

**CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE
TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA
BANCA NACIONAL**

LINEA JURISPRUDENCIAL

AUTORA

MARTHA SUSANA ROSERO MUÑOZ

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL
SAN JUAN DE PASTO**

2012

**CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE
TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA
BANCA NACIONAL**

LINEA JURISPRUDENCIAL

AUTORA

MARTHA SUSANA ROSERO MUÑOZ

ASESOR

DR. OMAR ALFONSO CARDENAS CAYCEDO

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN DERECHO COMERCIAL
SAN JUAN DE PASTO
2012**

“Las ideas y conclusiones aportadas en el presente trabajo de Grado, son responsabilidad exclusiva de su autor”

Artículo 1 del acuerdo No. 324 de 11 de Octubre de 1966, emanado del Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

PAGINA DE ACEPTACION

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Asesor

San Juan de Pasto, Mayo de 2012.

DEDICATORIA

A Dios por darme la oportunidad de vivir y la fortaleza para seguir creciendo intelectualmente.

A la memoria de mis padres, quienes marcaron en mí ser, su huella de la ciencia jurídica y me acompañan cada día de mi vida, como si el tiempo hubiese congelado su presencia.

A ti mi pequeña María Antonia, mi compañera entrañable en la consecución de este logro académico, hija mía, Dios te envió para motivar cada objetivo que emprendo, como este que hoy culmino.

A mi amado esposo, Pablo Ortiz, mi leal y fiel compañero, mi sueño de amor hecho realidad, juntos estamos forjando el ejemplo que soñamos para nuestra hija y por eso, te prometo que **¡esto no termina aquí!...**

GLOSARIO

AUTONOMÍA PRIVADA DE LA VOLUNTAD: principio de derecho privado en materia contractual, consiste en la libertad que tienen los particulares para establecer las cláusulas contractuales. Nace en la Revolución Francesa donde tienen auge las libertades e igualdades del hombre, sin embargo, este principio tiene límites y cargas. Por ejemplo: las partes no pueden modificar las cosas de la esencia del contrato, so pena de que el contrato no produzca efecto alguno o degenerare en un negocio distinto al que se quiere celebrar. Tampoco pueden pactar algo contrario a la ley, el orden público o las buenas costumbres, pues en presencia de ello, carecen de nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos.

BANCA NACIONAL: conjunto de entidades o instituciones que, dentro de una economía determinada, prestan servicio de banco, ejerciendo la actividad financiera que en Colombia se ha catalogado como un servicio público.

CORTE CONSTITUCIONAL: cuerpo colegiado, que representa una de las mas altas cortes del sistema judicial colombiano. En sede de revisión se encarga de la revisión de las acciones de tutela impugnadas en primera instancia.

CONSTITUCIONALIZACION: fenómeno según el cual el ordenamiento jurídico de un país debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución de dicho país. Ello quiere decir que la norma primaria a la cual debe acompasarse en forma obligatoria el derecho del país respectivo debe ser la Constitución. En el, hay se da un desplazamiento de la Ley, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, hacia la Constitución y la Corte Constitucional, por lo cual además de todas las

consecuencias filosóficas y académicas, el fenómeno encierra una implacable lucha por la detentación del poder jurídico en un determinado País, lo que coloquialmente se ha llamado en el nuestro “el choque de trenes”.

CONTRATO FORZOSO: nueva forma de concepción del concepto de contrato, siendo estos un resultado del intervencionismo del poder público, cuando en sentencia proferida por una autoridad judicial, las partes son el resultado de una relación contractual o al menos parecida, pero sin que medie el elemento volitivo, o, incluso, en contra de las voluntades que deberían concurrir.

CONTROVERSIA CONTRACTUAL: discrepancia entre las partes activas de una relación contractual, sobre algún punto del contrato.

INSTITUCIONES FINANCIERAS: Las Instituciones Financieras son aquellas que ofertan y demandan dinero. Entre ellas están; Bancos comerciales, Bancos de ahorros y crédito, asociaciones de ahorros y créditos, compañías de seguros, bolsa de valores, AFP, etc.

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: conjunto de mecanismos destinados a defender la Constitución, sea en su aspecto orgánico o el dogmático.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL: idea abstracta de una situación jurídica materia de controversia ante las máximas autoridades judiciales (altas cortes), en la cual se agrupan sentencias proferidas por estas corporaciones, de acuerdo al patrón

fáctico similar que constituye un problema jurídico el cual presenta dos o mas alternativas para dirimirse.

LITIGIO: Proviene la palabra litigio del término latino litis, que a su vez deriva de lis, o contienda judicial. Nace con ocasión a un proceso judicial con la demanda y su contestación.

OFERTA: Trámite precontractual, donde se invita, se solicita y se concreta el negocio que habrá de celebrarse.

PARTICULAR: persona que no desempeña ningún cargo oficial.

RATIO DECIDENDI: razón para decidir.

SECTOR REAL: agrupación de actividades económicas organizadas en un sector primario (Obtiene el producto directamente de la naturaleza Ej.: agropecuario), un sector secundario (actividades industriales de transformación de producto) y algunas actividades del sector terciario (actividades que no producen mercancía en sí, pero son necesarias para el funcionamiento de la economía, por ejemplo; el comercio, restaurantes, hoteles, etc.).

SECTOR FINANCIERO: sector de la economía que está conformado por las entidades públicas y privadas que desarrollan actividades relacionadas con el

manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación del país y que no hace parte del sector terciario real.

SENTENCIA: es un acto jurisdiccional que emana de un juez que pone fin al proceso o a una etapa del mismo, la cual tiene como objetivo reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica así como formular ordenes y prohibiciones. Esta es regida por normas de derecho publico, ya que es un acto emanado por una autoridad publica en nombre del Estado y que se impone no solo a las partes litigantes sino a todos los demás órganos del poder publico; y por normas de derecho privado en cuanto constituye una decisión respecto de una controversia de carácter privado, cuyas consecuencias se producen con relación a las partes litigantes.

TUTELA: protección o salvaguarda de los derechos fundamentales vulnerados. En el derecho colombiano la Acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, la cual se eleva a la categoría de acción constitucional que puede ser interpuesta por cualquier persona ante cualquier autoridad pública y también ante particulares en los casos enunciados en el presente trabajo.

RESUMEN

El presente trabajo tratará de posicionar dos tesis de la Corte Constitucional en materia financiera, pero al respecto debe puntualizarse que aunque la actividad financiera no se define en la Constitución Política de Colombia, sí la prevé con el objeto de determinar su regulación, su inspección, su vigilancia y control, y su intervención. De igual forma, determina su interés público y por ende solo puede ser ejercida previa autorización del Estado conforme a la ley. Además se aclara que el sector financiero no hace parte del sector real de la economía, si no que se conforma por las entidades públicas y privadas que desarrollan actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación del país y que no hace parte del sector terciario real. Por su parte, la jurisprudencia colombiana ha ratificado el interés público de las entidades financieras, ratificado en recientes Sentencias de la Corte Constitucional, como la Sentencia T –129 de 2010 y T – 847 de 2010, entre otras, y, en virtud de ese interés público, procede la acción de tutela contra particulares, siendo esta corporación en instancia superior, es decir, en sede de revisión la que conoce de este tipo de asuntos. En consecuencia, los llamados “contratos forzosos ordenados en sentencia de tutela” aparecen cuando la H. Corte Constitucional, emite sus fallos tutelando derechos fundamentales que se consideran vulnerados por las entidades financieras y para reparar dicha vulneración, ordena ejercitar situaciones jurídicas que van en contra de la voluntad de las entidades accionadas (lo que para efectos de este trabajo se interpreta como determinación de cláusulas contractuales) o muchas veces desapareciendo totalmente ese vínculo volitivo contractual (celebración de contratos forzosos o forzados). Finalmente, en el escenario de la praxis jurídica inicialmente debe analizarse la procedencia de la acción de tutela contra particulares, es decir que la situación jurídica sometida a decisión encuadre en el contexto de alguno de los tres casos de procedencia

establecidos en el Decreto 2591 de 1991. Una vez se corrobore lo anterior habrá de establecerse si la pretendida vulneración del derecho fundamental obedece a una causal objetiva que justifique el hecho que la produjo, de ser así la H. Corte Constitucional procederá a NO TUTELAR LOS DERECHOS, pero, en ausencia de causal objetiva, TUTELARÁ LOS DERECHOS, ordenando a la entidad financiera accionada lo que para efectos de este trabajo se considera “contrato forzoso o forzado”, tal y como se demuestra en jurisprudencias citadas a lo largo de esta línea jurisprudencial.

ABSTRACT

This paper will try to position two theses of the Constitutional Court in financial matters, but the matter must be pointed out that although the financial activity is not defined in the Constitution of Colombia, the envisaged themselves in order to determine its regulation, inspection, surveillance and control, and intervention. Similarly, determines the public interest and therefore can only be exercised prior approval of the State under the law. It also clarifies that the financial sector is not part of the real sector of the economy, but it is made up of public and private entities engaged in activities related to the management, use and investment of resources and capture the country that does tertiary sector of the real. Meanwhile, Colombian jurisprudence has ratified the public interest of financial institutions, ratified in recent judgments of the Constitutional Court, as the Decision T 2010 and T -129 - 847, 2010, among others, and, under that public interest, should the application for protection against individuals, with the corporation in a higher court, the headquarters of the review that referred to these matters.

Consequently, so-called "forced contracts arranged in protective ruling" shows when H. Constitutional Court issues its rulings mentoring are considered fundamental rights violated by financial institutions and to rectify the violation, order to exercise legal situations that go against the will of the entities operated (which for purposes of this paper is interpreted as a determination of contractual clauses) or often disappearing entirely volitional that bond contract (contracts forced or coerced). Finally, the scene of the first legal practice must analyze the merits of the petition for protection against individuals, namely that the legal framework on which decisions in the context of one of the three cases of origin set out in Decree 2591 of 1991 . Once the above corroborate be established if the alleged infringement of fundamental right due to a causal objective justification was the fact that, the H. Constitutional Court shall no protect the rights, but in the absence of

objective causal, protect the rights, ordering financial institution that operated for the purpose of this work is considered "contract forced or coerced" as demonstrated in case law cited throughout this line of jurisprudence.

CONTENIDO

	Pag.
INTRODUCCION.....	4
1. OBJETO Y JUSTIFICACION DE LA LINEA.....	5
1.1. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES DEL SECTOR FINANCIERO Y LOS PARTICULARES.....	6
1.2. CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO.....	9
1.3. CONSTITUCIONALIZACION DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS.....	13
2. REFERENCIAS NORMATIVAS.....	16
3. TÉRMINOS Y DEFINICIONES.....	18
4. PROBLEMA JURÍDICO Y LAS TESIS QUE LO RESUELVEN.....	21
4.1. GENERALIDADES Y EXPLICACION METODOLÓGICA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	22
4.1.1. PUNTO ARQUIMÉDICO DE APOYO.....	24
4.1.1.1. INGENIERIA EN REVERSA.....	25
4.1.1.2. SENTENCIA.....	25
5. NICHOS CITACIONAL.....	28
5.1 SENTENCIAS DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL.....	29
5.2. LAPSO ESTUDIADO.....	29
5.3. PATRON FACTICO SIMILAR.....	30
6. TELARAÑA Y PUNTOS NODALES.....	31

7. SENTENCIA HITO O FUNDANTE.....	32
7.1. SENTENCIA.....	32
7.1.1 ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LA SENTENCIA HITO.....	34
8. VARIANTES DE LAS SENTENCIAS.....	40
8.1. ESQUEMA GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	40
9. SUBREGLAS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	49

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

ESQUEMA DE LISTAS ESPECIALES

LISTA DE CUADROS

	Pag.
TABLA 1. NICHO CITACIONAL.....	28
TABLA 2. SENTENCIAS DE PRIMER Y SEGUNDO NIVEL.....	29
TABLA 3. TELARAÑA Y PUNTOS NODALES.....	31
TABLA 4. ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LA SENTENCIA HITO.....	34
TABLA 5. VARIANTES DE LAS SENTENCIAS Y ESQUEMA GRÁFICO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL.....	40
TABLA 6. FICHA # 1.....	55
TABLA 7. FICHA # 2.....	60
TABLA 8. FICHA # 3.....	63
TABLA 9. FICHA # 4.....	66

TABLA 10. FICHA # 5.....70

TABLA 11. FICHA # 6.....72

TABLA 12. FICHA # 7..... 76

TABLA 13. FICHA # 8.....80

TABLA 14. FICHA # 9.....83

TABLA 15. FICHA # 10.....87

0. INTRODUCCIÓN

“Dadme un punto de apoyo y moveré el mundo”, cita el Dr. Diego López Medina, adjudicando esta frase a Arquímedes, en su libro EL DERECHO DE LOS JUECES¹. Esa frase tan sencilla, fue la esencia misma del nuevo mundo jurisprudencial, ese planeta rebelde que se sale de los parámetros cotidianos de interpretación y compilación de la jurisprudencia.

Gracias al aporte de esta maravillosa obra se hizo posible el planteamiento de una problemática común en el derecho colombiano que a voces de la autora y para efectos de este trabajo se denominó “CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL”, concepto que a lo largo del mismo se profundiza y encamina su objetivo a demostrar la relatividad de del carácter justo de las normas constitucionales que regulan la actividad financiera en Colombia, cuyo ejercicio se ha considerado por la ley y la jurisprudencia como un servicio público. Sin embargo, la línea jurisprudencial desarrollada bajo esta premisa, se encamina a plantear el problema jurídico de los contratos forzosos que el Estado ordena celebrar, en virtud de la facultad de administrar justicia y por existir causales objetivas, según las cuales procede la acción de tutela con ocasión de controversias contractuales donde están inmersos derechos fundamentales en la actividad bancaria. Situación que finalmente limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad de estas entidades. En efecto, se invita al lector a transitar por esa senda jurisprudencial y descubrir como se resuelven las diferentes situaciones contractuales sometidas a revisión en cada una de las Sentencias T emitidas por la Corte Constitucional y así resolver el problema central de esta línea jurisprudencial.

¹ López Medina Diego Eduardo, EL DERECHO DE LOS JUECES, LEGIS, Ediciones UNIANDES, Facultad de Derecho, Primera edición, Bogotá 2002. Página 70.

1. OBJETO Y JUSTIFICACION DE LA LINEA

El presente trabajo se fundamenta en la importancia de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales en asuntos del sector real y del sector financiero, donde gobierna el principio rector de la autonomía privada de la voluntad, la cual tiende a extralimitarse por alguna de las partes intervinientes en este tipo de relaciones de derecho privado, generando desigualdad contractual y vulnerando derechos fundamentales que pueden agotarse por vía de tutela.

Cabe aclarar que aunque la Constitución Política de Colombia no define qué se entiende por actividad financiera, sí la prevé con el objeto de determinar su regulación, su inspección, su vigilancia y control, y su intervención, al mismo tiempo que determina su interés público y determina que solo puede ser ejercida previa autorización del Estado conforme a la ley². Más exactamente, son los siguientes artículos de la Carta, los que regulan la actividad financiera³:

- Artículo 150: Faculta al congreso para hacer o fabricar leyes.}
- Artículo 189: Faculta al presidente para que supervise y controle el marco legal del sistema financiero colombiano.
- Artículo 335: Consagra el interés público de la actividad financiera.

De esta forma es importante mencionar que el sector financiero no hace parte del sector real de la economía, el cual se define como una agrupación de actividades económicas organizadas en un sector primario (Obtiene el producto directamente

² Rodríguez Azuero Sergio, Rincón Cárdenas Erick, Calderón Villegas Juan Jacobo, TEMAS DE DERECHO FINANCIERO CONTEMPORÁNEO, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición Bogotá D.C. 2006, página 75.

