimientos bancarios (...) (D. 663/93, Art. 80).
- Las entidades vigiladas sólo podrán abrir o cerrar sucursales o agencias, en el territorio nacional, previa autorización de la Superintendencia Bancaria (D. 663/93, Art. 92).
- Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas (D. 663/93, Art. 97).
- Las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones 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 destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas (D. 663/93, Art. 102).

4.2.2. Límites permisivos

- Los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento podrán participar en el capital de sociedades fiduciarias, de arrendamiento financiero o leasing, comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías. (L. 45/90, Art. 1).
- Previa autorización general del Superintendente Financiero, las instituciones financieras podrán poseer acciones en sociedades anónimas cuyo único objeto sea la prestación de servicios técnicos o administrativos necesarios para el giro ordinario de los negocios de dichas instituciones (L. 45/90, Art. 5).
- Todo establecimiento de crédito podrá convertirse en cualquiera otra de las especies de establecimientos de crédito (L. 45/90, Art. 10).
- La empresa y el patrimonio de una institución financiera podrán subdividirse en dos o más empresas que constituyan el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o por algunos de sus socios (L. 45/90, Art. 11).
- En el evento en que una institución financiera llegare a adquirir la totalidad de las acciones en circulación de otra institución financiera, la asamblea general de accionistas o el órgano que haga sus veces podrá optar por absorber la empresa y el patrimonio de la

sociedad receptora de la inversión, con el quórum requerido para aprobar la fusión (L. 45/90, Art. 12).

- Una institución financiera, por disposición legal o decisión de la asamblea general de accionistas o del órgano que haga sus veces, podrá ceder la totalidad de sus activos y pasivos, así como de los contratos que les hayan dado origen (...) (L. 45/90, Art. 13)
- Sin perjuicio de lo previsto en normas especiales, la fusión de establecimientos de crédito y la de entidades aseguradoras se sujetará a las reglas consagradas en el Código de Comercio.
- Los inversionistas extranjeros podrán participar en el capital de las instituciones financieras, suscribiendo o adquiriendo acciones, bonos, obligatoriamente convertibles en acciones o aportes sociales de carácter cooperativo, en cualquier proporción (L. 45/90, Art. 28).
- Operaciones autorizadas. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes: (...) (D663 Art. 7)
- Inversiones autorizadas y admisibles. Todo establecimiento bancario, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes, podrá efectuar las siguientes inversiones (...) (D663 Arts. 8 y 9).
- Las entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Valores podrán permitir mediante contrato remunerado, el uso de su red de oficinas por parte de sociedades de servicios financieros, entidades aseguradoras, sociedades comisionistas de bolsa, sociedades de capitalización, e intermediarios de seguros para la promoción y gestión de

las operaciones autorizadas a la entidad usuaria de la red y bajo la responsabilidad de esta última (D663 Art. 93).

4.3. Límites según su aspecto objetivo o subjetivo

4.3.1. Límites objetivos

- Los bancos, las corporaciones financieras y las compañías de financiamiento comercial podrán participar en el capital de sociedades fiduciarias, de arrendamiento financiero o leasing, comisionistas de bolsa, almacenes generales de depósito y sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, (Ley 45/90, Art. 1).
- Previa autorización general del Superintendente Bancario, las instituciones financieras podrán poseer acciones en sociedades anónimas cuyo único objeto sea la prestación de servicios técnicos o administrativos necesarios para el giro ordinario de los negocios de dichas instituciones. (Ley 45/90, Art. 5).
- En adelante los establecimientos de crédito no podrán prestar servicios fiduciarios, salvo tratándose de operaciones de recaudo y transferencia de fondos que sean complementarias o vinculadas a sus actividades o cuando obren como agentes de transferencia y registro de valores o como depositarios. (Ley, 45/90, Art. 6).
- Conversión. Todo establecimiento de crédito podrá convertirse en cualquiera otra de las especies de establecimientos de crédito.(Ley 45/90, Art. 10)
- Escisión. La empresa y el patrimonio de una institución financiera podrán subdividirse en dos o más empresas que constituyan el objeto de dos o más sociedades formadas por todos o por algunos de sus socios (Ley 45/90, Art. 12).

- Adquisición. En el evento en que una institución financiera llegare a adquirir la totalidad de las acciones en circulación de otra institución financiera, la asamblea general de accionistas o el órgano que haga sus veces podrá optar por absorber la empresa y el patrimonio de la sociedad receptora de la inversión, con el quórum requerido para aprobar la fusión (Ley 45/90, Art. 12).
- Cesión de activos, pasivos y contratos. Una institución financiera, por disposición legal o decisión de la asamblea general de accionistas o del órgano que haga sus veces, podrá ceder la totalidad de sus activos y pasivos, así como de los contratos que les hayan dado origen (...) (Ley 45/90, Art. 13).
- Fusión. Sin perjuicio de lo previsto en normas especiales, la fusión de establecimientos de crédito y la de entidades aseguradoras se sujetará a las reglas consagradas en el Código de Comercio (Ley 45/90, Art. 15).
- Determinación de los límites. Corresponderá a la Junta Monetaria fijar límites al volumen de las operaciones activas de crédito que las instituciones financieras pueden realizar, directa o indirectamente, con cualquier persona natural o jurídica, o con grupos o categorías de personas (Ley 45/90, Art. 23).
- Sanciones institucionales por violación a las normas sobre límites de crédito. Sin perjuicio de las sanciones de carácter personal previstas en la Ley, la violación por parte de las instituciones financieras de lo dispuesto en las normas sobre límites a las operaciones activas de crédito podrá dar lugar, por cada infracción, a la imposición de una multa a favor del Tesoro Nacional (...) (Ley 45/90, Art. 24).