³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, TEMIS, Bogotá D.C.

de la naturaleza Ej.: agropecuario), un sector secundario (actividades industriales de transformación de producto) y algunas actividades del sector terciario (actividades que no producen mercancía en sí, pero son necesarias para el funcionamiento de la economía, por ejemplo; el comercio, restaurantes, hoteles, etc.), sino que a diferencia de este, el sector financiero está conformado por las entidades públicas y privadas que desarrollan actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación del país y que no hace parte del sector terciario real⁴.

En Colombia el sector financiero se regula por normas legales encaminadas a lograr justicia contractual, entre las cuales encontramos: Ley 45 de 1990, Ley 35 de 1993, Ley 510 de 1999, Ley 546 de 1999, Ley 795 de 2003, Ley 964 de 2005, Ley 1328 de 2009 y en especial el DECRETO 663 DE 1993 el cual fue expedido con base en las facultades extraordinarias que la Ley 45 de 1990 le otorgó al Gobierno Nacional para sistematizar, integrar y armonizar las normas vigentes sobre la materia y “por el cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”⁵.

1.1. CONTROVERSIAS CONTRACTUALES DEL SECTOR FINANCIERO Y LOS PARTICULARES

Normalmente las controversias entre particulares de derecho privado son competencia de la jurisdicción ordinaria, especialidad civil, sin embargo en los últimos años, con la llegada de la acción de tutela y conjuntamente el hecho de

⁴Departamento Nacional de Planeación, Lista de gremios empresariales colombianos, de cobertura nacional, según sector económico, año 2000. Archivo Biblioteca Luis Ángel Arango.

⁵ www.ASOBANCARIA.com Marco Jurídico del Sector Financiero Colombiano.

que se controviertan derechos fundamentales en los contratos de derecho privado, algunas de estas controversias se han terminado resolviendo en sede de la Jurisdicción Constitucional, vía acción de tutela, donde ha sido la Corte Constitucional, como cabeza de esta jurisdicción la que ha sentado las bases para la realización de dicho fenómeno.

Por esta razón, la Constitución Política de Colombia, artículo 86 y el Decreto 2591 de 1991, artículo 42, autoriza la procedencia de la acción de tutela contra particulares, para lo cual, el constituyente previó tres situaciones distintas bajo las cuales procede la tutela contra los particulares: cuando un particular presta un servicio público, cuando de los hechos surja una grave afectación al interés colectivo y cuando el tutelante se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a otro particular. Esta Corporación reiteradamente ha señalado que, además, procede la tutela contra particulares que ejercen funciones públicas, pues en tal caso ostentan la calidad de autoridad pública⁶. Es precisamente este, el caso de las entidades bancarias, las cuales a pesar de ser particulares constituidas como sociedades comerciales⁷, prestan un servicio público, lo cual se ha reiterado en jurisprudencia la H. Corte Constitucional, motivo por el cual procede la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos fundamentales⁸.

Ahora bien, si el Estado es garante de derechos fundamentales, para lo cual ya quedó claro, interviene en su inspección, vigilancia y control y además brinda el aparato jurisdiccional para dar trámite al mecanismo efectivo y célere de la acción

⁶ Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 86. Y Decreto 2591 de 1991.

⁷ El Decreto 663 del 93 que ordena que establecimientos de crédito, sociedades de financiamiento comercial, aseguradoras, etc., deben constituirse como sociedades anónimas

⁸ Ver entre otras: Sentencias T-129 de 2010, T-847 de 2010, T-1085 de 2002, T-083 de 2002, T-1592 de 2000, SU-167 de 1999, SU-157 de 1999, T-578 de 2001, T-980 de 2001, T-215 de 2003, T-763 de 2005, T-219 de 2001, T-763 de 2005, T-449 de 2000.

de tutela, ¿Cuál es la interpretación jurisprudencial que la Corte Constitucional da al Principio de la Autonomía de la Voluntad de estas entidades en sus fallos?

A este respecto, son dos las posiciones que han sectorizado la conveniencia de las decisiones proferidas por esta Corporación encaminadas a resarcir la vulneración de aquellos derechos fundamentales que se presumen vulnerados por la entidad financiera. La Primera, se encuadra en un profundo desacuerdo, por considerar que cuando en sentencia de tutela se concede la protección y reparación de derechos a un particular, en términos generales traspasa la esfera del principio de la autonomía de la voluntad, imponiendo cláusulas, formas de negociación y en algunas ocasiones ordenando celebrar contratos con particulares, sin considerar el carácter autónomo del que están investidas las entidades bancarias, fenómeno que se ha denominado **CONTRATO FORZOSO**, concepto que nace en la doctrina por la llamada “*crisis del contrato*”, “*forjada en las crisis económicas del Siglo XX con la intervención estatal en la economía, la cual deja como consecuencia una reducción del ámbito de la libertad contractual de los particulares. Es el caso, entonces, de los contratos forzosos definidos como aquellos en los que, debido al intervencionismo del poder público, las partes se ven inmersas en una relación jurídica similar a la contractual, pero sin que se cuente con su voluntad, o, incluso, contra su voluntad*”. Más claramente, esta nueva denominación de los contratos aparece cuando a virtud de una decisión de la autoridad estatal las partes se ven, sin su voluntad y aun en ocasiones en contra de su voluntad, vinculadas por medio de una relación jurídica similar a la nacida de un contrato⁹.

⁹<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200106-4551019510121691.html>. Quesada Sánchez Antonio José, CONCEPTO DE CONTRATO Y FIGURAS NOVEDOSAS BAJO SU MANDO, Artículos doctrinales de Derecho Civil, Noticias Jurídicas, Junio de 2001.

y, la segunda posición tiende a justificar este tipo de decisiones como un resultado de la Administración de Justicia por parte del Estado garante, por cuanto en virtud de la facultad de administrar justicia, “lo que exige ordinariamente la Corte es que se adecue el procedimiento previo a la contratación de forma tal que la decisión de no contratar se encuentre debidamente justificada, si ello es posible, o que se adelante el trámite precontractual necesario de la OFERTA a efectos de que la persona cuyos derechos han sido protegidos determine libremente y de manera definitiva si celebra el contrato o se abstiene de hacerlo”¹⁰, pero no se refiere a la existencia de un contrato forzoso.

De esta forma, antes de plantear un problema jurídico, es clave referirse al fenómeno contemporáneo de la CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO, en especial de las instituciones financieras.

1.2. CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PRIVADO

A voces del Dr. Juan Jacobo Calderón Villegas, esta nueva tendencia, ha ido adquiriendo importancia teórica y práctica si se tiene en cuenta que su concreción produjo entre otros los siguientes efectos¹¹:

1. Promueve nuevas formas de litigio

¹⁰ Calderón Villegas Juan Jacobo. “CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO COMERCIAL: ALGUNAS DE LAS HUELLAS TRAZADAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA”. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007, pagina 16.

¹¹ Cfr. Calderón Villegas Juan Jacobo. “CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO COMERCIAL: ALGUNAS DE LAS HUELLAS TRAZADAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA”. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007, pagina 16.

2. Impone el nacimiento de riesgos cuya evaluación puede ser relevante por parte de los agentes económicos
3. Reta algunas convicciones importantes acerca de la imagen que se tiene de la estructura y funcionamiento del derecho privado
4. Exige una reflexión profunda que debe transitar los niveles descriptivo, analítico y normativo de la dogmática del derecho privado y, al mismo tiempo, del derecho constitucional¹².

Así mismo expone que este fenómeno, se ha concebido mediante dos clases de **“sistemas de constitucionalización: Los predominantemente legislativos y Los predominantemente judiciales**, los cuales tiene un nivel de abstracción interpretativa con el que se pretende definir la intensidad de la incidencia constitucional. A estos niveles se los ha denominado **modelos de constitucionalización: prima facie abstractos y prima facie concretos**. En este sentido, el sistema predominantemente legislativo se orientan a determinar la incidencia del texto constitucional en el derecho privado con apoyo en herramientas regulatorias que no se conectan de manera directa con situaciones fácticas específicas y, en este sentido, de naturaleza abstracta; por el contrario, los sistemas que exponen un predominio de la actividad judicial, se caracterizarían por el hecho de que la incidencia de la constitución en la comprensión del derecho

¹² Calderón Villegas Juan Jacobo. “CONSTITUCIONALIZACION DELDERECHO COMERCIAL: ALGUNAS DE LAS HUELLAS TRAZADAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA”. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007, pagina 16.

privado se define, *prima facie*, es decir, a partir del análisis de supuestos fácticos debidamente especificados”¹³.

Es precisamente aquí, donde el tema central de la presente línea jurisprudencial, encuadra su contexto, es decir en el “sistema judicial de constitucionalización del derecho mercantil, por cuanto el alcance de su normatividad se determina por la incidencia del texto constitucional el cual se activa con ocasión del ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Así mismo, existen ya sistemas de judiciales de constitucionalización del derecho mercantil, entre los cuales tenemos: “**sistema suave** (que se pone en funcionamiento cuando el aparato judicial profiere una sentencia en virtud de un problema jurídico u controversia particular, luego de seguir un trámite procesal), **sistema excepcional intermedio** (también funciona en virtud de una problemática particular, siguiendo una senda procesal determinada, pero además la decisión del juez ordinario es por lo general inconstitucional por considerarse violatoria de la Carta Magna), **sistema ordinario intermedio** (parte de la misma premisa del hecho fáctico particular dirimido con la aplicación de un determinado proceso judicial con la diferencia que busca fundamentar constitucionalmente la inconstitucionalidad de una norma de derecho privado la cual se habrá de considerar inferior a la constitución y en consecuencia se convierte en un precedente para que el juez no la aplique), **sistema abstracto** (funciona cuando se solicita la inconstitucionalidad de una norma que para el derecho privado tiene gran trascendencia) y **finalmente el sistema estricto** (el cual recoge, en principio, los rasgos propios de la constitucionalización cuando ésta se produce en ejercicio de la mencionada competencia por parte de la Corte

¹³ Calderón Villegas Juan Jacobo. “CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO COMERCIAL: ALGUNAS DE LAS HUELLAS TRAZADAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA”. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007.

*Constitucional)*¹⁴, en el cual se adapta el presente trabajo que para el caso que nos ocupa se verifica con sentencias de tutela emitidas por esta corporación.

En concordancia con lo anterior, el Dr. Juan Jacobo Calderón Villegas plantea las siguientes características para este sistema, las cuales observaremos claramente en el desarrollo de la presente línea jurisprudencial:

1. “La autoridad judicial que examina la controversia de derecho privado hace parte de la jurisdicción constitucional”¹⁵: de lo cual se infiere que la premisa fáctica de este tipo de controversias consiste en la protección de derechos fundamentales que con ocasión a la actividad contractual privada se presumen vulnerados.
2. “El segundo que el trámite que debe adelantarse para definir la controversia es excepcional y nace a partir de la interposición de una acción de tutela”¹⁶: de lo cual se infiere que a partir de la vulneración de los derechos fundamentales en materia de contratos privados, referida anteriormente, se interpone acción de tutela ante el juez ordinario, el cual emite su fallo y mas tarde este es impugnado por la parte desfavorecida, siendo luego competencia de la Corte Constitucional como máxima autoridad en materia de revisión de tutela.
3. “Dado que en estos casos se aduce la violación de un derecho constitucional fundamental, la solución del problema, *prima facie* de derecho privado, será

¹⁴ Cfr. Calderón Villegas Juan Jacobo. “CONSTITUCIONALIZACION DELDERECHO COMERCIAL: ALGUNAS DE LAS HUELLAS TRAZADAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA”. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007

¹⁵ Cfr. Calderón Villegas Juan Jacobo. “CONSTITUCIONALIZACION DELDERECHO COMERCIAL: ALGUNAS DE LAS HUELLAS TRAZADAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA”. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007

¹⁶ Cfr. Calderón Villegas Juan Jacobo. “CONSTITUCIONALIZACION DELDERECHO COMERCIAL: ALGUNAS DE LAS HUELLAS TRAZADAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA”. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007

abordada, principalmente .aunque no de manera exclusiva y excluyente., a la luz de un proceso de argumentación constitucional. Tal argumentación podrá suponer la presentación de razones procesales relacionadas con la procedencia de la acción de tutela. o sustanciales .vinculadas con la definición acerca de si ha existido o no una violación iusfundamental”¹⁷: es decir que la H. Corte Constitucional tiene marcadas las directrices en materia de tutela y es de acuerdo a ellos que emprende su análisis y posteriormente la argumentación de su decisión, con lo cual juzga lo procesal y lo sustancial del caso, pero no lo hace en concreto.

En esta forma queda claro como se ha llevado a cabo la constitucionalización del derecho privado, pero aun no es contundente tal claridad frente a la constitucionalización de las entidades financieras, motivo por el cual se aborda ese tema a continuación:

1.3. CONSTITUCIONALIZACION DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

La actividad bancaria y demás actividades financieras, tienen como característica principal el RIESGO a la hora de celebrar un contrato. Estas actividades gozan “supuestamente” de una AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, garantizada constitucionalmente en el artículo 335, donde se consagra el interés público de la actividad financiera prestada por entidades privadas y en el artículo 333 que establece la libertad de empresa. Es así, como en ejercicio de este principio, dichas personas jurídicas emprenden estrategias para controlar o disminuir ese

¹⁷ Calderón Villegas Juan Jacobo. “CONSTITUCIONALIZACION DELDERECHO COMERCIAL: ALGUNAS DE LAS HUELLAS TRAZADAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA”. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007.

riesgo, tales como “formular juicios sobre la mejor utilización del capital, seleccionar a los prestatarios que según su capacidad económica hacen más posible su cumplimiento frente a las condiciones pactadas, fijación de precios y tipos de interés, entre otros”¹⁸.

Pero, con la nueva interpretación integral de los valores, principios y normas, característica fundamental de la constitucionalización del derecho privado, se produce consecuentemente una constitucionalización de las entidades financieras. Por ejemplo en la actualidad, las controversias contractuales de derecho privado que normalmente son competencia de la jurisdicción ordinaria, pasaron a ser en algunos casos, materia de estudio de la Corte Constitucional, como es el caso de la acción de tutela contra particulares en los tres casos explicados con anterioridad.

A este respecto, se ha planteado en la doctrina que *las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente*¹⁹.

Pero, es en aplicación de lo anterior donde se materializa la constitucionalización de las instituciones en cuestión, es a partir de que la Corte Constitucional en

¹⁸ TORRERO MAÑAS ANTONIO, Liberalización. Diferencias entre el Sector Financiero y el Sector Real. Universidad de Málaga, Cuadernos de CC EE y EE N° 50-51, 2006 páginas 85-101, liberalización. España, 2006.

¹⁹ ARRUBLA PAUCAR JAIME ALBERTO, La constitucionalización del Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. página 19.

sentencia de Tutela, profiere decisiones que en ocasiones suelen limitar ese principio de la autonomía de la voluntad, pues dichos fallos consisten en la imposición a una entidad financiera de celebrar un determinado tipo de contrato o en determinar las cláusulas del mismo, con personas particulares que en condiciones de normalidad no celebrarían. Sin embargo deben hacerlo, so pena de incurrir en un desacato de tutela, afectando la esfera de su autonomía de la voluntad.

Así es, como la Corte Constitucional con la teoría del servicio público de las entidades financieras y amparándose en el estado de indefensión, las hace objeto de acción de tutela, tanto que si no cumplen con estos supuestos no las concede, como sucedió con el caso GILINSKI contra HSBC Fiduciaria S. A. (Sentencia T – 910 de 2009), entre otras donde se declara improcedente la acción de tutela por este motivo, lo cual deja en total manifiesto que la constitucionalización del derecho privado ha impactado el derecho financiero, además porque del caso citado como ejemplo se deja en entredicho la claridad de quien es parte débil, si es; el que no tiene información, el pobre, el que necesita el servicio o en fin ¿quien lo es?.

Así es, como llegando al final de este acápite, se concluye que la constitucionalización del derecho financiero es una parte de un fenómeno más grande, cual es la constitucionalización del derecho privado.

2. REFERENCIAS NORMATIVAS

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.

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 964 de 2005, 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 de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores 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 663 DE 1993, el cual fue expedido con base en las facultades extraordinarias que la Ley 45 de 1990 le otorgó al Gobierno Nacional para sistematizar, integrar y armonizar las normas vigentes sobre la materia y “por el cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración”²⁰.

DECRETO 2591 DE 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

²⁰ www.ASOBANCARIA.com Marco Jurídico del Sector Financiero Colombiano.

3. TÉRMINOS Y DEFINICIONES

3.1. Línea jurisprudencial: idea abstracta de una situación jurídica materia de controversia ante las máximas autoridades judiciales (altas cortes), en la cual se agrupan sentencias proferidas por estas corporaciones, de acuerdo al patrón fáctico similar que constituye un problema jurídico el cual presenta dos o mas alternativas para dirimirse. Entre las sentencias que conforman la línea es necesario denominar una sentencia arquimédica y una sentencia hito, las cuales sirven de punto de apoyo para el desarrollo de la misma. En este tipo de investigación, es necesario graficar la línea jurisprudencial para entender como se han agrupado las sentencias.

3.2. Contrato forzoso: hace referencia a una nueva forma de concepción del concepto de contrato, siendo estos un resultado del intervencionismo del poder público, cuando en sentencia proferida por una autoridad judicial, las partes son el resultado de una relación contractual o al menos parecida, pero sin que medie el elemento volitivo, o, incluso, en contra de las voluntades que deberían concurrir.

3.3. Autonomía de la voluntad: es un derecho básico de derecho contractual que se entiende incorporado en las relaciones entre particulares, y consiste en la libertad que tienen los particulares para establecer las cláusulas contractuales. Nace en la Revolución Francesa donde tienen auge las libertades e igualdades del hombre, sin embargo, este principio tiene límites y cargas. Por ejemplo: las partes no pueden modificar las cosas de la esencia del contrato, so pena de que el contrato no produzca efecto alguno o degenerare en un negocio distinto al que se quiere celebrar. Tampoco pueden pactar algo contrario a la ley, el orden público o las buenas costumbres, pues en presencia de ello, carecen de nulidad absoluta por objeto o causa ilícitos.

3.4. Banca nacional: conjunto de entidades o instituciones que, dentro de una economía determinada, prestan servicio de banco, ejerciendo la actividad financiera que en Colombia se ha catalogado como un servicio público.

3.5. Acción de tutela: instrumento judicial para la protección de derechos fundamentales de rango constitucional, cuando estos se han visto amenazados o vulnerados por parte de las autoridades o de determinados particulares.

3.6. Sector real: agrupación de actividades económicas organizadas en un sector primario (Obtiene el producto directamente de la naturaleza Ej.: agropecuario), un sector secundario (actividades industriales de transformación de producto) y algunas actividades del sector terciario (actividades que no producen mercancía en sí, pero son necesarias para el funcionamiento de la economía, por ejemplo; el comercio, restaurantes, hoteles, etc.).

3.7. Sector Financiero: sector de la economía que está conformado por las entidades públicas y privadas que desarrollan actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación del país y que no hace parte del sector terciario real.

3.8. Controversias contractuales: discrepancia entre las partes activas de una relación contractual, sobre algún punto del contrato.

3.9. Particular: persona que no desempeña ningún cargo oficial.

3.10. Jurisdicción constitucional: conjunto de mecanismos destinados a defender la Constitución, sea en su aspecto orgánico o el dogmático.

3.11. Sentencia: es un acto jurisdiccional que emana de un juez que pone fin al proceso o a una etapa del mismo, la cual tiene como objetivo reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica así como formular ordenes y prohibiciones. Esta es regida por normas de derecho publico, ya que es un acto emanado por una

autoridad pública en nombre del Estado y que se impone no solo a las partes litigantes sino a todos los demás órganos del poder público; y por normas de derecho privado en cuanto constituye una decisión respecto de una controversia de carácter privado, cuyas consecuencias se producen con relación a las partes litigantes.

3.12. Constitucionalización: fenómeno según el cual el ordenamiento jurídico de un país debe estar regido en su interpretación y aplicación por la Constitución de dicho país. Ello quiere decir que la norma primaria a la cual debe acompañarse en forma obligatoria el derecho del país respectivo debe ser la Constitución. En el, hay se da un desplazamiento de la Ley, la Corte Suprema y el Consejo de Estado, hacia la Constitución y la Corte Constitucional, por lo cual además de todas las consecuencias filosóficas y académicas, el fenómeno encierra una implacable lucha por la detentación del poder jurídico en un determinado País, lo que coloquialmente se ha llamado en el nuestro “el choque de trenes”²¹.

3.13. Litigio: Proviene la palabra litigio del término latino litis, que a su vez deriva de lis, o contienda judicial. Nace con ocasión a un proceso judicial con la demanda y su contestación.

3.14. Instituciones financieras: Las Instituciones Financieras son aquellas que ofertan y demandan dinero. Entre ellas están; Bancos comerciales, Bancos de ahorros y crédito, asociaciones de ahorros y créditos, compañías de seguros, bolsa de valores, AFP, etc.

3.15. Oferta: Trámite precontractual, donde se invita, se solicita y se concreta el negocio que habrá de celebrarse.

²¹ “LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO A PARTIR DE 1991, UN FENOMENO REAL O APARENTE? Disponible en internet. Junio 3 de 2005. Blog anónimo.

3.16. Sentencia arquimédica: una sentencia con la que el investigador trata de desenredar las relaciones estructurales entre varias sentencias. Ayuda a identificar las sentencias hito y a sistematizar la línea en un gráfico²².

3.17. Ingeniería de reversa: estudio de la estructura de citas del punto o sentencia arquimédica²³.

3.18. Ratio decidendi: expresión latina, que significa literalmente en español "razón para decidir" o "razón suficiente". Hace referencia a aquellos argumentos en la parte considerativa de una sentencia o resolución judicial que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento.

3.19. Lista Clinton: documento del gobierno norteamericano, encaminado a erradicar el narcotráfico. Listado de personas a quien se les atribuía el ejercicio de actividades del narcotráfico.

²² López Medina Diego Eduardo, EL DERECHO DE LOS JUECES, LEGIS, Ediciones UNIANDES, Facultad de Derecho, Primera edición, Bogotá 2002. Páginas 69 a 71.

²³ *Ibidem*.

4. PROBLEMA JURÍDICO Y LAS TESIS QUE LO RESUELVEN

¿Es posible para el juez constitucional imponer la obligación de celebrar un contrato comercial o imponer el contenido de las cláusulas contractuales a través de sentencia que resuelva acción de tutela, limitando la autonomía de la voluntad de los establecimientos bancarios?

PRIMERA TESIS: Si es posible que por la vulneración de un derecho fundamental se obtenga en sentencia de tutela la imposición de celebrar un contrato con determinada persona que inicialmente no se aceptó como parte en esta relación contractual o así mismo la imposición de cláusulas que determinen el rumbo del contrato, lo cual se constituye en un contrato forzoso para la entidad bancaria o financiera que en condiciones de normalidad y en ejercicio del principio de la autonomía privada de la voluntad acepta a la parte contratante, previo estudio de los requisitos establecidos para cada tipo de contrato. En otras palabras, se da cabida a una limitación tácita de ese principio rector en materia comercial.

Esta tesis tiene una fuerte incidencia en el concepto tradicional de contrato y de consentimiento como integrante del contrato, explicados en párrafos anteriores, y aunque se busca la protección constitucional de derechos fundamentales, esto puede ocasionar que quede en duda la institución misma del contrato como ejercicio de la libertad, quedando así desvirtuado el consentimiento como integrante del contrato.

SEGUNDA TESIS: No es posible que el juez imponga, vía acción de tutela, la obligación de celebrar un contrato o determinarlas cláusulas del mismo, en materia financiera, por cuanto “lo que exige ordinariamente la Corte es que se adecue el procedimiento previo a la contratación de forma tal que la decisión de no contratar se encuentre debidamente justificada, si ello es posible, o que se adelante el

trámite precontractual necesario de la OFERTA a efectos de que la persona cuyos derechos han sido protegidos determine libremente y de manera definitiva si celebra el contrato o se abstiene de hacerlo”²⁴.

Esta tesis, tiene la desventaja de que no permite equilibrar las cargas contractuales de aquellos contratos en los cuales se vulneran derechos fundamentales, pues se limitaría el poder del Estado garante frente a esos derechos.

4.1 GENERALIDADES Y EXPLICACIÓN METODOLÓGICA DE LA LÍNEA

La metodología utilizada para desarrollar la presente línea jurisprudencial tiene sus fundamentos en la obra del Doctor Diego López Medina “El Derecho de los Jueces”, como material de apoyo y en los parámetros planteados en la materia de “Seminario de Investigación” cursada en la Especialización en Derecho Comercial de la Universidad de Nariño, según los cuales toda línea jurisprudencial requiere del planteamiento de un problema jurídico, para el cual existen dos sendas que le brindan solución²⁵. Estos caminos o alternativas se encuentran contextualizados en dos tesis: LA PRIMERA que encuadra la posibilidad de imponer a las entidades bancarias y financieras la celebración de contratos comerciales vía acción de tutela, limitando el principio de la autonomía privada de la voluntad, y, la SEGUNDA que descarta de plano esa posibilidad, por considerar que el principio de la autonomía privada de la voluntad se concatena con el derecho de la libertad

²⁴ Calderón Villegas Juan Jacobo. “CONSTITUCIONALIZACION DELDERECHO COMERCIAL: ALGUNAS DE LAS HUELLAS TRAZADAS POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA”. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007, pagina 16.

²⁵ López Medina Diego Eduardo, EL DERECHO DE LOS JUECES, LEGIS, Ediciones UNIANDES, Facultad de Derecho, Primera edición, Bogotá 2002. Capítulo 2, páginas 53 a 133.

de empresa el cual es una garantía constitucional que debe respetarse al igual que los demás derechos fundamentales.

A este respecto, se debaten las dos posibilidades anteriores y es precisamente en las Sentencias de Tutela emitidas por la Corte Constitucional que tiene cabida la presente línea jurisprudencial, la cual es bipolar y cuyo nicho citacional se compone de DIEZ (10) Sentencias tipo T, proferidas en el lapso de tiempo comprendido entre 1999 y 2008, de las cuales es punto arquimedico de apoyo la Sentencia T 763 de 2005, por que a su carácter de reciente se le suma la importancia de sus planteamientos, en especial la especificación de los casos en los cuales se tutelan derechos fundamentales de los particulares y en efecto se impone de manera forzosa la obligación de celebrar un contrato comercial o la forma de hacerlo aun siendo un asunto netamente de derecho privado, donde prima “la autonomía de la voluntad”²⁶. Sin embargo debe aclararse que a pesar de ser esta última punto arquimedico de apoyo, se incluyó también el la presente línea jurisprudencial la Sentencia T 329 de 2008, como confirmadora de línea, pues en ella no se tutelan los derechos del particular sino que se respeta la autonomía de la voluntad de la entidad financiera accionada. Además en ella se cita la sentencia SU 157 de 1999 (sentencia hito).

Así mismo se ha desarrollado la ingeniería de reversa a partir de la sentencia arquimédica, es decir un estudio de la estructura de las citas que ella contiene, complementando así el nicho citacional²⁷.

²⁶ CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA 1991, de la cual, LA AUTONOMÍA PRIVADA, goza de sustento que se deduce de la garantía y protección de varios derechos que la concretan: Artículo 14 (derecho a la personalidad jurídica), Artículo 58 (asegura la propiedad privada), Artículos 38 y 39 (derecho a la libertad de asociación), Artículo 333(derecho a la libre actividad económica, iniciativa privada y la libertad de empresa)

²⁷ Por ingeniería de Reversa el autor López Medina Diego Eduardo, EL DERECHO DE LOS JUECES, LEGIS, Ediciones UNIANDES, Facultad de Derecho, Primera edición, Bogotá 2002. Capitulo 2, páginas 53 a 133,

Finalmente se enmarca que es sentencia hito para la presente línea jurisprudencial aquella sentencia fundadora de línea, es decir que sirve de fundamento y precedente para proferir sentencias de tutela posteriores. En efecto, para el caso que nos ocupa la sentencia hito es la SENTENCIA SU 157 DE 1999, por ser la que mas se menciona a lo largo de las sentencias que conforman esta línea y por lo cual se concluye que sirvió como punto de referencia para posteriores decisiones de la Corte Constitucional sobre el tema a tratar.²⁸

Posteriormente se ha efectuado unas fichas de análisis estático de cada una de las sentencias del nicho citacional, las cuales se configuran en un práctico resumen que da mayor claridad en la sustentación del presente trabajo.

4.1.1. PUNTO ARQUIMÉDICO DE APOYO

Es básicamente la sentencia con la cual se trata de desencadenar la mecánica de la línea jurisprudencial, analizando a partir de esta, las sentencias citadas en ella que hacen línea en el tema tratado.

Por su parte, Diego López Medina, en su libro EL DERECHO DE LOS JUECES, plantea como propósito fundamental del punto arquimedico de apoyo el de “ayudar en la identificación de las sentencias hito y en su sistematización en un gráfico de la línea”²⁹, para lo cual debe tratarse de que esta sentencia tenga el mismo patrón factico o similar con el caso sometido a investigación y segundo que sea lo mas

considera: “Consiste en el estudio de la estructura de citas del punto arquimedico. Es aprender a construir la línea mediante las citas internas que la Corte hace...”

²⁸ Si bien, la Sentencia SU 157 de 1999 es HITO para la presente línea jurisprudencial por estar limitada hasta 1999, no se descarta que existan otras sentencias anteriores y por supuesto más antiguas, pero para el presente trabajo se han fijado únicamente esos límites temporales.

²⁹ López Medina Diego Eduardo, EL DERECHO DE LOS JUECES, LEGIS, Ediciones UNIANDES, Facultad de Derecho, Primera edición, Bogotá 2002. Capítulo 2, páginas 53 a 133.

reciente posible³⁰. Sin embargo a consideración de la autora, puede haber sentencias no tan recientes, pero que conformen una línea muy completa y nada pacífica, que cumpla con todos los requisitos necesarios para que en oportunidad posterior sirva de sub-regla para casos similares. Es por ejemplo el caso del presente trabajo, donde las sentencias mas recientes son de los años 2005 (arquimédica) y 2008, pero que ayudaron cabalmente a la configuración de una verdadera línea jurisprudencial en un tema fundamentalmente actual.

4.1.1.1. INGENIERÍA DE REVERSA

Entendiendo como ingeniería de reversa las citas contenidas en la sentencia que se tomó como punto de apoyo arquimedico, se tienen las siguientes, pero se aclara que para la presente línea jurisprudencial no solo se tomaron las que a continuación se mencionan sino también se vinculó otra sentencia del año 2008 proferida en Jurisdicción Constitucional que encuadran su contexto con gran contundencia en el tema tratado.

4.1.1.2. SENTENCIA

SENTENCIA T - 763 DE JULIO 21 DE 2005 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. SALA SEXTA – CORTE (PUNTO ARQUIMÉDICO DE APOYO)

Esta sentencia se considera arquimédica para el presente trabajo, por que a pesar de haber sido proferida por la Corte Constitucional en el año 2005, en la sentencia se traza la sub-regla para saber cuándo el ejercicio de la libertad contractual de

³⁰ Ibidem.

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

1. “Cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero.
2. También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, transgreden desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca.
3. Cuando la decisión de las entidades financieras produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio público.
4. Cuando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión”³¹.

Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión.