- Las instituciones financieras sólo podrán participar en el capital de otras sociedades cuando para ello hayan sido autorizadas expresamente por normas de carácter general (Ley 45/90, Art. 92, par. 3°).
- Operaciones autorizadas. Todo establecimiento bancario organizado de conformidad con este Estatuto tendrá las siguientes facultades, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes (...) (Decreto 663/93, Art. 7).
- Inversiones autorizadas e inversiones admisibles. Todo establecimiento bancario, con sujeción a las restricciones y limitaciones impuestas por las leyes, podrá efectuar las siguientes inversiones (...) (Decreto 663, Arts. 8 y 9).
- Prohibiciones y limitaciones. Todos los establecimientos bancarios estarán sometidos a las siguientes disposiciones (...) (Decreto 663/93, Art. 10).
- Procedimiento para la constitución de instituciones financieras (Decreto 663/93, Art. 53).
- Los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento, los almacenes generales de depósito, las sociedades fiduciarias y las sociedades de capitalización, tendrán un número de directores que no será menor de cinco (5) ni mayor de diez (10). (Decreto 663/93, Art. 73).
- Toda entidad sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea su naturaleza, con excepción de los intermediarios de seguros, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 45 de 1990, deberá tener un revisor fiscal designado por la asamblea general de accionistas o por el órgano competente (Decreto 663/93, Art. 79).
- Las entidades vigiladas sólo podrán abrir o cerrar sucursales o agencias, en el territorio nacional, previa autorización de la Superintendencia Bancaria (Decreto 663/93, Art. 92).

- Las entidades vigiladas por las Superintendencias Bancaria y de Valores podrán permitir mediante contrato remunerado, el uso de su red de oficinas por parte de sociedades de servicios financieros, entidades aseguradoras, sociedades comisionistas de bolsa, sociedades de capitalización, e intermediarios de seguros para la promoción y gestión de las operaciones autorizadas a la entidad usuaria de la red y bajo la responsabilidad de esta última (Decreto 663/93, Art. 93).
- Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas (Decreto 663/93, Art. 97).
- Ningún establecimiento bancario podrá emitir obligaciones que puedan o deban circular como moneda (Decreto 663/93, Art. 124).
- Participantes. Harán parte del sistema especializado de financiación de vivienda: 1. El Consejo Superior de Vivienda. 2. Los establecimientos de crédito que otorguen préstamos con este objetivo. 3. Los ahorradores e inversionistas. 4. Los deudores. 5. Los constructores, y 6. Los demás agentes que desarrollen actividades relacionadas con la financiación de vivienda tales como fondos hipotecarios, sociedades fiduciarias en su calidad de administradoras de patrimonios autónomos, sociedades titularizadoras y otros agentes o intermediarios. (Ley 546/99, Art. 4).
- Conversión de las corporaciones de ahorro y vivienda. A partir de la vigencia de la presente ley, las corporaciones de ahorro y vivienda tendrán la naturaleza de bancos comerciales. (Ley 546/99, Art. 5).

- Bonos hipotecarios. Se autoriza a los establecimientos de crédito la emisión de bonos hipotecarios denominados en UVR (...) (Ley 546/99, Art. 9).
- Obligación de los establecimientos de crédito de destinar recursos a la financiación de vivienda de interés social. Las entidades financieras deberán destinar anualmente, durante los cinco (5) años siguientes a la vigencia de la presente ley, como mínimo el veinticinco por ciento (25%) del incremento de la cartera bruta de vivienda, al otorgamiento de crédito para financiar la construcción, mejoramiento y adquisición de vivienda de interés social (Ley 546/99, Art. 28).
- Sujetos obligados a invertir en TRD. Estarán obligados a suscribir en el mercado primario TRD todos los establecimientos de crédito, las sociedades de capitalización, las compañías de seguros, los fondos comunes ordinarios, especiales y de inversión administrados por sociedades fiduciarias, los fondos de valores administrados por sociedades comisionistas de bolsa y los fondos de inversión administrados por las sociedades administradoras de inversión (Ley 546/99, Art. 45).

4.3.2. Límites subjetivos

- Participación de los inversionistas extranjeros en las instituciones financieras. Los inversionistas extranjeros podrán participar en el capital de las instituciones financieras, suscribiendo o adquiriendo acciones, bonos, obligatoriamente convertibles en acciones o aportes sociales de carácter cooperativo, en cualquier proporción (Ley 45/90, Art. 28).
- Las entidades vigiladas, sus administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y funcionarios, deben obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio al interés público de conformidad con el artículo

335 de la Constitución Política, para lo cual tienen la obligación legal de abstenerse de realizar las siguientes conductas (...) (Decreto 663/93, Art. 72).

- Los directores de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, una vez nombrados o elegidos, deberán posesionarse y prestar juramento por el cual se obliguen, mientras estén en ejercicio de sus funciones, administrar diligentemente los negocios de la entidad y a no violar a sabiendas, ni permitir que se violen ninguna de las disposiciones legales a ella aplicables. Los directores de las instituciones vigiladas cuya designación corresponda al Presidente de la República o su delegado no requieren posesión ante el Superintendente (Decreto 663/93, Art. 73, núm. 2).
- La persona que ejerza la gerencia de un establecimiento bancario, corporación financiera, corporación de ahorro y vivienda*, compañía de financiamiento comercial, sociedad de capitalización o sociedad de servicios financieros, sea como gerente o subgerente, tendrá la personería para todos los efectos legales y se presume, en el ejercicio de su cargo, que tiene autorización de la respectiva junta directiva para llevar la representación legal y obligar a la entidad frente a terceros, aunque no exhiba la constancia de tal autorización, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir para con dicha entidad, si hubiera procedido sin facultad suficiente cuando ha debido tenerla (Decreto 663/93, Art. 74, núm. 1).
- Los miembros de las juntas directivas y los gerentes de los establecimientos bancarios no podrán pertenecer a juntas directivas de otros establecimientos de crédito, con excepción de la Junta Directiva del Banco de la República. Los directivos y administradores de los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, en cuanto funcionarios que son de establecimientos de crédito, estarán sometidos al régimen de

incompatibilidades previsto en la ley para los bancos comerciales. De acuerdo con lo establecido por el artículo 5o. de la Ley 155 de 1959, extiéndase la incompatibilidad prevista en el inciso 1. del presente numeral, para los miembros de las juntas directivas y los gerentes de los establecimientos de crédito y a los presidentes, gerentes, directores, representantes legales, administradores y miembros de juntas directivas de empresas, cuyo objeto sea la prestación de los mismos servicios, siempre y cuando tales empresas individual o conjuntamente consideradas tengan activos por valor de veinte millones de pesos (\$20.000.000.00) o más (Decreto 663/93, Art. 75, núm. 1).

- Toda transacción de inversionistas nacionales o extranjeros que tenga por objeto la adquisición del diez por ciento (10%) o más de las acciones suscritas de cualquier entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, ya se realice mediante una o varias operaciones de cualquier naturaleza, simultáneas o sucesivas o aquellas por medio de las cuales se incremente dicho porcentaje, requerirá so pena de ineficacia, la aprobación del Superintendente Bancario, quien examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas. El Superintendente, además, se cerciorará que el bienestar público será fomentado con la transferencia de acciones (Decreto 663/93, Art. 88, núm. 1).
- Los inversionistas extranjeros podrán participar en el capital de las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, suscribiendo o adquiriendo acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones o aportes sociales de carácter cooperativo, en cualquier proporción (Decreto 663/93, Art. 91).
- Se establece en esta parte del Estatuto el régimen sancionatorio administrativo aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, así como a los directores,

administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de estas (Decreto 663/93, Art. 208).

5. Razones para imponer límites a la libertad de empresa en el sector bancario

El Estado impone restricciones a la libertad de empresa en el sector bancario mediante normas jurídicas que regulan la constitución, el funcionamiento y las operaciones de las entidades bancarias, restricciones justificadas a partir de la protección del interés público. A diferencia de las restricciones, las razones por las cuales se limita la libertad de empresa no son explícitas y se hace necesario deducirlas de los preceptos constitucionales y legales con el fin de justificar la imposición de límites a la iniciativa privada de las entidades bancarias. A continuación se presentan las razones por las cuales el Derecho colombiano impone límites a la libertad de empresa en el sector bancario. Son presentadas en dos grupos: generales o del orden constitucional y particulares o del orden legal. En este último grupo se presentan las consideraciones que se tomaron en cuenta para la deducción de las razones.

5.1. Generales o del orden constitucional

La Constitución Política señala los parámetros generales que la ley debe atender cada vez que sea necesario limitar la libertad de empresa en el campo de la economía que se requiera. En relación a la actividad financiera, la Constitución le señala a la ley que para limitar la libertad de empresa en el sector bancario debe hacerlo a partir de la protección al interés público. A pesar de ser un término jurídico indefinido, la Corte Constitucional respecto al interés público ha señalado que “Si bien no hay definición constitucional ni legal sobre ‘interés público’ es un concepto que conlleva atender el interés general o el bien común, y no solo tener en cuenta consideraciones de interés

patrimonial”.³⁴ Por lo tanto, las razones constitucionales por las cuales se hace necesario limitar la libertad de empresa en el sector bancario son:

- Porque la Constitución Política así lo dispone.

Aunque la Constitución Política no ordena tácitamente limitar la libertad de empresa, sí es de su propia iniciativa que sea restringida toda vez que lo considere necesario para alcanzar los fines y los propósitos del Estado social de Derecho que ella misma trazó.

- Porque el Estado es el director de la economía.

El mandato por el cual la Constitución Política designa al Estado como director de la economía le exige dos fines a esta labor: “de una parte, debe regular, vigilar y controlar los procesos económicos en orden a fomentar y estimular la gestión empresarial, impidiendo al efecto que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitando o controlando cualquier abuso de la posición dominante; y de otra, promoviendo y exigiendo a la empresa el cumplimiento de su función social a través de su intervención en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados;(…)”.³⁵ Por lo tanto el Estado debe guiar la economía como mejor considere para cumplir con los fines esenciales que la Constitución le señala y se pueda garantizar un orden económico justo en donde logre resolver las tensiones que se presentan entre la libertad de empresa y la primacía del interés general.

- Porque se busca proteger el interés público.

³⁴ Sentencia T-517 de 2006. MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁵ Sentencia C-870 de 2003. MP. Jaime Araújo Rentería.

Otra de las razones por las cuales se imponen límites a la libertad de empresa en el sector bancario es porque la actividad financiera es de interés público.³⁶ Esta calificación hace que esa actividad sea especial y de mayor interés para el Estado puesto que los recursos del público se han dispuesto a las entidades bancarias y se encuentran comprometidos en las actividades que estas pueden desarrollar. Así que la intervención que se realiza en la actividad financiera no es una intervención corriente como la descrita en el artículo 334 de la Constitución Política. Es una intervención especial que la Corte Constitucional ha llamado *intervención reforzada* y de la cual expresa lo siguiente:

“Respecto de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y de cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, el artículo 335 constitucional establece un régimen de intervención estatal reforzada por tratarse de una actividad económica que compromete el interés público, y adicionalmente el artículo 189.24 atribuye al poder ejecutivo específicas funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realizan tal actividad. En esa medida, en este específico sector se justifica una mayor restricción de las libertades económicas, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional, lo cual va aparejado a un incremento de los poderes de las entidades estatales en ejercicio de la función de policía administrativa”.

Y frente al interés público, en la misma sentencia, agrega:

³⁶ Constitución Política, artículo 335.

“Si bien la expresión interés público es un concepto jurídico indeterminado al cual pueden ser adscritos distintos significados, la jurisprudencia constitucional respecto de la actividad bancaria ha deducido de esta calificación algunas consecuencias concretas, entre las que cabe mencionar: (i) el acceso a la prestación del servicio público bancario es restringido, como quiera que la propia Carta establece como requisito previo e indispensable para el desarrollo de esa labor la autorización del Estado; (ii) la garantía de un trato igual de los usuarios para el acceso al servicio, puesto que si bien aquella 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; (iii) la libertad contractual de los bancos está limitada si se tiene en cuenta que el artículo 335 dispone, como una obligación constitucional, la Democratización del crédito”.³⁷

El Derecho colombiano impone restricciones a la libertad de empresa en el sector bancario mediante normas que regulan la constitución, el funcionamiento y las operaciones de las entidades bancarias, restricciones justificadas a partir de la protección al principio fundamental constitucional del interés general. La Constitución Política ordena expresamente una limitación a la libertad de empresa, que es a su vez la razón de tal limitación: proteger el bien común. También le encarga a la ley que se imponer límites ya de manera particular a la iniciativa privada, de acuerdo al tipo de actividad económica que se requiera regular. La actividad financiera, considerada especial por ser de interés público, es intervenida también de manera especial, de manera reforzada, con mayor control, con el fin de que aquel interés no sea vulnerado y se logre de esta

³⁷ Sentencia C-860 de 2006. MP. Humberto Antonio Sierra Porto

manera proteger los derechos y los intereses de los usuarios financieros, así también los de las entidades bancarias previendo siempre el cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades, para así mantener el equilibrio del orden económico del Estado social de Derecho colombiano.