Al respecto se aclara que no existe en la relatoría de la CORTE CONSTITUCIONAL, una sentencia mas reciente que la T – 329 DE 2008, que

³¹ Sentencia T -763 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Julio 21 de 2005. Sala Sexta. Corte Constitucional.

también hace parte de esta línea jurisprudencial en conjunto con la considerada arquimédica.

En consecuencia, a continuación se presenta un listado de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial (INGENIERÍA DE REVERSA), las cuales estructuran el nicho citacional de la sentencia arquimédica, en otras palabras son las sentencias que los magistrados citan en la sentencia arquimédica y entre las cuales se indica claramente cual es la sentencia HITO:

- SENTENCIA SU - 157 DE 1999
- SENTENCIA SU - 166 DE 1999
- SENTENCIA SU - 167 DE 1999
- SENTENCIA T - 1165 DE 2001
- SENTENCIA T - 592 DE 2003
- SENTENCIA T - 520 DE 2003
- SENTENCIA T - 468 DE 2003
- SENTENCIA T - 083 DE 2003
- SENTENCIA T - 329 DE 2008

5. NICHO CITACIONAL

1999	2001	2003	2005	2008
SENTENCIA SU 166	SENTENCIA T 1165	SENTENCIA T 083	SENTENCIA T 763	SENTENCIA T 329
SENTENCIA SU 167		SENTENCIA T 468		
SENTENCIA SU 157		SENTENCIA T 592		
		SENTENCIA T 520		

5.1. EN EL PRIMER Y SEGUNDO NIVEL

SENTENCIA ARQUIMEDICA	SENTENCIAS DE PRIMER NIVEL	SENTENCIAS DE SEGUNDO NIVEL
SENTENCIA T 763 DE 2005	SENTENCIA T – 592 DE 2003 SENTENCIA T – 520 DE 2003 SENTENCIA T – 468 DE 2003 SENTENCIA T – 083 DE 2003 SENTENCIA T – 1165 DE 2001 SENTENCIA SU – 157 DE 1999 SENTENCIA SU - 166 DE 1999 SENTENCIA SU - 167 DE 2009	SENTENCIA SU 157 DE 1999 SENTENCIA T 329 DE 2008

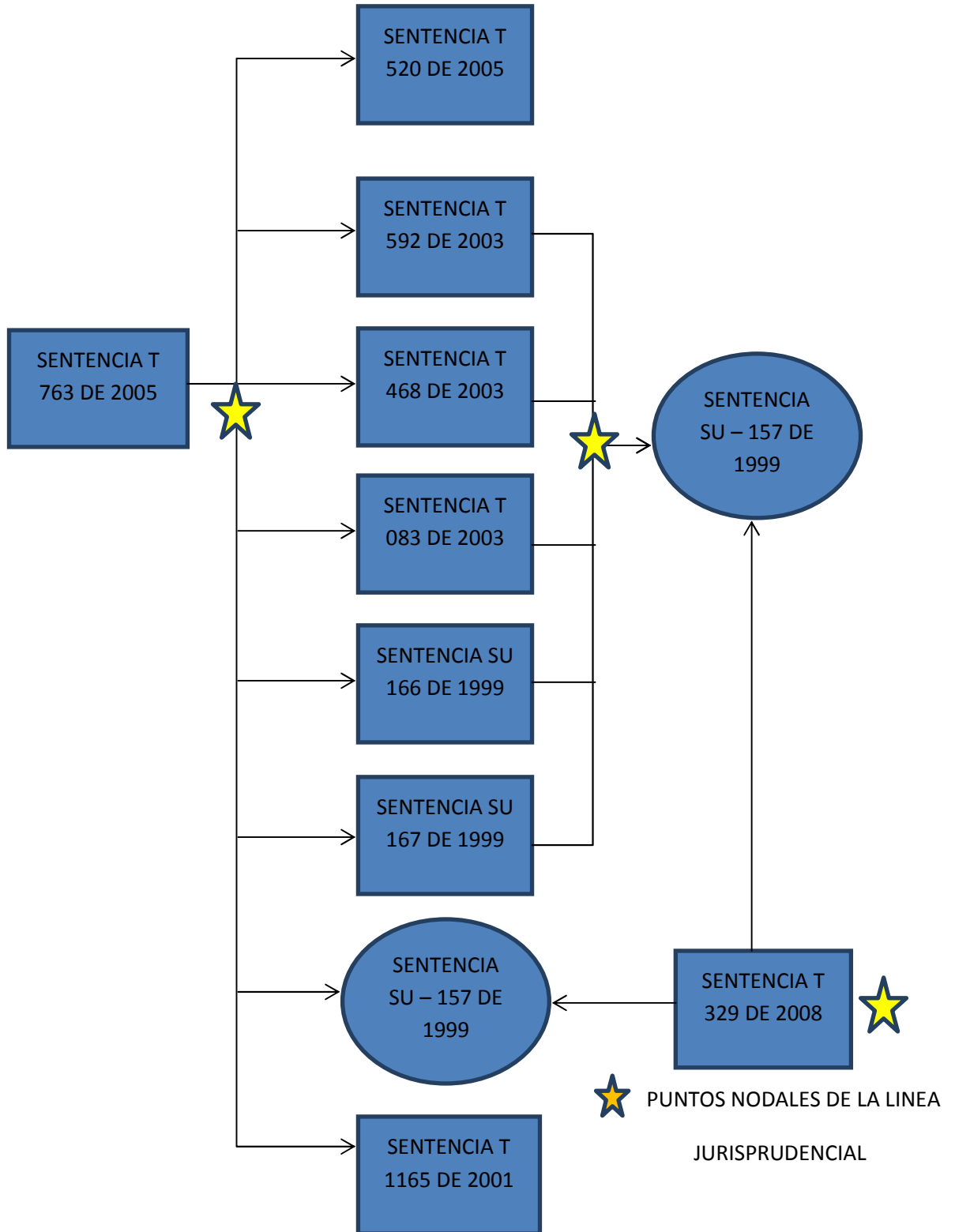
5.2. LAPSO ESTUDIADO

El lapso de tiempo estudiado en la presente línea comprende un periodo de 9 años, desde 1999 hasta 2008.

5.3 PATRÓN FÁCTICO SIMILAR

El patrón factico similar para esta línea jurisprudencial consiste en la vulneración de un derecho fundamental en la ejecución de un contrato comercial bancario o en el acceso a la actividad financiera como particular – parte de un contrato financiero, en virtud de lo cual se interpone acción de tutela en contra de dichas entidades. Posteriormente esa acción de tutela en instancia superior, es decir en sede de revisión por la Corte Constitucional, tiene la finalidad de subsanar esa vulneración de los derechos fundamentales, para lo cual la H. Corte Constitucional, profiere sentencia de tutela, significando en algunas ocasiones una imposición de celebrar un contrato comercial (contrato comercial forzado) u ordenando la forma de celebración del mismo en contraposición al principio de la autonomía privada de la voluntad y en otras no tutelando los derechos vulnerados por respeto a ese principio rector de la actividad mercantil.

6. TELARAÑA Y PUNTOS NODALES



7. SENTENCIA HITO O FUNDANTE

7.1 SENTENCIA

SENTENCIA SU – 157 de Marzo 10 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Se considera la Sentencia SU – 157 de Marzo 10 de 1999, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, como fundante o hito³², por cuando es la sentencia que más se menciona en las demás sentencias de la línea y la cual tiene una gran influencia en sentencias posteriores, pues en ella la H. Corte Constitucional NO CONCEDE LA TUTELA DE LOS DERECHOS DE LOS ACCIONANTES, quienes consideraban vulnerados sus derechos al buen nombre, igualdad y debido proceso, en virtud de una terminación unilateral de los contratos vigentes con entidades bancarias y financieras colombianas, por su inclusión en la denominada “LISTA CLINTON”, documento de gobierno extranjero destinado a combatir el delito de narcotráfico.

La consideración principal de la Corte Constitucional tuvo como argumento central que:

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

³² López Medina Diego Eduardo, EL DERECHO DE LOS JUECES, LEGIS, Ediciones UNIANDES, primera edición, Bogotá D.C 2002. *“Sentencias hito, son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional. Son usualmente sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte...”*.

*también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado*³³.

Además es siempre el fundamento o precedente para decidir sobre la procedencia de acciones de tutela contra particulares aun tratándose de asuntos de derecho privado. Adicionalmente hace parte del conjunto de sentencias fundadoras de línea donde la Corte Constitucional establece con suma claridad y puntualidad cuales son los aspectos para la no procedencia de la acción de tutela imponiendo cargas contractuales a las entidades financieras, concepto que mas adelante se cambia en la senda jurisprudencial de esta corporación.

³³ Sentencia SU-157 de 1999, MP ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, Sala Plena, Bogotá D.C., Marzo 10 de 1999.

7.1.1. ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LA SENTENCIA HITO

IDENTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA HITO SENTENCIA SU 157 DE 1999 CORTE CONSTITUCIONAL
PROBLEMA JURÍDICO: Del caso en concreto se plante el siguiente problema jurídico: ¿Cuál es la complejidad de la acción del Estado como garante de los derechos las libertades económicas de las personas y a la vez como interventor de la actividades de interés público, cuando las acciones de tutela impuestas contra las entidades del sistema financiero reúnen los requisitos formales de procedencia? Y ¿Qué grado de responsabilidad tienen los medios de comunicación y las entidades particulares que divulgaron la lista Clinton en Colombia?
DESCRIPCION SUCINTA DE LOS HECHOS - SUPUESTOS FACTICOS: A juicio de los actores, la terminación unilateral de sus contratos bancarios se origina en la inclusión de sus nombres en un documento de gobierno extranjero destinado a combatir el delito de narcotráfico, lo cual implica una sanción, si debido proceso, que les anulan sus libertades económicas, les afecta el buen nombre y su derecho a la intimidad. Así mismo, consideran que el hecho de figurar en los bancos de datos con un número importante de cuentas canceladas o saldadas, impide que en el futuro puedan acceder al crédito en el sistema financiero colombiano. De otra parte, los accionantes de las tutelas manifiestan que los medios de

comunicación colombianos, la Bolsa de Occidente y la ANDI, cuando hicieron pública la inclusión de sus nombres en un documento que lo señala como narcotraficante, violentan su derecho al buen nombre. En el mismo sentido considera que entidades estatales de control, como la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Comunicaciones, a través del silencio y su actitud omisiva, transgreden sus derechos fundamentales.

Por su parte, los jueces constitucionales de instancia afirman que no existe violación de derecho fundamental alguno, como quiera que los demandados hacen uso de la libertad contractual garantizada en nuestra legislación. Por consiguiente, en Colombia "nadie está obligado a vincularse comercialmente con otra persona". Así mismo, los juzgados consideran que el amparo solicitado respecto de los medios de comunicación no procede formalmente, por cuanto los peticionarios no se encuentran en ninguno de los presupuestos de tutela contra particulares que establece el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Pretensión: solicitan que se ordene la inmediata reapertura de las cuentas corrientes y de ahorros que fueron canceladas unilateralmente por los accionados. Igualmente, el accionante de la tutela T-152.413 solicita que los medios de comunicación rectifiquen la información, dada su condición de ciudadano honesto y ajeno a conductas del narcotráfico.

TESIS: NO ES POSIBLE IMPONER CLAUSULAS CONTRACTUALES NI CONTRATOS FORZOSOS EN MATERIA BANCARIA.

RATIO DECIDENDI

1. Las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en el ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el

de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente, por lo que la Corte Constitucional entra a conocer de fondo el asunto *sub iudice*.

2. La autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátiles y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado.

3. La mayoría de las entidades financieras Colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca Norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país se dirigen a proteger a las instituciones financieras colombianas de riesgos inminentes propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos “reflejo” de la lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo

que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores. Así las cosas, tal y como se plantean en la actualidad los hechos, la negociación con quienes aparecen en la lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país, como quiera que la lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la lista Clinton constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca.

4. La divulgación de la información, tanto por los medios de comunicación como por las entidades particulares, se dirigió a revelar la existencia de un documento que compromete intereses nacionales, como quiera que determina sanciones económicas en Norteamérica para quienes negocien con personas allí señaladas. Así las cosas, se impone la conclusión de que los medios de comunicación no actuaron de manera contraria a la Constitución sino en ejercicio de la libertad de prensa y, las entidades particulares actuaron en ejercicio de su derecho a informar, por lo que no es procedente la acción de tutela contra aquellos.

ARGUMENTO CENTRAL: SE RESPETA LA AUTONOMIA PRIVADA DE LA VOLUNTAD DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS, pues el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátiles y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado.

PREMISAS NORMATIVAS:

Constitución política de Colombia, preámbulo, artículos 333 y 38.

Código civil colombiano

Código de comercio

Demás normas relacionadas con el tema

PREMISA FÁCTICA: en virtud de la vulneración de un derecho fundamental de un particular, con ocasión de la actividad bancaria nacional, se interpone acción de tutela contra entidades bancarias o financieras, con el fin de subsanar esos derechos que se consideran vulnerados.

De esta forma es como la corte constitucional profiere sus sentencias de tutela que en ocasiones se torna en contratos forzosos para las entidades financieras, por las razones antes citadas.

CONCLUSIÓN:

La autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátiles y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través de

conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado. Así, la mayoría de las entidades financieras Colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca Norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país se dirigen a proteger a las instituciones financieras colombianas de riesgos inminentes propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos “reflejo” de la lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores. Entonces, la negociación con quienes aparecen en la lista Clinton podría propiciar un desequilibrio económico desproporcionado para el sistema financiero colombiano, el cual no puede ser controlado por las autoridades de este país, como quiera que la lista Clinton no es norma que pueda ser vinculante en Colombia, por ende no tiene fuerza coercitiva para los residentes en este país. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que la prohibición de negociación bancaria con personas que fueron incluidas en la lista Clinton constituye una causal objetiva que justifica la decisión de la banca.

8. VARIANTES DE LAS SENTENCIAS

8.1. ESQUEMA GRÁFICO DE LA LINEA JURISPRUDENCIAL

¿Es posible para el juez constitucional imponer la obligación de celebrar un contrato comercial o imponer el contenido de las cláusulas contractuales a través de sentencia que resuelva acción de tutela, limitando la autonomía de la voluntad de los establecimientos bancarios?			
<p>SE IMPONE VIA SENTENCIA DE ACCION DE TUTELA, LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS O CLÁUSULAS CONTRACTUALES ENTRE ENTIDADES FINANCIERAS Y PARTICULARES</p>	<ul style="list-style-type: none"> • SENTENCIA T 1165 DE 2001 • SENTENCIA T 083 DE 2003 • SENTENCIA T 592 DE 2003 • SENTENCIA T 520 DE 2003 • SENTENCIA T 763 DE 2005 	<ul style="list-style-type: none"> • SENTENCIA SU 157 DE 1999 • SENTENCIA SU 166 DE 1999 • SENTENCIA SU 167 DE 1999 • SENTENCIA T 468 DE 2003 • SENTENCIA T 329 DE 2008 	<p>NO SE TUTELAN DERECHOS FUNDAMENTALES DE PARTICULARES FRENTE A ENTIDADES BANCARIAS EN SEDE DE REVISION POR LA CORTE CONSTITUCIONAL, RESPETANDO EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD</p>

El cuadro que aquí se presenta contiene el esquema gráfico de la línea jurisprudencial en el cual se toma como encabezado el problema jurídico del presente trabajo, así planteado: ¿es posible para el juez constitucional imponer la obligación de celebrar un contrato comercial o imponer el contenido de las cláusulas contractuales a través de sentencia que resuelva acción de tutela, limitando la autonomía de la voluntad de los establecimientos bancarios?, Al lado izquierdo del gráfico se plantea la primera tesis que según las posiciones de la corte constitucional, responden a la pregunta del encabezado. Se impone vía sentencia de acción de tutela, la celebración de contratos o cláusulas contractuales entre entidades financieras y particulares, en la cual ya se profundizó a lo largo del trabajo y al lado derecho la segunda tesis, según la cual no se tutelan derechos fundamentales de particulares frente a entidades bancarias en sede de revisión por la corte constitucional, respetando el principio de la autonomía de la voluntad.

En este plano, la línea jurisprudencial se inicia con la Sentencia SU 157 DE 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, establecida como sentencia hito que para el caso es también fundadora de línea, “la cual hace referencia a dos ciudadanos colombianos que consideran vulnerados sus libertades económicas, el derecho al buen nombre y su derecho a la intimidad, por cuanto varias entidades financieras dieron por terminados sus contratos de forma unilateral, dado que sus nombres aparecieron en la LISTA CLINTON, documento del gobierno norteamericano, encaminado a proteger a las entidades financieras de los negocios del narcotráfico, en la cual la Corte Constitucional no concede la tutela de los derechos invocados por considerar que la actividad financiera goza de autonomía y que esta a su vez está protegida constitucionalmente y por esta razón debe respetarse su libertad para contratar”³⁴.

³⁴ SENTENCIA SU 157 DE 1999 M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. CORTE CONSTITUCIONAL.

Seguidamente, se encuentra la Sentencia SU 166 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, “la cual trata al igual que la anterior de la denominada LISTA CLINTON, donde el particular accionado, que es comisionista y miembro de la Bolsa (...), quien se negó a negociar un título valor de propiedad del peticionario, por cuanto figura en la lista Clinton. Cabe anotar que la respuesta a la solicitud de intermediación, fue verbal. Por lo anterior, el accionante considera vulnerados sus derechos a la igualdad, petición, buen nombre y debido proceso. En el presente caso, la Corte Constitucional, tampoco otorga la tutela de los derechos invocados, para lo cual se basó en la ratio decidendi anterior”³⁵.

También se presenta en este punto la Sentencia SU 167 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, “donde a juicio del accionante, la cancelación unilateral de su contrato de cuenta de ahorros se origina por la inclusión de su nombre en un documento de gobierno extranjero destinado a combatir el delito de narcotráfico, lo cual implica una sanción, sin debido proceso, que transgrede el buen nombre y su derecho a la intimidad (LISTA CLINTON). Para el caso en cuestión la Corte no concede la tutela de los derechos del accionante, por las consideraciones de las dos sentencias anteriores”³⁶.

Continuando, hace parte integrante de esta línea jurisprudencial, la Sentencia T 1165 de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, en la cual “los actores acuden a esta instancia judicial, manifestando su deseo de adquirir una vivienda de interés social, pues han cumplido con todos los requisitos legales, inclusive, obtuvieron la aprobación del subsidio por parte del Estado. Sin embargo, sus expectativas no son satisfechas, porque necesitan la suscripción de una póliza de vida y en razón de ser portadores del virus de inmunodeficiencia humana VIH, les ha sido negada. Pero en esta oportunidad la corte concede la tutela de los derechos de los accionantes y ordena a

³⁵ SENTENCIA SU 166 DE 1999. MP. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. CORTE CONSTITUCIONAL.

³⁶ SENTENCIA SU 167 DE 1999 M.P. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. CORTE CONSTITUCIONAL.

la aseguradora Solidaria de Colombia que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, suscriba en condiciones de igualdad, la póliza que requieren los demandantes”³⁷.

Así mismo, se tiene la Sentencia T 468 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, impetrada por la “Cooperativa Multiactiva de Empleados de Distribuidoras de Drogas (Copservir Ltda.), contra los Bancos de Bogotá, Bancolombia, de Occidente, Interbanco, Bancafé, Granahorrar y Banco Agrario de Colombia, por estimar vulnerados los derechos fundamentales de Copservir Ltda. al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libertad económica, a la igualdad, al buen nombre, a la libertad de empresa y al trabajo. Ello, como consecuencia de las acciones adelantadas por las entidades demandadas, quienes en aplicación de la adición a la Orden Ejecutiva No. 12.978 expedida por el Presidente de los Estados Unidos de América, conocida con el nombre de “*Lista Clinton*”, procedieron a cancelar las cuentas corrientes, de ahorros y demás servicios financieros que le venían prestando al accionante y, además, a negarle cualquier vinculación financiera futura, para esta oportunidad la Corte Constitucional no concedió la tutela de los derechos invocados, por la ratio decidendi que amparó a las tres primeras sentencias, relativas al tema de la LISTA CLINTON”³⁸.

Entre las sentencias, se encuentra también la T 083 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, tutela interpuesta por “Nelson Parra Jerez contra el Banco Granahorrar, en la cual correspondió a la Sala determinar si la actuación del Banco

³⁷ SENTENCIA T 1165 DE 2001 M.P. ALFREDO BELTRAN SIERRA. CORTE CONSTITUCIONAL.

³⁸ SENTENCIA T 468 DE 2003 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. CORTE CONSTITUCIONAL.

Granahorrar, consistente en exigir el pago de la diferencia derivada de la reversión de la reliquidación del crédito hipotecario para adquisición de vivienda suscrito por el actor tras la suscripción de un nuevo título valor, vulnera sus derechos al debido proceso, la vivienda digna y el buen nombre. En esta oportunidad la sala concede la tutela de los derechos por considerar que no era necesaria la suscripción de un nuevo título valor y que según las pruebas allegadas al proceso, el accionante ya había terminado de cancelar su obligación. Por esto ordena al Banco Granahorrar que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites necesarios para la cancelación de la obligación hipotecaria No. 100400795441 suscrita por el accionante Parra Jerez y para el levantamiento del gravamen constituido sobre el inmueble del actor”³⁹.

Siguiendo la senda temporal de la línea jurisprudencial, también hace parte de esta línea jurisprudencial la Sentencia T 592 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, “donde “varios accionantes” interponen acción de tutela contra la Central de Información Financiera de la Asociación Bancaria y de Instituciones Financieras, y de otras entidades, por considerar los accionantes que fueron vulnerados sus derechos *fundamentales a la honra, a la dignidad, al buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad y a la vivienda propia, aduciendo que las entidades accionadas los están quebrantando porque, no obstante haberles expedido un paz y salvo que indica el cumplimiento de las obligaciones que dieron lugar a que fueran incluidos en las centrales de riesgo, continúan siendo reportados por éstas y en consecuencia no han podido acceder a diversos servicios financieros, incluyendo, en algunos casos, a los que requieren para hacer efectivo su derecho a adquirir vivienda. Para esta oportunidad, la Corte Constitucional concede la*

³⁹ SENTENCIA T 083 DE 2003 M.P. JAIME CORDOBA TRIVIÑO.CORTE CONSTITUCIONAL.

tutela de los derechos de los accionantes considerando que en ninguno de los casos los accionantes fueron informados de que su historia crediticia y financiera sería reportada a las centrales de riesgo, de cuál administradora registraría y divulgaría la información, como tampoco del término en que sus datos permanecerían en el proceso informático y del contenido de la información. Además las pruebas aportadas indican que la inclusión en las centrales de riesgo está siendo utilizada i) para presionar el la solución de cargos no aceptados y de obligaciones en disputa, ii) como criterio único para estimar el riesgo crediticio, y iii) para excluir del tráfico económico y del derecho a acceder a financiaciones de vivienda a quienes figuran reportados con un determinada calificación, sin respetar sus derechos de audiencia y contradicción, ni ponderar los valores constitucionales en conflicto”⁴⁰.

Sigue en turno la Sentencia T 520 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, “interpuesta por Jurgen Huelsz, contra las siguientes entidades: Juzgado 13 Civil de Circuito de Bogotá, Juzgado 31 Civil de Circuito de Bogotá, Superintendencia Bancaria, Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Banco de Bogotá, y Banco BBVA – Ganadero, por considerar vulnerados sus derechos a la vida en condiciones dignas, a la protección del Estado en condiciones de igualdad, a la protección integral a la familia, y a la solidaridad. Esto por considerar que suscribió varios pagarés en favor de los bancos demandados para garantizar el pago de las obligaciones derivadas de los contratos de mutuo suscritos con las entidades bancarias demandadas y tras no haber efectuado el pago de los contratos de mutuo, los bancos procedieron a presentar demandas ejecutivas, exigiéndole la totalidad de los saldos insolutos, en virtud de las cláusulas aceleratorias pactadas, incluyendo además, los intereses moratorios hasta tanto las obligaciones hayan

⁴⁰ SENTENCIA T 592 DE 2003 M.P. ALVARO TAFUR GALVIS. CORTE CONSTITUCIONAL.

sido canceladas. Pero el retraso en el pago se debió a que fue secuestrado y que hasta el momento en que éste hecho ocurrió, se encontraba al día con sus obligaciones. Adicionalmente, aduce que su familia tuvo que endeudarse para pagar el rescate de los secuestradores, que cuando su cuñado se disponía a pagar, también él fue secuestrado, y que todos estos hechos han afectado su salud y la de su familia. En esa medida, proceder al cobro judicial de las deudas, como lo hicieron las dos entidades bancarias demandadas, constituye una amenaza de sus derechos fundamentales. En particular, estima que han sido amenazados y/o vulnerados sus derechos a la protección del Estado, a la solidaridad –pues desconocieron las consecuencias del secuestro sobre su libertad personal, su dignidad y su salud- y a la igualdad. Ante lo cual la Corte constitucional concedió la protección de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad del demandante y ordenó la celebración de un acuerdo de pago imponiendo las cláusulas y forma de ejecución del mismo”⁴¹.

Igualmente en Sentencia T 763 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, “cuyo peticionario Pedro Enrique García Romero interpuso acción de tutela en contra de Banco Superior. En esta oportunidad corresponde a la Sala Sexta determinar si los derechos a la personalidad jurídica e igualdad en el acceso al sistema bancario son vulnerados por la entidad accionada al negarse a activar una tarjeta de crédito, en virtud de que la actividad de pastor de una iglesia está restringida por las políticas del Banco para el otorgamiento de crédito, debido a la falta de solidez financiera que ofrecen las iglesias como entidades sin ánimo de lucro que viven de donaciones de feligreses. O si, por el contrario, tal negativa, en el caso concreto, es un ejercicio legítimo de la libertad contractual en cabeza del Banco. La decisión de la Corte fue en este

⁴¹ SENTENCIA T 520 DE 2003 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. CORTE CONSTITUCIONAL.

caso conceder la tutela a los derechos fundamentales a la personalidad jurídica e igualdad del señor Pedro Enrique García Romero y en consecuencia ordenar al Banco Superior que, en el término de diez días (10) contados a partir de la notificación de la presente Sentencia realice un nuevo estudio de riesgo crediticio al señor Pedro Enrique García Romero para determinar si se realiza la apertura de cuenta corriente para el uso de la tarjeta Bansuperior Carulla Master Card; estudio en el cual no se podrá tener como razón para la negativa la presunción de incapacidad de pago en virtud de la labor que desempeña y, en cambio, se deberá tomar en cuenta consideraciones objetivas y razonables que atiendan su capacidad económica”⁴².

Finalmente se encuentra la Sentencia T 329 de 2008 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, “interpuesta por *sociedad Un Dólar Ltda. contra Banco Popular - Sucursal Pereira. En esta oportunidad le correspondió a la Sala de la Corte Constitucional determinar si la negativa por parte del Banco Popular -Sucursal Pereira-, de prestar el servicio financiero de cuenta corriente a la empresa Un Dólar Ltda., obedece a una causal objetiva para negar el acceso al sistema financiero mediante la apertura de una cuenta corriente en moneda legal colombiana para desarrollar la actividad de compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajero, con ventanilla de atención al público o si por el contrario dicha decisión comporta la vulneración de los derechos fundamentales de la mencionada compañía.*

En el presente caso, considera esta Corporación que la sociedad Un Dólar Ltda. no se encuentra frente a la imposibilidad de ingreso al servicio bancario, toda vez que tal y como lo manifestó la accionante, el Banco Agrario de Colombia sí ofrece el servicio de cuenta corriente para todas aquellas personas que tienen como actividad económica la compra y venta de divisas en efectivo y cheques de

⁴² SENTENCIA T 763 DE 2005 M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA. CORTE CONSTITUCIONAL.

viajero, siempre y cuando cumplan los requisitos señalados por dicha entidad en la Circular Reglamentaria CM-064 del 20 de mayo de 2005 y por ende no concede la tutela a la accionante atendiendo a la libertad de contratación que tiene la entidad bancaria y a que esta no vulneró el derecho invocado”⁴³.

Como se puede apreciar, de acuerdo a los hechos de cada una de las sentencias de la línea, en aquellas sentencias que la corte Constitucional concede el amparo de los derechos de los accionantes, estos últimos tratan de que mediante el reconocimiento de esos derechos la Corte Constitucional imponga una voluntad externa al contrato de naturaleza privada en atención a los principios o derechos fundamentales de la Constitución Política de Colombia, como norma superior, es decir, la norma constitucional, es la justificación legal para imponer cláusulas contractuales u ordenar la celebración de contratos financieros.

Por el contrario en aquellos procesos de tutela donde la Corte Constitucional no concede el amparo de los derechos vulnerados, no se consideran violadas normas de carácter constitucional y por ende no existe un argumento legal para imponer cláusulas contractuales o contratos financieros como tal. Lo mismo ocurre cuando la tutela no encuadra su contexto en cualquiera de los casos de procedencia del decreto 2591 de 1991⁴⁴.

También es importante aclarar que cuando la corte no concede la tutela en caso de lista Clinton, no lo hace tanto por respetar la autonomía de la voluntad, sino que el argumento termina siendo que el banco sólo se puede negar cuando existe una causal objetiva de no prestación del servicio, con lo cual, finalmente, le

⁴³ SENTENCIA T 329 DE 2008 M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL. CORTE CONSTITUCIONAL.

⁴⁴ DECRETO 2591 DE 1991.

impone un límite a la autonomía de la voluntad, puesto que el banco deberá justificar porque no presta el servicio.

9. SUB REGLAS DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

SENTENCIA SU 157 DE 1999: “La autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado”⁴⁵.

SENTENCIA SU 166 DE 1999: “La autonomía negocial de los comisionistas de bolsa se encuentra limitada no sólo por la ley sino por la Constitución, pues esta última norma también se proyecta a las relaciones entre particulares (C.P. art. 4º). Sin embargo, ello no quiere decir que todas las relaciones comerciales de quienes desempeñan una actividad de interés público adquieren rango

⁴⁵ SENTENCIA SU 157 DE 1999. MP. DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. CORTE CONSTITUCIONAL

constitucional, pues ello vaciaría el contenido de la normatividad ordinaria y desconocería la esencia de la norma rectora del ordenamiento jurídico”⁴⁶.

SENTENCIA SU 167 DE 1999: “La Constitución impone una solución intermedia, puesto que no es factible predicar la absoluta discrecionalidad de las entidades financieras para decidir quien puede ingresar al sector, pues lo contrario implicaría el desconocimiento de los derechos fundamentales del cliente. De igual manera, tampoco es posible negarle al sector financiero la libertad contractual para escoger objetivamente las personas con quienes desee tener relaciones comerciales, como quiera que se desconocerían derechos, tales como el de asociación, libertad de empresa y se coloca en riesgo el interés público de la actividad bancaria. Por consiguiente, debe encontrarse cual es el núcleo esencial de los derechos y libertades en conflicto, de tal manera que se imponga un respeto limitado y concreto para su correcto ejercicio”⁴⁷.

SENTENCIA T 083 DE 2003: “La Corte Constitucional ha dejado en claro que si un particular asume la prestación de la actividad bancaria adquiere una posición de supremacía material -con relevancia jurídica- frente al usuario; es decir, recibe unas atribuciones especiales que rompen el plano de igualdad referido, y que, por ende, en algunos casos, sus acciones u omisiones pueden vulnerar un derecho constitucional fundamental que requiere de la inmediata protección judicial. Por consiguiente, las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas

⁴⁶ SENTENCIA SU 166 DE 1999. M.P. DR. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. CORTE CONSTITUCIONAL.