5.2. Particulares o del orden legal

Por mandato constitucional la ley es la encargada de limitar la libertad de empresa respecto a las entidades bancarias para garantizar la prestación del servicio bancario. De esta manera la ley ordena y reglamenta la actividad financiera con el fin de proteger los recursos captados del público. Para lograr este propósito, la ley regula el ámbito privado y la autonomía privada de la entidad bancaria mediante la imposición de restricciones a la manera como aquellas se constituyen, funcionan y operan. Cada uno de estos ámbitos de la entidad bancaria persigue un propósito en particular: la constitución se lleva a cabo para poder *acceder* al sector bancario; el funcionamiento para *ejercer* la actividad bancaria; y las operaciones para *ofrecer* el servicio bancario. En consecuencia, los límites que la ley impone a las entidades bancarias en el ejercicio de la libertad de empresa están destinados a regular los propósitos que cada ámbito persigue para evitar que el interés público se vea afectado y por ende, que se afecten los derechos de los usuarios financieros.

Para que cada ámbito pueda lograr su propósito, la ley le impone unas exigencias con el fin de regular los actos que emplee para alcanzarlos. Desde el interés público como determinante de la actividad financiera junto con las disposiciones legales que restringen la libertad de empresa en el sector bancario, se realizaron algunas consideraciones encaminadas a encontrar aquellas exigencias:

- Respecto a la constitución, los interesados en constituir entidades bancarias deben demostrar *solvencia* para asegurar la estabilidad patrimonial de la institución y garantizar el respaldo en el manejo de los recursos que van a tener bajo su disposición. En caso de no demostrar la solvencia exigida, no podrá establecerse como tal ni acceder al sector bancario.
- Respecto al funcionamiento, las entidades bancarias deben hacerlo con *transparencia* siempre que sus actos son de carácter público y están sometidos a criterios de eficiencia y eficacia. Esta situación somete a sus funcionarios a un régimen especial de responsabilidades y obligaciones en relación a la probidad e idoneidad que sus cargos les exigen. Al proceder sin transparencia, el derecho de los usuarios financieros a conocer cómo se emplean sus recursos y quiénes disponen de éste se vería afectado y vulneraría directamente el interés público.
- Respecto a las operaciones, las entidades bancarias podrán efectuar únicamente las que la ley autorice para lograr *igualdad* y uniformidad en la prestación de sus servicios en estrictos términos de calidad. En el caso en que cada entidad bancaria tuviera libertad para diseñar y ejecutar sus propias operaciones, el interés público se vería vulnerado por el ofrecimiento de servicios y productos de manera desequilibrada, que como consecuencia, congestionaría el sector bancario con operaciones diferentes, diseñadas según los intereses de cada entidad. Esta circunstancia afectaría la toma de decisiones por parte de los usuarios financieros respecto a qué productos y qué servicios pueden acceder de acuerdo al tipo de operación que realice cada entidad y no de acuerdo a sus necesidades.

A partir de estas relaciones se pueden hallar las razones por las cuales se justifica la imposición de límites a la libertad de empresa en el sector bancario desde el ámbito legal:

- Porque busca asegurar la viabilidad patrimonial de la entidad bancaria.

Se evita de esta manera que la entidad bancaria incumpla con la prestación del servicio bancario al ser incapaz de demostrar y mantener la solvencia y la liquidez que la ley exige para ejercer la actividad bancaria, situación que pone en riesgo los recursos que tiene a su disposición.

- Porque permite respaldar económicamente el manejo que se haga de los recursos captados del público.

La ley le exige este respaldo económico a las entidades bancarias con el fin de amparar los recursos que administrarán del público y de reducir el riesgo al que se puedan ver sometidos.

- Porque garantiza la solvencia y la liquidez económica de la entidad bancaria.

El Estado vela por la solvencia y la liquidez de las entidades porque le interesa su permanencia en la economía nacional, además de ser requisitos indispensables para la prestación del servicio bancario. Por otro lado, si no se demuestra la solvencia y la liquidez exigida por la ley, la entidad no podrá constituirse y se evita de esta manera del ingreso al sector bancario de una empresa con debilidad económica que pueda comprometer los intereses de los usuarios financieros y del mismo sistema financiero.

- Porque se requiere generar confianza en el usuario financiero.

Después de la constitución, la entidad bancaria comienza un proceso de organización e implementación de todos aquellos recursos que empleará para poder adelantar operaciones en el sector bancario. Parte de esos recursos son los obtenidos del público, situación que le exige a las entidades bancarias informar a los usuarios financieros del manejo que hagan de sus recursos, garantizándoles que se usen de manera adecuada. Adicionalmente, los criterios de idoneidad y probidad a los que están sujetos los funcionarios de la entidad, permite a los usuarios financieros conocer la calidad de las personas que están a cargo de sus recursos.

- Porque garantiza el correcto desempeño de los funcionarios.

Cada vez que el Estado establece y regula las funciones que le asigna a los funcionarios bancarios, puede evitar que se extralimiten o que no las cumplan y lleguen así a poner en riesgo la prestación del servicio bancario. En consecuencia y de acuerdo a la facultad coercitiva del Estado, se hace efectivo el régimen disciplinario, o régimen sancionatorio, a los funcionarios que incumplen sus obligaciones.