⁴⁷ SENTENCIA SU 167 DE 1999. M.P. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. CORTE CONSTITUCIONAL.

propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios”⁴⁸.

SENTENCIA T 329 DE 2008: “Para que una entidad financiera pueda negar los servicios a un particular o proceder en actos unilaterales que afecten la esfera patrimonial y los derechos de sus clientes, es necesario que exista por lo menos una CAUSAL OBJETIVA que justifique dicho proceder.

Igualmente, las entidades bancarias cuando van a incursionar en un segmento determinado del mercado, con anterioridad deben evaluar las consecuencias y la exposición que asumen los dineros de los depositantes frente a la estructura interna y los controles implementados por la entidad”⁴⁹.

SENTENCIA T 468 DE 2003: “La inclusión de una persona en la lista Clinton, es una causal objetiva que autoriza la imposibilidad de acceder al sistema financiero, en razón de las graves consecuencias económicas que se producirían en ese sector de aceptar u ordenar una vinculación comercial o jurídica con dichas personas y, además, en aras de garantizar el interés general de los ahorradores. Dicha causal se encuentra vinculada al *riesgo de la operación* y no a la capacidad de pago del solicitante”⁵⁰.

SENTENCIA T 520 DE 2003: “La conducta de los bancos de exigir anticipadamente la totalidad de las sumas adeudadas, debe ampararse como ya

⁴⁸ SENTENCIA T 083 DE 2003. M.P. DR. JAIME CORDOBA TRIVIÑO. CORTE CONSTITUCIONAL.

⁴⁹ SENTENCIA T 329 DE 2008. M.P. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL. CORTE CONSTITUCIONAL.

⁵⁰ SENTENCIA T 468 DE 2003. M.P. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL. CORTE CONSTITUCIONAL.

se dijo, en causales objetivas, pues de no haberlas, su actuación es inconstitucional”⁵¹.

SENTENCIA T 592 DE 2003: “La inclusión en las centrales de riesgo debe cumplir un debido proceso y no puede ser para presionar la solución de cargos no aceptados y de obligaciones en disputa, ni tampoco como criterio único para estimar el riesgo crediticio, o para excluir del tráfico económico a determinadas personas, más aun cuando se ha expedido paz y salvo de una obligación. En estos casos la H. corte Constitucional, en virtud de una violación de derechos fundamentales, impone a la entidad bancaria la forma de retiro de las centrales de riesgo de las personas afectadas”⁵².

SENTENCIA T 763 DE 2005: “Las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autorice la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P. art. 13). Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión”⁵³.

SENTENCIA T 1165 DE 2001: “Las compañías aseguradoras como entidades del sector financiero no pueden negar sus servicios o la expedición de pólizas de

⁵¹ SENTENCIA T 520 DE 2003. M.P. DR. RODRIGO ESCOBAR GIL. CORTE CONSTITUCIONAL.

⁵² SENTENCIA T 592 DE 2003. M.P. DR. ALVARO TAFUR GALVIS. CORTE CONSTITUCIONAL.

⁵³ SENTENCIA T 763 DE 2005. M.P. DR. MARCO GERARDO MONROY CABRA. CORTE CONSTITUCIONAL.

seguros de vida a personas portadoras de VIH, más aun cuando necesitan esta póliza para adquirir su vivienda, pues esto vulnera su derecho a la vivienda digna⁵⁴.

⁵⁴ SENTENCIA T 1165 DE 2001. M.P. DR. ALFREDO BELTRAN SIERRA. CORTE CONSTITUCIONAL.

FICHA # 1

<p>CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL</p> <p>Ficha de Análisis Estático</p>	
<p>ASPECTOS FORMALES</p>	
<i>Denominación</i>	SENTENCIA SU – 157 DE 1999
<i>Magistrado Ponente</i>	DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
<p>SUPUESTOS FÁCTICOS:</p> <p>LISTA CLINTON</p> <p>A juicio de los actores, la terminación unilateral de sus contratos bancarios se origina en la inclusión de sus nombres en un documento de gobierno extranjero destinado a combatir el delito de narcotráfico, lo cual implica una sanción, si debido proceso, que les anulan sus libertades económicas, les afecta el buen nombre y su derecho a la intimidad. Así mismo, consideran que el hecho de figurar en los bancos de datos con un número importante de cuentas canceladas o saldadas, impide que en el futuro puedan acceder al crédito en el sistema financiero colombiano.</p> <p>De otra parte, los accionantes de las tutelas manifiestan que los medios de comunicación colombianos, la Bolsa de Occidente y la ANDI, cuando hicieron pública la inclusión de sus nombres en un documento que lo señala como narcotraficante, violentan su derecho al buen nombre. En el mismo sentido</p>	

considera que entidades estatales de control, como la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Comunicaciones, a través del silencio y su actitud omisiva, transgreden sus derechos fundamentales.

Por su parte, los jueces constitucionales de instancia afirman que no existió violación de derecho fundamental alguno, como quiera que los demandados hacen uso de la libertad contractual garantizada en nuestra legislación. Por consiguiente, en Colombia "nadie está obligado a vincularse comercialmente con otra persona". Así mismo, los juzgados consideran que el amparo solicitado respecto de los medios de comunicación no procede formalmente, por cuanto los peticionarios no se encuentran en ninguno de los presupuestos de tutela contra particulares que establece el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

ASPECTOS DE FONDO

Problema Jurídico:

1. ¿Las acciones de tutela contra las entidades del sistema financiero reúnen los requisitos formales para que procedan frente a los particulares accionados?
2. Autonomía Privada de las entidades bancarias para la contratación y los derechos al buen nombre, debido proceso, igualdad y las libertades de contenido económico que consideran transgredidos los actores.
3. La complejidad de la acción del Estado, como garante de los derechos y las libertades económicas de las personas, como impulsor de las políticas dirigidas a prevenir actividades ilícitas y como director e interventor en las actividades de interés público.
4. Reproches dirigidos contra los medios de comunicación y las entidades particulares que divulgaron la lista Clinton en Colombia.

Ratio decidendi

1. Las personas jurídicas que desarrollan la actividad bancaria independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan en el ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual gozan de algunas prerrogativas propias de la actividad, pero igualmente se obligan a cumplir condiciones mínimas de derechos de los usuarios. En consecuencia, la acción de tutela en contra de quienes prestan un servicio público es formalmente procedente, por lo que la Corte Constitucional entra a conocer de fondo el asunto *sub iudice*.

2. La autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio. Sin embargo, esto no quiere decir que el Estado propicie el desequilibrio económico de las actividades financieras, bursátil y aquellas que captan dinero del público, ni quiere decir que la Constitución exija la aprobación instantánea de créditos, pues resulta evidente que esas entidades deben procurar disminuir el grado de riesgo que resulta consustancial al otorgamiento de un préstamo, a través del conocimiento del cliente. Precisamente, para estimular la democratización, la seguridad y transparencia del crédito es importante la intervención del Estado.

3. La mayoría de las entidades financieras Colombianas mantienen relaciones

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

4. La divulgación de la información, tanto por los medios de comunicación como por las entidades particulares, se dirigió a revelar la existencia de un documento que compromete intereses nacionales, como quiera que determina sanciones económicas en Norteamérica para quienes negocien con personas allí señaladas. Así las cosas, se impone la conclusión de que los medios de comunicación no actuaron de manera contraria a la Constitución sino en ejercicio de la libertad de prensa y, las entidades particulares actuaron en ejercicio de su derecho a informar por lo que no es procedente la acción de tutela contra aquellos.

Decisión: **TUTELA NEGADA** en relación con la protección de los derechos de los tutelantes frente a las entidades financieras.

TIPOS DE CITACIÓN.

Sentencias citadas	Anotaciones
Sentencia T-472 de 1996	
Sentencia T-080 de 1993	
Sentencia T-066 de 1998	
Sentencia T-332 de 1993	
Sentencia T-322 de 1996	
Sentencia T-066 de 1998	
Sentencia T-153 de 1998	
Sentencia T-426 de 1992	
Sentencia T-291 de 1994	
Sentencia T-476 de 1992	
Sentencia T-485 de 1992	
Sentencia T-090 de 1995	
Sentencia T-106 de 1996	
Sentencia T-477 de 1995	
Sentencia T-425 de 1995	
Sentencia T-575 de 1995	
Sentencia T-322 de 1996	
Sentencia SU-225 de 1998	
Sentencia T-240 de 1993	
Sentencia T-338 de 1993	
Sentencia T-443 de 1992	

FICHA # 2

CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL

Ficha de Análisis Estático

ASPECTOS FORMALES

Denominación

SENTENCIA SU – 166 DE 1999

Magistrado

DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Ponente

SUPUESTOS FÁCTICOS:

LISTA CLINTON

El particular accionado, que es comisionista y miembro de la Bolsa (...), se negó a negociar un título valor de propiedad del peticionario, por cuanto figura en la lista Clinton. Cabe anotar que la respuesta a la solicitud de intermediación, fue verbal. Por lo anterior, el accionante considera vulnerados sus derechos a la igualdad, petición, buen nombre y debido proceso. Por el contrario, el juez constitucional de instancia afirma que no existe transgresión de derecho fundamental alguno, como quiera que nuestra legislación comercial garantiza la libertad contractual, por lo cual en Colombia nadie está obligado a vincularse comercialmente con otra persona.

ASPECTOS DE FONDO

Problema Jurídico:

1. ¿El particular transgredió el derecho de petición?
2. Conflicto entre la autonomía de la voluntad privada del comisionista de bolsa y los derechos del accionante.

Ratio decidendi

1. La extensión del derecho de petición a particulares que no actúan con autoridad, sólo es procedente cuando aquel es el instrumento para garantizar otros derechos fundamentales, como quiera que este derecho no puede implicar una intromisión indiscriminada y arbitraria en el fuero privado de quienes exponen su actividad al examen público. En vista de que la empresa (...) no actúa como autoridad, la Corte concluye que ella no transgrede el derecho de petición del peticionario, como quiera que aún no existe legislación que regule ese derecho frente a particulares como el accionado. Por tal razón, no procede la tutela del derecho de petición.

2. La autonomía negocial de los comisionistas de bolsa se encuentra limitada sólo por la ley sino por la Constitución, pues esta última norma también proyecta a las relaciones entre particulares (C.P. art. 4º). Sin embargo, ello quiere decir que todas las relaciones comerciales de quienes desempeñan una actividad de interés público adquieren rango constitucional, pues ello vaciaría el contenido de la normatividad ordinaria y desconocería la esencia de la norma rectora del ordenamiento jurídico. No obstante, en ocasiones, la autonomía particular de quienes desempeñan esas actividades podría involucrar derechos constitucionales.

Decisión: **TUTELA NEGADA** en relación con la protección de los derechos de tutelante frente a las entidades financieras.

TIPOS DE CITACIÓN.

Sentencias citadas	Anotaciones
Sentencia T-105 de 1996	
Sentencia T-134 de 1994	
Sentencia T-529 de 1995	
Sentencia T-614 de 1995	
Sentencia T-172 de 1993	
Sentencia T-507 de 1993	
Sentencia T-050 de 1995	
Sentencia T-118 de 1998	
Sentencia T-001 de 1998	
Sentencia T-240 de 1993	
Sentencia T-338 de 1993	
Sentencia T-265 de 1994	
Sentencia SU – 182 de 1998	
Sentencia T-476 de 1992	
Sentencia T-485 de 1992	
Sentencia T-090 de 1995	
Sentencia T-106 de 1996	
Sentencia SU-157 de 1999	

FICHA # 3

CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL	
Ficha de Análisis Estático	
ASPECTOS FORMALES	
<i>Denominación</i>	SENTENCIA SU – 167 DE 1999
<i>Magistrado Ponente</i>	DR. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
SUPUESTOS FÁCTICOS:	
LISTA CLINTON	
<p>A juicio del accionante, la cancelación unilateral de su contrato de cuenta de ahorros se origina por la inclusión de su nombre en un documento de gobierno extranjero destinado a combatir el delito de narcotráfico, lo cual implica una sanción, sin debido proceso, que transgrede el buen nombre y su derecho a la intimidad. Así mismo, considera que al igual que la terminación unilateral de su contrato laboral, el hecho de figurar en la mencionada lista coloca en riesgo la continuidad de la prestación del servicio de salud y de la relación comercial con CONAVI, que aún mantiene. Por su parte, los jueces constitucionales de instancia afirman que no existe transgresión de derecho fundamental alguno como quiera que el accionado hace uso de la libertad contractual garantizada en nuestra legislación. Por consiguiente, en Colombia "nadie está obligado vincularse comercialmente con otra persona". De otra parte, el juzgado d</p>	

segunda instancia considera que la presente acción no procede formalmente, por cuanto el peticionario no se encuentra en ninguno de los presupuestos de tutela contra particulares que establece el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

ASPECTOS DE FONDO

Problema Jurídico:

1. ¿La presente tutela reúne los requisitos formales para que proceda frente a particular demandado?
2. ¿Es forzoso resolver el conflicto entre la autonomía privada para la contratación, que en esta oportunidad se radica en la entidad financiera accionada, y los derechos fundamentales a la personalidad jurídica, a la igualdad de acceso al sistema financiero y a la salud del accionante?
3. Complejidad de la acción del Estado, como garante de los derechos y como impulsor de las políticas dirigidas a prevenir actividades ilícitas.

Ratio decidendi

1. La acción de tutela de la referencia, es formalmente procedente, como quiera que se dirige contra un particular que presta servicio público, lo cual cumple con uno de los supuestos de la acción de tutela contra particulares contemplado en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.
2. La Constitución impone una solución intermedia, puesto que no es factible predicar la absoluta discrecionalidad de las entidades financieras para decidir quien puede ingresar al sector, pues lo contrario implicaría el desconocimiento de los derechos fundamentales del cliente. De igual manera, tampoco es posible negarle al sector financiero la libertad contractual para escoger objetivamente la personas con quienes desee tener relaciones comerciales, como quiera que si se desconocerían derechos, tales como el de asociación, libertad de empresa y si

coloca en riesgo el interés público de la actividad bancaria. Por consiguiente, debe encontrarse cual es el núcleo esencial de los derechos y libertades en conflicto de tal manera que se imponga un respeto limitado y concreto para su correcto ejercicio.

3. La acción de tutela no puede prosperar respecto de la entidad financiera accionada, en razón a que las consecuencias económicas de la inclusión en la lista Clinton son muy graves para la banca y para el interés de todos los ahorradores de esa entidad concreta, lo cual no puede ser desconocido por esta Corporación. No obstante, como se expresó en precedencia, el actor encuentra transgredido su derecho a la personalidad jurídica e igualdad para acceder al sistema financiero, lo cual se origina en un acto de gobierno extranjero que coloca en estado de indefensión al actor y a la banca colombiana. Por tal motivo la Corte ordenará que el Defensor del Pueblo intente una protección efectiva de los derechos del accionante ante las autoridades judiciales y administrativas Norteamericanas (C.P. numeral 1º del artículo 282), quienes son las únicas competentes para conocer del contenido de la lista Clinton. En consecuencia, el Defensor del Pueblo, a través de apoderado especial, deberá presentar las acciones judiciales pertinentes ante las autoridades norteamericanas, para la defensa de los derechos del accionante, lo cual no debe ser sufragado por el accionante. Así mismo, se ordenará al Ministerio de Relaciones Exteriores, como órgano encargado de la defensa de los colombianos en el exterior, que colabore en el desarrollo de la orden efectuada al Defensor del Pueblo.