- Porque evita realizar manejos de los recursos que sean ajenos a los propósitos de la entidad.

La salud económica de la entidad bancaria es una prioridad para el Estado ya que este busca la estabilidad y la permanencia de la entidad con el fin de asegurar la prestación adecuada del servicio bancario. Si los recursos que administra la entidad para su funcionamiento son desviados en propósitos ajenos a los de su actividad, su desempeño se verá disminuido y, entre otras situaciones, pondría en riesgo los recursos de los usuarios.

- Porque permite controlar el abuso de poder en el que puedan incurrir los cargos directivos.

La autonomía privada de las entidades bancarias se ve reducida por las regulaciones que el Estado realiza al funcionamiento de la entidad. Esta situación, la disminución de la autonomía privada, asegura que los cargos directivos no puedan disponer de la entidad como prefieran sino como el Estado lo disponga para evitar un uso desmedido del poder que les ha sido asignado por ley.

- Porque impide a los directivos tomar decisiones arbitrarias que puedan poner en riesgo los intereses de los usuarios y los de la misma entidad.

Las entidades bancarias por el hecho de prestar un servicio público no pueden considerar ni establecer intereses, propósitos y metas propias; el Estado en su calidad de director de la economía decide qué se hace y qué no se hace en materia económica, por tanto, es a quien le corresponde establecer los intereses, los propósitos y las metas que deben alcanzar las entidades.

- Porque consigue evaluar con eficacia y eficiencia la gestión de la entidad bancaria.

La eficiencia y la eficacia son cualidades sin resultado siempre que el Estado no logre percibir con claridad el funcionamiento de la entidad bancaria. Puesto que la evaluación de la gestión se realiza mediante la intervención, se hace necesario que las entidades bancarias se mantengan dentro de los límites con el fin de garantizar que el Estado realice una debida evaluación de la gestión y logre determinar si la entidad cumple debidamente con sus obligaciones.

- Porque asegura que el desarrollo de las actividades propias de la entidad sean realizadas de la mejor manera.

Para evitar que la actividad financiera sea llevada a cabo de manera irregular o mediocre y que se vea afectado el interés público por la falta de la calidad en la prestación del servicio bancario, el Estado le impone exigencias al funcionamiento de las entidades bancarias con el propósito de mantenerlas atentas a la manera como están desarrollando sus actividades.

- Porque garantiza el cumplimiento de las funciones y las obligaciones a las que están sujetos los funcionarios de las entidades bancarias.

A pesar de ser entidades del orden privado su situación disciplinaria se asemeja a la de las entidades públicas ya que cuenta con un régimen especial sancionatorio.³⁸ El hecho de contar con un régimen especial de sanciones le permite al Estado coaccionar de manera eficaz a los funcionarios que no cumplan con sus obligaciones para garantizar la eficiente prestación del servicio bancario.

- Porque asegura que las operaciones sean realizadas de manera uniforme por parte de todas las entidades bancarias.

Las operaciones que la ley le autoriza realizar a las entidades bancarias son también objeto de regulación. Si las entidades asumieran de manera discrecional la forma de realizarlas de acuerdo a sus intereses, la labor de regulación por parte del Estado se vería comprometida por la cantidad heterogénea de situaciones a evaluar, además que generaría confusión entre los usuarios financieros cada vez que requieran del servicio bancario

³⁸ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), parte VII.

Existe un grupo de razones relacionadas principalmente con dos situaciones: la protección al usuario financiero³⁹ y la democratización del crédito.⁴⁰ Si bien todos los actos de las entidades financieras están sometidos a la vigilancia del Estado para evitar vulneraciones a los derechos de los usuarios, también la prestación de sus servicios se encuentra sometida al principio constitucional de la democratización del crédito para asegurar que el servicio bancario sea ofrecido sin discriminaciones hacia los usuarios. Estas razones no constituyen un grupo distinto a los ya reseñados (constitución, funcionamiento y operaciones) puesto que las razones para limitar la libertad de empresa en el sector bancario a nivel legal o particular, se encuentran en esos tres grupos o ámbitos. Sin embargo, estas razones se encuentran vinculadas en mayor medida al ámbito de las operaciones dado que es en ese ámbito donde la entidad y el usuario se relacionan inmediatamente. Es por eso que las razones por las cuales se limita la libertad de empresa en el sector bancario en atención a la democratización del crédito y en relación al régimen de protección al consumidor financiero son:

- Porque asegura la protección de los derechos de los usuarios al acceder al sistema bancario.
- Porque permite controlar abusos en las exigencias que las entidades bancarias impongan para acceder a los servicios y productos que ofrecen.
- Porque previene la obtención de rendimientos desproporcionados y privilegiados.

³⁹ La ley 1328 de 2009 a través del Título I desarrolla e implementa el Régimen de Protección al Consumidor Financiero con el propósito de garantizar que las entidades financieras, en su posición dominante, respeten los derechos de los usuarios y se logre reducir la asimetría de posición. El Régimen se encuentra dividido en ocho capítulos: I) Aspectos generales. II) Derechos y obligaciones. III) Sistema de atención al consumidor financiero. IV) Información al consumidor financiero. V) Cláusulas y prácticas abusivas. VI) Defensoría del consumidor financiero. VII) Procedimientos. VIII) Régimen Sancionatorio. Si bien este régimen representa un límite al ejercicio de la actividad financiera, es más sobre todo un sistema por medio del cual el consumidor financiero puede hacer valer sus derechos y demandar la protección de sus intereses.

⁴⁰ El artículo 335 constitucional alude al principio de la democratización del crédito como parámetro al cual deberán ceñirse aquellas actividades calificadas de interés público. El artículo 49 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala la forma en cómo deberá ser implementado y le asigna al Gobierno Nacional la labor de promoverlo. Este principio se reviste de límite al ejercicio de la actividad financiera toda vez que restringe prácticas discriminatorias al momento de otorgar créditos. Pero al igual que el régimen de protección al usuario financiero, la democratización del crédito es un precepto constitucional que vela por el debido trato de las entidades financieras hacia los usuarios financieros.

- Porque persigue restringir prácticas abusivas que pongan en riesgo el patrimonio de los usuarios.
- Porque busca reducir la asimetría de posición entre empresarios y usuarios.
- Porque elimina las arbitrariedades en las que puedan incurrir las entidades bancarias al momento de realizar las operaciones.

6. Conclusiones

La experiencia de tomar la libertad de empresa y adentrarse junto con ella en la normatividad financiera respecto al sector bancario colombiano ha sido edificante, tanto por el conocimiento adquirido como por la formación intelectual inherente a procesos de análisis de contenidos y formación de estructura mental. Al momento de iniciar este estudio existía una gran incertidumbre en lo relacionado a cómo se desarrollaría el tema; si lo que se empezaba a hacer tendría alguna utilidad; si se podría mantener el rumbo que se había trazado desde el anteproyecto; si el conocimiento previo que se pudiera tener de la materia sería suficiente para abordar el problema que se había planteado; pero sobre todo, si se podía demostrar la capacidad de desarrollar una investigación jurídica y llevarla hasta su culminación. No es que ahora, al momento de concluir esta investigación, haya desaparecido la incertidumbre y reinen la razón y la certeza. Sí se logró un mejor acercamiento al tema desarrollado que permitió consolidar los conocimientos adquiridos a través de este proceso. Sin embargo, no podría afirmar con tal seguridad que se logró agotar el tema o que el propósito planteado fue alcanzado a plenitud. El Derecho y el proceso investigativo son inagotables: acá sí podría afirmar con alto grado de certeza y suficiente razón, que luego de culminado este trabajo, lo que hace falta por conocer solo de la libertad de empresa y del sector bancario, es por decirlo de alguna manera, inmensurable.

Vale advertir que no es un trabajo por completo agotado y que a pesar de haber cumplido con los propósitos establecidos, quedaron aspectos en los cuales se habría podido profundizar con el ánimo de conocer aun mejor lo que se logró descubrir y poder establecer las conexiones o los

posibles aportes a otras áreas del Derecho. Sin embargo estaba claro que no se podría intentar abarcar más allá del campo jurídico delimitado desde el título del trabajo bajo la guía de su objetivo principal. Además, en consideración a que la investigación está sujeta al modelo de una monografía jurídica de pregrado, el espacio para disertar es limitado y se debe buscar la concreción y la claridad de lo que se quiere expresar. Dos cualidades que se pueden conseguir en el desarrollo de procesos investigativos, y que podría afirmar, serán de gran utilidad en el ejercicio de la labor del abogado.

Es a partir del último capítulo (*Razones para imponer límites a la libertad de empresa en el sector bancario*) donde se logra alcanzar el objetivo general de la investigación. En ese capítulo están reunidas las principales conclusiones a las que se llegó luego de haber analizado la información reunida en los capítulos anteriores. Sin embargo, las conclusiones que surgen de la investigación realizada no son en estricto sentido un punto de cierre sino más bien podrían ser el punto de partida para otras investigaciones y tal vez en otras ramas del Derecho ya que el trabajo es esencialmente teórico, además de tipo exploratorio y descriptivo. Las conclusiones que se lograron obtener a través del estudio de los límites a la libertad de empresa en el sector bancario son las siguientes:

- Se hace indispensable para el Estado limitar la libertad de empresa en el sector bancario no solo para regular la actividad bancaria sino también para proteger a los usuarios que hacen uso de sus servicios.
- La actividad bancaria al estar relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, convierte inmediatamente el ámbito privado empresarial

de las entidades bancarias en un ámbito público permitiéndole al Estado intervenir con mayor eficacia.

- El interés público que se predica de la actividad bancaria es el fundamento, como presupuesto de la prevalencia del interés general, para la imposición de límites a la libertad de empresa y a la intervención estatal en el sector bancario.
- A diferencia de las restricciones, las razones que justifican la necesidad de imponer límites a la libertad de empresa se encuentran implícitas en la ley.
- Los ámbitos sobre los cuales se fundamentan las entidades bancarias (constitución, funcionamiento y operaciones), se encuentran determinados por las razones a las que responden las restricciones que se les impongan.
- Para comprobar la eficacia de las restricciones se hace necesario el reconocimiento de las razones que las provocan. A partir de su justificación se logra prever el resultado de la imposición toda vez que logra condicionar el ejercicio de la libertad de empresa.
- Conocer las razones por las cuales se limita la libertad de empresa en el sector bancario permite entender no solo la esencia de la restricción sino también contar con elementos de juicio suficientes para dirimir conflictos entre la imposición de la norma, el ejercicio de la actividad bancaria y la intervención estatal.
- Hallar las razones por las cuales se hace necesario limitar la libertad de empresa permite reconocer si una norma financiera es o no constitucional.
- El método utilizado para el reconocimiento de las razones que permiten justificar la imposición de límites a la libertad de empresa en la actividad bancaria puede ser aplicado para estudiar otras restricciones en el sector financiero.
- La investigación permitió integrar temas jurídicos con contenidos financieros.

Bibliografía

Bibliografía consultada

Alpiniano García-Muñoz, J., & Oviedo Albán, J. (2003). *Estudios de derecho económico*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Ibañez.

Bernal Pulido, C. (2009). *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Carbonell, M. (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.

Castro, J. (1976). *Orden público económico*. Bogotá: Banco de la República.

Etcheverry, R. A. (2002). *Derecho comercial y económico: formas jurídicas de la organización de la empresa*. Buenos Aires: Astrea.

Ibañez Najar, J. E. (2001). *Estudios de derecho constitucional económico*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

Leguizamón Acosta, W. (2002). *Derecho constitucional económico* (2da ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Leguizamón Acosta, W. (2002). *Derecho económico*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Martínez Neira, N. H. (2004). *Cátedra de derecho bancario colombiano* (2da ed.). Bogotá: Legis.

Montes Pabón, A. N. (1995). *Régimen económico en la constitución política de 1991*. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga - Unab.

Morales Alzate, J. J. (2002). *Derecho constitucional económico* (4ta ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Morales Alzate, J. J. (2002). *Derecho económico constitucional* (4ta ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Morales Alzate, J. J. (2000). *Manual de derecho económico constitucional* (3ra ed.). Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Ortiz del Valle, J. (2000). *Lecciones de derecho económico constitucional* (2da ed.). Bucaramanga: Publicaciones UIS.