Decisión: **TUTELA NEGADA** en relación con la protección de los derechos del señor Francisco Jairo Barreneche Gómez en relación con el Banco Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TIPOS DE CITACIÓN.	
Sentencias citadas	Anotaciones
Sentencia SU-157 de 1999	

FICHA # 4

CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL	
Ficha de Análisis Estático	
ASPECTOS FORMALES	
<i>Denominación</i>	SENTENCIA T – 083 DE 2003
<i>Magistrado Ponente</i>	DR. JAIME CORDOBA TRIVIÑO
SUPUESTOS FÁCTICOS:	
<p>En el caso presente, el actor, en el año de 1995, obtuvo un crédito con Granahorrar por valor de \$33.636.750 para adquisición de vivienda, crédito que garantizó mediante hipoteca. El 1° de febrero de 2001, después pagar cumplidamente las cuotas mensuales correspondientes y de haber hecho varios abonos extraordinarios, solicitó información sobre el monto del saldo a su cargo, indicándosele que la obligación ascendía a \$2.156.000, suma que el actor pagó en esa misma fecha y en razón de lo cual se le expidió un paz y salvo en el que consta que <i>“la obligación se encuentra cancelada en su totalidad”</i>.</p> <p>Este documento constituyó a favor del actor una situación jurídica concreta determinada por el convencimiento de haber extinguido la obligación hipotecaria mediante el pago de una suma de dinero establecida por el acreedor. Este hecho vincula jurídicamente a Granahorrar pues, al manifestar su conformidad con el pago total del crédito, determinó la extinción de la obligación hipotecaria, según lo</p>	

consagrado en el artículo 1625 del Código Civil.

Por lo tanto, la consecuencia jurídica que se produjo no es otra que la extinción, mediante el pago, de la obligación que el actor había adquirido con Granahorrar. En tales condiciones, lo que se imponía era el levantamiento, mediante escritura pública, de la hipoteca constituida como garantía y su correspondiente registro.

12. No obstante, en marzo de 2002 se le notificó al actor que tenía una deuda pendiente por cuanto Granahorrar había cometido un error en la reliquidación del crédito y en virtud del cual se le había deducido un alivio por un monto superior al legalmente autorizado. Por tanto, se le advirtió que estaba en mora por una suma superior a los nueve millones de pesos, que debía suscribir un pagaré por ese monto y que por lo mismo no había lugar a la cancelación de la hipoteca.

No se discute la posibilidad que se haya cometido un error en la reliquidación del crédito, error que en caso de ser cierto, es imputable a Granahorrar, entidad que cuenta con toda la infraestructura técnica y humana requerida para ese tipo de labores. Con todo, independientemente de que tal error se haya o no presentado, lo que es absolutamente claro es que se trata de una entidad crediticia que está sujeta a la Constitución y a la ley y que está en la necesidad de agotar los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance si lo que pretende es el reconocimiento de sumas adicionales a aquellas que fueron pagadas por el actor y que le llevaron a certificar la extinción de la obligación.

ASPECTOS DE FONDO

Problema Jurídico:

Frente al caso propuesto corresponde a la Sala determinar si la actuación del Banco Granahorrar, consistente en exigir el pago de la diferencia derivada de la

reversión de la reliquidación del crédito hipotecario para adquisición de vivienda suscrito por el actor, vulnera sus derechos al debido proceso, la vivienda digna y el buen nombre.

Ratio decidendi

En una sociedad civilizada nadie cuenta con la atribución de administrar justicia por propia mano; esto es, de generar a su arbitrio obligaciones a cargo de quien fue deudor en razón de un vínculo jurídico ya extinto. Eso no puede ser así pues en un Estado de derecho tales pretensiones se deben plantear ante la administración de justicia, para que, con citación de la contraparte, se surta una actuación con total reconocimiento de las garantías constitucionales de trascendencia procesal; se decida si se declara o no la existencia de una obligación y sólo ante tal reconocimiento, y ante el incumplimiento del deudor, es posible promover una ejecución forzada.

De otro lado, quien tenía a su disposición los mecanismos judiciales ordinarios para obtener el pago de las sumas probablemente canceladas de más por el error en la reliquidación del crédito, era la misma entidad financiera. No obstante, abusando de su condición de preeminencia, exigió, más de un año después de la cancelación del crédito, el pago de la diferencia generada por su propio yerro y lo hizo mediante la revocatoria unilateral de su propio acto y extendiendo los efectos de una garantía constituida para una obligación distinta, proceder con el que se abrogó para sí facultades que sólo reposan en la jurisdicción.

Las entidades financieras, en las actuaciones frente a sus usuarios, tienen una posición privilegiada que las erige como verdaderas autoridades ante ellos, condición que, a la vez que les otorga prerrogativas superiores a la de los particulares, las obliga a ejercer las acciones necesarias para garantizar el libre y adecuado ejercicio de los derechos fundamentales de sus clientes y, entre ellos, el

del debido proceso.	
Decisión: CONCEDE TUTELA	
TIPOS DE CITACIÓN.	
<p>Sentencias citadas</p> <p>Sentencia T-443 de 1992</p> <p>Sentencia T 280 de 1998</p> <p>Sentencia T 475 de 1992</p> <p><i>Sentencia</i> T-265 de 1999</p> <p>Sentencia T-1085 de 2002</p>	<p>Anotaciones</p>

FICHA # 5

CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL	
Ficha de Análisis Estático	
ASPECTOS FORMALES	
<i>Denominación</i>	SENTENCIA T – 329 DE 2008
<i>Magistrado Ponente</i>	DR. RODRIGO ESCOBAR GIL
SUPUESTOS FÁCTICOS:	
<p>Se le atribuye al Banco Popular -Sucursal Pereira-, la vulneración de los derechos fundamentales de la Sociedad Un Dólar Ltda., la cual tiene como objeto social la compra y venta de manera profesional de divisas en efectivo y cheques de viajero para mercado libre nacional. Se afirma que la violación se origina en la negativa del Banco Popular -Sucursal Pereira-, de prestar el servicio financiero de cuenta corriente, bajo el argumento de que no le ha sido posible desarrollar a la entidad demandada las herramientas necesarias para supervisar los complejos movimientos del sector económico al que pertenecen las casas de cambio.</p>	
ASPECTOS DE FONDO	
<p>Problema Jurídico:</p> <p>En esta ocasión, le corresponde a la Sala determinar si la negativa por parte del Banco Popular -Sucursal Pereira-, de prestar el servicio financiero de cuenta corriente a la empresa Un Dólar Ltda., obedece a una causal objetiva para negar</p>	

<p>el acceso al sistema financiero o si por el contrario dicha decisión comporta la vulneración de los derechos fundamentales de la mencionada compañía.</p>	
<p>Ratio decidendi</p> <p>Para la Corte, en este caso, la negativa que fundamenta la decisión del Banco Popular -Sucursal Pereira-, está relacionada con la causal objetiva vinculada al riesgo operacional, el cual, es definido por el citado Comité como la posibilidad de pérdida directa o indirecta resultante de un fallo en los sistemas de información, fallas en procesos, control de atribuciones y cupos en tiempo real, errores humanos y fallas en el control de acontecimientos externos.</p> <p>Tal y como quedó señalado, esta causal está destinada a garantizar la solidez del sistema. Por esta razón, las entidades bancarias cuando van a incursionar en un segmento determinado del mercado, con anterioridad deben evaluar las consecuencias y la exposición que asumen los dineros de los depositantes frente a la estructura interna y los controles implementados por la entidad.</p> <p>De otra parte, considera esta Corporación que la sociedad Un Dólar Ltda. no se encuentra frente a la imposibilidad de ingreso al servicio bancario, toda vez que tal y como lo manifestó la accionante, el Banco Agrario de Colombia sí ofrece el servicio de cuenta corriente para todas aquellas personas que tienen como actividad económica la compra y venta de divisas en efectivo y cheques de viajero, siempre y cuando cumplan los requisitos señalados por dicha entidad en la Circular Reglamentaria CM-064 del 20 de mayo de 2005.</p>	
<p>Decisión: NO CONCEDE TUTELA</p>	
<p>TIPOS DE CITACIÓN.</p>	
<p>Sentencias citadas: Sentencia SU-157 de 1999, Sentencia SU 167 de 1999</p>	<p>Anotaciones</p>

FICHA # 6

<p>CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL</p> <p>Ficha de Análisis Estático</p>	
<p>ASPECTOS FORMALES</p>	
<i>Denominación</i>	SENTENCIA T – 468 DE 2003
<i>Magistrado Ponente</i>	DR. RODRIGO ESCOBAR GIL
<p>SUPUESTOS FÁCTICOS:</p> <p>El señor Manuel Salvador Grosso García, actuando en calidad de apoderado judicial de la Cooperativa Multiactiva de Empleados de Distribuidoras de Drogas (Copservir Ltda.), de conformidad con poder otorgado por el representante legal de dicho ente Cooperativo, señor Ricardo Calderón Ascanio, interpuso acción de tutela, el día 3 de julio de 2001, por estimar vulnerados los derechos fundamentales de Copservir Ltda. al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libertad económica, a la igualdad, al buen nombre, a la libertad de empresa y al trabajo. Ello, como consecuencia de las acciones adelantadas por las entidades demandadas, quienes en aplicación de la adición a la Orden Ejecutiva No. 12.978 expedida por el Presidente de los Estados Unidos de América, conocida con el nombre de "<i>lista Clinton</i>", procedieron a cancelar las cuentas corrientes, de ahorros y demás servicios financieros que le venían prestando al accionante y, además, a</p>	

negarle cualquier vinculación financiera futura.

ASPECTOS DE FONDO

Problema Jurídico:

En esta oportunidad le corresponde a la Corte resolver dos (2) tipos de problemas jurídicos, a saber:

3.4.2. Procesales.

¿Las personas jurídicas, puntualmente, la Cooperativa Multiactiva de Empleados de Distribuidoras de Drogas - Copservir Ltda. -, es titular de derechos fundamentales y, por ende, se encuentra legitimada por activa para interponer la presente acción. Si en relación con las entidades bancarias de naturaleza privada, se presenta alguno de los requisitos que hacen procedente la acción de tutela contra particulares?

3.3.2. De fondo.

¿Es la voluntad contractual de las entidades financieras un derecho de naturaleza absoluto o se encuentra limitado por los derechos fundamentales de los usuarios del citado sector. Si como consecuencia de las decisiones adoptadas por las instituciones financieras demandadas se ha producido un bloqueo financiero injustificado que haga procedente el amparo tutelar o si, en este caso, existe una causal objetiva, razonable y proporcional que justifique dicha limitación jurídica?

Esta Corporación procederá a examinar el asunto objeto de revisión, para efectos de determinar la procedencia de la acción de amparo constitucional y, si es del caso, de la posible vulneración de los derechos fundamentales invocados por el

accionante.

Ratio decidendi

En el presente caso, no se presenta un **bloqueo financiero injustificado**, dada la ausencia de varios de sus requisitos, a saber: **a)** Existe un medio administrativo de defensa para que las personas incluidas en la lista Clinton puedan proteger y amparar sus derechos fundamentales, pues las personas incluidas en la lista Clinton, tienen como mecanismo administrativo para la defensa de sus derechos, la posibilidad de exigir la intervención oportuna del Defensor del Pueblo, en cumplimiento de las funciones de apoyo y acompañamiento institucional, previstas en el artículo 282 de la Constitución Política y, así mismo; **b)** Se presenta una causal objetiva y razonable que justifica la negativa de negociación de las entidades bancarias demandadas.

Por otra parte, la Corte ha sostenido que la inclusión de una persona en la lista Clinton, es una causal objetiva que autoriza la imposibilidad de acceder al sistema financiero, en razón de las graves consecuencias económicas que se producirían en ese sector de aceptar u ordenar una vinculación comercial o jurídica con dichas personas y, además, en aras de garantizar el interés general de los ahorradores. Dicha causal se encuentra vinculada al riesgo de la operación y no a la capacidad de pago del solicitante, por tal motivo en relación con esto último, la Corte acoge y reitera el precedente contenido en la Sentencia SU-157 de 1999, en el sentido de mantener, a título de acompañamiento y apoyo institucional, la participación de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio de Relaciones Exteriores en la defensa de los derechos de quienes son incluidas en la Orden Ejecutiva No.

12.978. No obstante, en el presente caso no cabe ordenar que comprometa la actuación de dichos organismos, ya que conforme al material probatorio aportado al proceso y al cual se ha hecho expresa referencia, la Defensoría del Pueblo, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, ha venido asesorando a Copservir Ltda. en las actuaciones que ésta decidió adelantar directamente y por su propia cuenta ante las autoridades competentes de los Estados Unidos.

Decisión: **TUTELA NEGADA**

TIPOS DE CITACIÓN.

Sentencias citadas

SU 157 DE 1999

SU 166 DE 1999

SU 167 DE 1999

SENTENCIA T 522 DE 2001

SENTENCIA T 576 DE 1993

SENTENCIAS T-576/93

SENTENCIA T-442/94

SENTENCIA T-329/96

SENTENCIA SU-477/97

SENTENCIA T-008/98

SENTENCIA T-123/95

SENTENCIA T-321/98

SENTENCIA T-068 DE 2001

Anotaciones

FICHA # 7

CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL	
Ficha de Análisis Estático	
ASPECTOS FORMALES	
<i>Denominación</i>	SENTENCIA T – 520 DE 2003
<i>Magistrado Ponente</i>	DR. RODRIGO ESCOBAR GIL
SUPUESTOS FÁCTICOS:	
<p>Proceso de tutela radicado bajo el número T-620.041, adelantado por Jurgen Huelsz, contra las siguientes entidades: Juzgado 13 Civil de Circuito de Bogotá, Juzgado 31 Civil de Circuito de Bogotá, Superintendencia Bancaria, Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, Banco de Bogotá, y Banco BBVA – Ganadero.</p> <p>Según consta en el expediente, el demandante en tutela suscribió varios pagarés en favor de los bancos demandados para garantizar el pago de las obligaciones derivadas de los contratos de mutuo suscritos con las entidades bancarias demandadas. Dentro de los pagarés suscritos por el demandante constan sendas cláusulas aceleratorias que serían efectivas en caso de incumplimiento de sus obligaciones contractuales.⁵⁵ El demandante de tutela no efectuó los pagos</p>	

⁵⁵ BBVA-Ganadero: Pagaré IFI No. 15313 PYME Cláusula Tercera; Banco de Bogotá: Pagarés Nos. 0620014310-1, 0620014294-6, 062-0014070-9, 062-0013975-3, 062-0014174.2.

mensuales de los contratos de mutuo y los bancos procedieron a presentar demandas ejecutivas, exigiéndole la totalidad de los saldos insolutos, en virtud de las cláusulas aceleratorias pactadas, incluyendo además, los intereses moratorios hasta tanto las obligaciones hayan sido canceladas.

Por su parte, el demandante sostiene que el retraso en el pago se debe al secuestro, y que hasta el momento en que éste ocurrió, se encontraba al día con sus obligaciones. Adicionalmente, aduce que su familia tuvo que endeudarse para pagar el rescate de los secuestradores, que cuando su cuñado se disponía a pagar, también él fue secuestrado, y que todos estos hechos han afectado su salud y la de su familia. En esa medida, proceder al cobro judicial de las deudas, como lo hicieron las dos entidades bancarias demandadas, constituye una amenaza de sus derechos fundamentales. En particular, estima que han sido amenazados y/o vulnerados sus derechos a la protección del Estado, a la solidaridad –pues desconocieron las consecuencias del secuestro sobre su libertad personal, su dignidad y su salud- y a la igualdad.

ASPECTOS DE FONDO

Problema Jurídico:

¿Se vulneran los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad cuando una entidad bancaria exige el pago a un deudor secuestrado y posteriormente liberado, sin considerar los efectos que tuvo su secuestro sobre sus posibilidades de cumplir?