Ravassa Moreno, G. J. (2001). *Derecho comercial: bienes mercantiles*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Rodríguez Azuero, S. (2009). *Contratos bancarios: su clasificación en América Latina* (2da ed.). Bogotá: Legis.

Ruíz-Rico Ruíz, G. (1995). *La libertad de empresa en la Constitución Económica Española: especial referencia al principio de la libre competencia*. Madrid.

Satanowsky, M. (1957). *Tratado de derecho comercial*. Buenos Aires: Tipográfica editora.

Vidal Perdomo, J. (2009). *Derecho constitucional general e instituciones políticas colombianas* (10ma ed.). Bogotá: Legis.

Bibliografía citada

- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (4 de julio de 1991). *Constitución Política*. Recuperado el 15 de noviembre de 2014, de Secretaria del Senado:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#1
- Colombia, Congreso de la República. (15 de julio de 2009). *Ley 1328 de 2009. Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones*. Recuperado el 12 de diciembre de 2014, de Diario Oficial No. 47.411 de 15 de julio de 2009:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1328_2009.html
- Colombia, Congreso de la República. (5 de enero de 1993). *Ley 35 de 1993. Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público y se dictan otras disposiciones en materia financiera y aseguradora*. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de Diario Oficial No. 40.710, de 5 de enero de 1993:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0035_1993.html
- Colombia, Congreso de la República. (18 de diciembre de 1990). *Ley 45 de 1990. Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones*. Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de Bolsa de Valores de Colombia:
http://www.bvc.com.co/pps/tibco/portalbvc/Home/Regulacion/Mercado_de_Valores/Leyes?com.tibco.ps.pagesvc.action=updateRenderState&rp.currentDocumentID=5d9e2b27_11de9ed172b_-2ecd7f000001&rp.revisionNumber=1&rp.attachmentPropertyName=Attachment&com.tibco.ps.pagesvc.targetPage=1f9a1c33_132040fa022_-78750a0a600b&com.tibco.ps.pagesvc.mode=resource&rp.redirectPage=1f9a1c33_132040fa022_-787e0a0a600b
- Colombia, Congreso de la República. (4 de agosto de 1999). *Ley 510 de 1999. Por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores, las Superintendencias Bancaria y de Valores y se conceden unas facultades*. Recuperado el 7 de noviembre de 2014, de Diario Oficial No 43.654 de 4 de agosto de 1999:
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0510_1999.html
- Colombia, Congreso de la República. (23 de diciembre de 1999). *Ley 546 de 1999. Por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a*

las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones. Recuperado el 3 de diciembre de 2014, de Diario Oficial No. 43.827 de 23 de diciembre de 1999: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0546_1999.html

Colombia, Congreso de la República. (15 de enero de 2003). *Ley 795 de 2003. Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.* Recuperado el 22 de noviembre de 2014, de Diario Oficial No. 45.064 de 15 de enero de 2003: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0795_2003.html

Colombia, Corte Constitucional. (2013). *Sentencia C-313 de 2013. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.* Recuperado el 13 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2014). *Sentencia C-313-13. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.* Recuperado el 18 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-313-14.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2009). *Sentencia C-354 de 2009. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.* Recuperado el 10 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-354-09.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-365 de 2012. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.* Recuperado el 15 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-365-12.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-618 de 2012. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.* Recuperado el 17 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-618-12.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-618 de 2012. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.* Recuperado el 16 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-618-12.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-624 de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.* Recuperado el 9 de noviembre de 2014, de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-624-98.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-639 de 2010. MP. Humberto Antonio Sierra Porto*. Recuperado el 16 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-639-10.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2001). *Sentencia C-673 de 2001. MP. Manuel José Cepeda Espinosa*. Recuperado el 5 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-673-01.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-830 de 2010. MP. Luis Ernesto Vargas Silva*. Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-830-10.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2010). *Sentencia C-830-10. MP. Luis Ernesto Vargas Silva*. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-830-10.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-860 de 2006. MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-860-06.htm#_ftn31

Colombia, Corte constitucional. (2003). *Sentencia C-870 de 2003. MP. Jaime Araújo Rentería*. Recuperado el 10 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2007/C-478-07.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-870 de 2003. MP. Jaime Araújo Rentería*. Recuperado el 11 de abril de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-870-03.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-909 de 2012. MP. Nilson Pinilla Pinilla*. Recuperado el 13 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-909-12.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2006). *Sentencia C-992 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis*. Recuperado el 11 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-263-11.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-422 de 1992. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz*. Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-422-92.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (1992). *Sentencia T-425 de 1992*. MP. *Ciro Angarita Barón*. Recuperado el 15 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-425-92.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (2006). *Sentencia T-517 de 2006*. MP. *Marco Gerardo Monroy Cabra*. Recuperado el 23 de marzo de 2015, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-517-06.htm>

Colombia, Corte Constitucional. (1995). *Sentencia T-579 de 1995*. MP. *Eduardo Cifuentes Muñoz*. Recuperado el 12 de noviembre de 2014, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-579-95.htm>

Colombia, Gobierno Nacional. (15 de julio de 2010). *Decreto 2555 de 2010*. Recuperado el 7 de diciembre de 2014, de Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=10083580>

Colombia, Gobierno Nacional. (2 de abril de 1993). *Decreto 663 de 1993*. Recuperado el 5 de noviembre de 2014, de Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_organico_sistema_financiero.html

Anexos

Figura 1. Representación de la entidad bancaria	107
Figura 2. Esquema del proceso deductivo de las razones.....	108
Tabla 5. Razones en el ámbito de la constitución.....	109
Tabla 6. Razones en el ámbito del funcionamiento	109
Tabla 7. Razones en el ámbito de las operaciones.....	110

Figura 1. Representación de la entidad bancaria

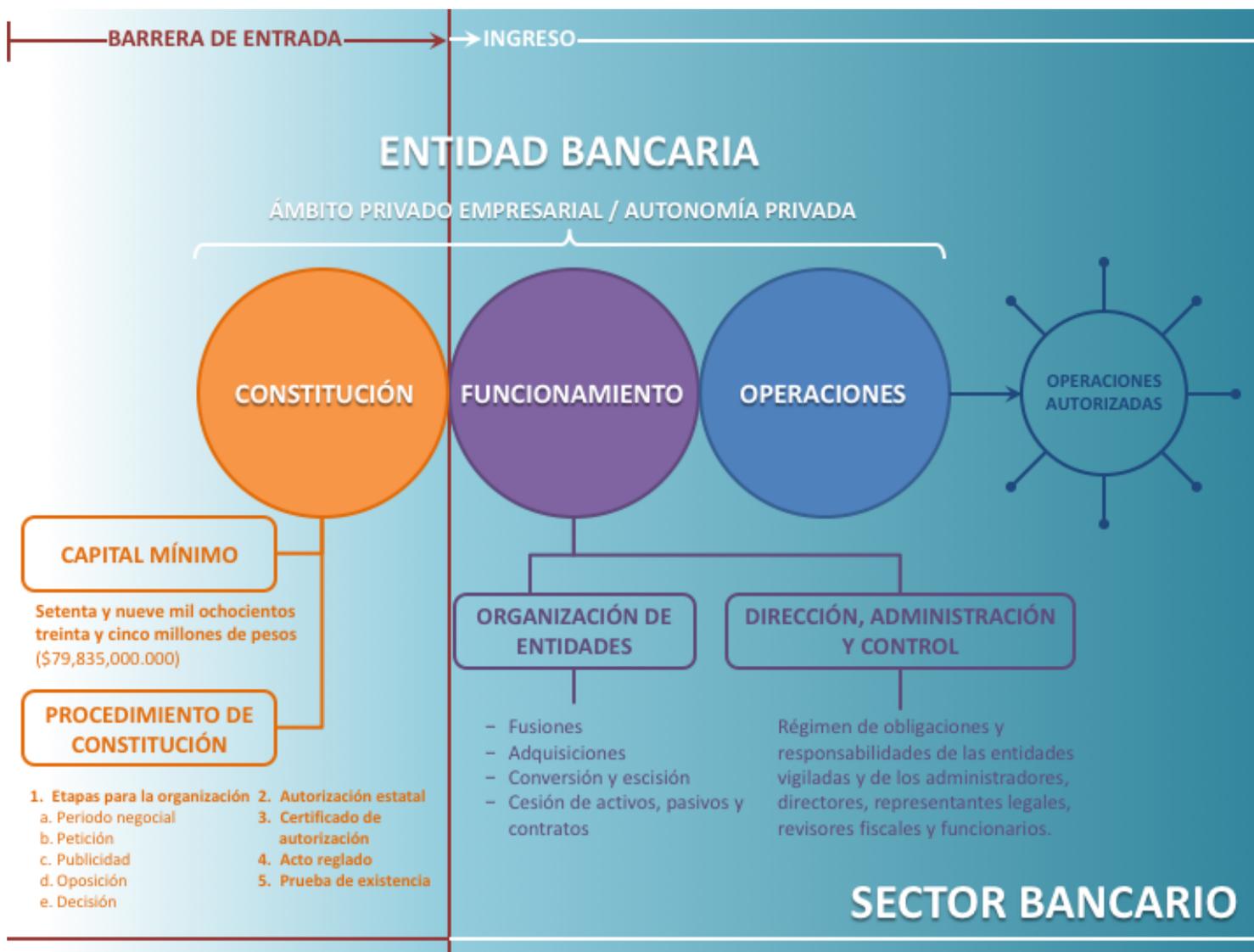


Figura 1. Elaboración propia

Figura 2. Esquema del proceso deductivo de las razones

DEDUCCIÓN DE LAS RAZONES DE LAS RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA



Figura 1. Elaboración propia

Tabla 5. Razones en el ámbito de la constitución

Ámbito	Propósito	Exigencia	Justificación
Constitución	Acceder	Solvencia	<ul style="list-style-type: none"> • Porque busca asegurar la viabilidad patrimonial de la entidad bancaria. • Porque permite respaldar económicamente el manejo que se haga de los recursos captados del público. • Porque garantiza la estabilidad económica de la entidad.

Tabla 6. Razones en el ámbito del funcionamiento

Ámbito	Propósito	Exigencia	Justificación
Funcionamiento	Ejercer	Transparencia	<ul style="list-style-type: none"> • Porque se requiere generar confianza en el usuario financiero. • Porque garantiza el correcto desempeño de los funcionarios. • Porque evita realizar manejos inapropiados de los recursos de la entidad. • Porque permite controlar el abuso de poder en el que puedan incurrir los cargos directivos. • Porque impide a los directivos tomar decisiones arbitrarias que puedan poner en riesgo los intereses de los usuarios y los de la misma entidad. • Porque consigue evaluar con eficacia y eficiencia la gestión de la entidad bancaria. • Porque asegura que el desarrollo de las actividades propias de la entidad sean realizadas de la mejor manera. • Porque garantiza el cumplimiento de las funciones y las obligaciones a las que están sujetos los funcionarios de las entidades bancarias.

Tabla 7. Razones en el ámbito de las operaciones

Ámbito	Propósito	Exigencia	Justificación
Operaciones	Ofrecer	Igualdad	<ul style="list-style-type: none"> • Porque asegura que las operaciones sean realizadas de manera uniforme por parte de todas las entidades bancarias. • Porque evita la producción desordenada de operaciones. • Porque asegura la protección de los derechos de los usuarios al acceder al sistema bancario. • Porque permite controlar abusos en las exigencias que las entidades hagan en relación al acceso a los servicios y productos. • Porque previene la obtención de rendimientos desproporcionados y privilegiados. • Porque persigue restringir prácticas abusivas que pongan en riesgo el patrimonio de los usuarios. • Porque busca reducir la asimetría de posición entre empresarios y usuarios. • Porque elimina las arbitrariedades en las que puedan incurrir las entidades bancarias al momento de realizar las operaciones.