Ratio decidendi

La conducta de los bancos de exigir anticipadamente la totalidad de las sumas adeudadas prolongó y puso en riesgo la readaptación del demandante. Por lo tanto, la falta de pago de dichas cuotas tampoco puede considerarse como un incumplimiento de las obligaciones del contrato para efectos de exigir las cláusulas

aceleratorias o para cobrar intereses moratorios. En esa medida, la Corte ordenará a las entidades bancarias que se abstengan del cobro anticipado de la deuda, de los intereses moratorios por el incumplimiento durante el lapso en que el demandante estuvo secuestrado y hasta un mes después de la notificación de la presente sentencia, así como de los honorarios de abogado y demás gastos y costas derivados del cobro judicial o extrajudicial de la deuda.

Por otra parte, la Corte reconoce el derecho que asiste a las entidades bancarias a reclamar las cuotas exigibles durante la época del secuestro y durante la fase de readaptación del demandante, que comprenden el capital y los intereses remuneratorios. Así mismo, como ya se dijo, puede haber cuotas que no se hayan pagado, aun después de la fase de readaptación del demandante. En esa medida, no puede la Corte ordenar a las entidades bancarias que se abstengan de reclamar dichos intereses, junto con los intereses de mora que se hayan causado antes del secuestro. Sin embargo, los intereses remuneratorios causados durante esta época deben calcularse teniendo en cuenta elementales consideraciones de solidaridad hacia las circunstancias del demandante y hacia sus posibilidades de recuperación económica.

La Corte mantiene la libertad contractual ordenando que las partes dispondrán de un mes para llegar a un acuerdo en relación con los intereses remuneratorios causados desde el secuestro, hasta la notificación de la presente sentencia, incorporando las respectivas cláusulas en los nuevos contratos.

Decisión: **CONCEDE TUTELA**

TIPOS DE CITACIÓN.

Sentencias citadas

Anotaciones

SENTENCIA SU-562/99	
SENTENCIA T-051/02	
SENTENCIA T-1085/01	
SENTENCIA T-227/03	
SENTENCIA T-406/92	
SENTENCIA SU-157/99	
SENTENCIA T-015/95	
SENTENCIA T-125/95	
SENTENCIA T125DE 1994	
SENTENCIA T 1040 DE 2001	
SENTENCIAS T-158/96	
SENTENCIA T-201/99.	
SENTENCIAS T-158/96	
SENTENCIA T-292/98	
SENTENCIA T-637/99	
SENTENCIA T-1634/00	
SENTENCIA T-1699/00	

SENTENCIA T-105/01 SENTENCIA T-093/03.	
---	--

FICHA # 8

CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL	
Ficha de Análisis Estático	
ASPECTOS FORMALES	
<i>Denominación</i>	SENTENCIA T – 592 DE 2003
<i>Magistrado Ponente</i>	Dr. ALVARO TAFUR GALVIS
SUPUESTOS FÁCTICOS:	
<p>Los accionantes invocan la protección de sus derechos fundamentales a la honra, a la dignidad, al buen nombre, al libre desarrollo de la personalidad y a la vivienda propia, aduciendo que las entidades accionadas; Data crédito División de Computec S.A., Central de Información Financiera de la Asociación Bancaria y de Instituciones Financieras, y otras entidades los están quebrantando porque, no obstante haberles expedido un paz y salvo que indica el cumplimiento de las obligaciones que dieron lugar a que fueran incluidos en las centrales de riesgo, continúan siendo reportados por éstas y en consecuencia no han podido acceder a diversos servicios financieros, incluyendo, en algunos casos, a los que requieren para hacer efectivo su derecho a adquirir vivienda.</p>	

ASPECTOS DE FONDO

Problema Jurídico:

Corresponde a esta Sala decidir si Computec S.A. y la Asociación Bancaria y de Instituciones Financieras; el Fondo Nacional del Ahorro, la Caja Colombina de Subsidio Familiar y la Fundación Compartir; las empresas de comunicación celular Comcel S.A. y Bellsouth Colombia S.A.; Inversora Pichincha S.A. y Coltefinanciera S.A.; y los Bancos de Bogotá S.A., del Estado S.A., de Occidente S.A., Colpatria S.A., Granahorrar S.A., Davivienda S.A. y de Crédito y Desarrollo Social Megabanco S.A. están quebrantando los derechos fundamentales de los accionantes.

Ratio decidendi

De lo expuesto se concluye que las decisiones de instancia que negaron a los accionantes la protección constitucional invocada deberán revocarse.

1. Porque en ninguno de los casos los accionantes fueron informados de que su historia crediticia y financiera sería reportada a las centrales de riesgo, de cuál administradora registraría y divulgaría la información, como tampoco del término en que sus datos permanecerían en el proceso informático y del contenido de la información.
2. Debido a que Comcel S.A., el Banco Granahorrar S.A., y la Caja Agraria en Liquidación hicieron un uso indebido de la autorización genérica recibida de los señores Bejarano Jaime, Rengifo Peña y Pérez, reportaron al proceso informático como historia crediticia de los nombrados falencias generadas en sus procesos administrativos sin el concurso de los aludidos.
3. Por razón de que en todos los asuntos que fueron revisados obran paz y salvo

expedidos por las entidades financieras que no consolidaron las expectativas de sus beneficiarios, respecto de la información que registran las centrales de riesgo.

4. A causa de que los antecedentes y las pruebas aportadas indican que la inclusión en las centrales de riesgo está siendo utilizada i) para presionar el la solución de cargos no aceptados y de obligaciones en disputa, ii) como criterio único para estimar el riesgo crediticio, y iii) para excluir del tráfico económico y del derecho a acceder a financiaciones de vivienda a quienes figuran reportados con un determinada calificación, sin respetar sus derechos de audiencia y contradicción, ni ponderar los valores constitucionales en conflicto.

Decisión: **CONCEDE TUTELA**

TIPOS DE CITACIÓN.

Sentencias citadas	Anotaciones
Sentencia T-083 de 2003	
sentencia T-475 de 1992	
sentencia T-375 de 1997	
Sentencia SU-157 de 1999	
Sentencia C-179 de 1994 M.P.	
Sentencia SU-166 de 1997	
Sentencia T-1085 de 2001	
sentencia T-257 de 2002	
sentencia T-303 de 1998	

Sentencia SU 082 de 1995	
Sentencia SU 089 de 1995	

FICHA # 9

CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL	
Ficha de Análisis Estático	
ASPECTOS FORMALES	
<i>Denominación</i>	SENTENCIA T 763 DE 2005
<i>Magistrado Ponente</i>	Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA
SUPUESTOS FÁCTICOS:	
<p>El señor Pedro Enrique García Romero recibió la Tarjeta Débito Carulla Bansuperior Master Card, para que la activara en caso de que le fuera útil. Indica que, debido a que la tarjeta podía ser utilizada en todo el mundo, le llamó la atención activarla. Lo anterior, en virtud de que su actividad como pastor de la Congregación Cristiana Gente Nueva le exigía, con frecuencia, salir del país. Afirma que se comunicó con las oficinas de Bansuperior para informar su interés y, en respuesta, el Banco envió a un empleado para recoger los documentos requeridos para la activación. En respuesta del Banco, afirma el actor, fue que se había encontrado que la actividad que él desempeñaba se encontraba dentro de las excluidas en las políticas de crédito fijadas por la subgerencia de crédito. Asevera que con tal sustentación de la conducta el Banco le está vulnerando el derecho fundamental a la libertad de cultos, debido a que su actividad es la de Pastor de una iglesia cristiana. Indica que también se le vulneró su derecho a la igualdad, pues en Bancafé sí se le autorizaron dos tarjetas de crédito, sin aducir</p>	

que su actividad era óbice para el uso de éstas. En consecuencia, solicita, en términos genéricos, se le protejan sus derechos fundamentales alegados.

ASPECTOS DE FONDO

Problema Jurídico:

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

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

Ratio decidendi

Quando la negativa de negociación no responde a causas objetivas y razonables que justifican la decisión, no pueden las entidades financieras negar el servicio.

Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causas objetivas que amparan la decisión. (...) Cabe anotar que no constituye causa objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, l

utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente (C.P. art. 13). Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión (inciso 2º de artículo 5º de la Ley 35 de 1993, transcrito en el numeral 11 de esta sentencia).”(subrayas ajenas al texto). Igualmente se señalaron como causales objetivas “(...) una mediana capacidad económica para garantizar el ahorro o el depósito de sus recursos, credibilidad y seriedad del cliente, aspectos que garantizan la solvencia y solidez del sistema económico.”

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

Decisión: **CONCEDE TUTELA**

TIPOS DE CITACIÓN.

Sentencias citadas

Anotaciones

Sentencia SU-157/99

Sentencia SU-167/99

Sentencia T-520/03	
Sentencia T-587/03	
Sentencia SU-157/99,	
Sentencia SU-166/99	
Sentencia T 468 de 2003	
Sentencia T-1165/01	
Sentencia T-083 de 2003	
Sentencia T 592 de 2003	

FICHA # 10

CONTRATOS COMERCIALES FORZOSOS ORDENADOS EN SENTENCIA DE TUTELA COMO LIMITANTES DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN LA BANCA NACIONAL	
Ficha de Análisis Estático	
ASPECTOS FORMALES	
<i>Denominación</i>	SENTENCIA T 1165 DE 2001
<i>Magistrado Ponente</i>	Dr. Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA
SUPUESTOS FÁCTICOS:	
<p>Los actores de esta tutela, consideran vulnerados sus derechos a la vivienda digna por una compañía aseguradora, la cual negó una póliza de seguro de vida, pues entidad financiera no desembolsará el dinero de un crédito hipotecario, hasta tanto se acredite la toma del respectivo seguro.</p> <p>Lo anterior por cuanto los actores son poseedores asintomáticos de VIH, pero consideran que no pueden ser considerados como enfermos, pues una persona infectada por el virus de inmunodeficiencia humana VIH, puede tener una vida productiva por muchos años, inclusive morir por otra razón que no sea precisamente el virus.</p>	
ASPECTOS DE FONDO	
Problema Jurídico:	
¿En el presente caso, ha existido vulneración de los derechos fundamentales a la	

que hacen referencia los actores, teniendo en cuenta, principalmente, que, la póliza de vida que se requiere, es para acceder a una vivienda de interés social?

Ratio decidendi

en el caso objeto de revisión, la única negativa de la aseguradora para no expedir póliza de vida, además de ser discriminatoria, impide que los actores puedan adquirir su vivienda, y aquí este derecho adquiere el carácter de fundamental al estar íntimamente relacionado con otros que son de esta naturaleza, tales como la vida, igualdad y la dignidad de quien acude a esta instancia judicial.

Los actores tienen derecho a vivir, en una vivienda digna, con dignidad, mas aún dadas las circunstancias especiales en las que se encuentran, por cuanto puede considerarse que para ellos acceder a una vivienda de interés social, vivienda que precisamente pretende proteger a la población mas pobre y vulnerable, es como obtener la protección a un mínimo vital en materia de vivienda.

Así las cosas, si bien existe una disposición legal contemplada en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículo 100, que protege la libertad de tomadores asegurados para decidir la contratación de los seguros y escoger sin limitación aseguradora de su preferencia, la Sala no puede dejar de advertir, que en este caso los demandantes optaron por la Aseguradora Solidaria de Colombia, pues fue esa aseguradora la que en principio estuvo dispuesta a contratar con ellos, expidiendo su favor la póliza que protege el inmueble en caso de incendio y de terremoto, no a la póliza de vida, bajo la excusa de que son portadores de VIH (fl 17).

Esta conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de VIH, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida. No hay ninguna disposición legal, que así lo contemple y de existir dicha disposición

desconocería los postulados constitucionales.	
Decisión: CONCEDE TUTELA	
TIPOS DE CITACIÓN.	
Sentencias citadas	Anotaciones
Sentencia T-002 de 1992	
Sentencia N° T-308 de 1993	

CONCLUSIONES

1. A pesar de que la actividad financiera no se define en la Constitución Política de Colombia, sí la prevé con el objeto de determinar su regulación, su inspección, su vigilancia y control, y su intervención. Más exactamente, son los siguientes artículos de la Carta, los que regulan la actividad financiera:
 - Artículo 150: Faculta al congreso para hacer o fabricar leyes.
 - Artículo 189: Faculta al presidente para que supervise y controle el marco legal del sistema financiero colombiano.
 - Artículo 335: Consagra el interés público de la actividad financiera.
2. La Constitución Política de Colombia ha determinado que la actividad financiera es de interés público y por ende solo puede ser ejercida previa autorización del Estado conforme a la ley.
3. El sector financiero no hace parte del sector real de la economía, es decir de esa agrupación de actividades económicas organizadas en un sector primario, secundario y terciario, sino que a diferencia de este, el sector financiero está conformado por las entidades públicas y privadas que desarrollan actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación del país y que no hace parte del sector terciario real.
4. En Colombia el sector financiero se regula por las siguientes normas legales: Ley 45 de 1990, Ley 35 de 1993, Ley 510 de 1999, Ley 546 de 1999, Ley 795 de 2003, Ley 964 de 2005, Ley 1328 de 2009 y en especial el DECRETO 663

DE 1993 el cual fue expedido con base en las facultades extraordinarias que la Ley 45 de 1990 le otorgó al Gobierno Nacional para sistematizar, integrar y armonizar las normas vigentes sobre la materia y “por el cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.

5. En la jurisprudencia colombiana se ha ratificado el interés público de las entidades financieras, lo cual se demuestra en las Sentencias T –129 de 2010, T – 847 de 2010, T-1085 de 2002, T-083 de 2002, T- 1592 de 2000, SU-167 de 1999, SU-157 de 1999, T-578 de 2001, T-980 de 2001, T-215 de 2003, T-763 de 2005, T-219 de 2001, T-763 de 2005, T-449 de 2000.
6. En virtud de ese interés público de las entidades financieras, procede la acción de tutela contra particulares y es precisamente la Corte Constitucional, en instancia superior, es decir, en sede de revisión la que conoce de este tipo de asuntos. En consecuencia, los llamados “contratos forzosos ordenados en sentencia de tutela” aparecen cuando esta corporación profiere sus fallos tutelando derechos fundamentales que se consideran vulnerados por las entidades financieras y para reparar dicha vulneración, ordena ejercitar situaciones jurídicas que van en contra de la voluntad de las entidades financieras (lo que se ha denominado para efectos de este trabajo como “determinación de cláusulas contractuales) o muchas veces desaparece por completo ese elemento volitivo (celebración de contratos forzosos o forzados).
7. Para efectos de la práctica jurídica se tiene que: como primera medida debe analizarse la procedencia de la acción de tutela contra particulares, es decir que la situación jurídica sometida a decisión encuadre en el contexto de alguno de los tres casos de procedencia establecidos en el Decreto 2591 de 1991. Una vez se corrobore lo anterior habrá de establecerse si la pretendida

vulneración del derecho fundamental obedece a una causal objetiva que justifique el hecho que la produjo, de ser así la H. Corte Constitucional procederá a NO TUTELAR LOS DERECHOS, pero de no ser así, en ausencia de causal objetiva, TUTELARÁ LOS DERECHOS, ordenando a la entidad financiera accionada lo que se explicó en el numeral seis de este acápite, tal y como se demuestra en jurisprudencias citadas a lo largo de esta línea jurisprudencial.

RECOMENDACIONES

El presente trabajo, es una modalidad de investigación en materia jurídica, la cual nos presenta una compilación jurisprudencial sistemáticamente organizada de acuerdo a la estructura de una LÍNEA JURISPRUDENCIAL, en el lapso de tiempo comprendido entre 1999 y 2008.

Por lo anterior es de suma importancia recomendar al lector que no debe interpretarse como una monografía o una tesis, pues en el caso de estos últimos el campo de investigación y de opinión del autor es mucho mas amplio, mientras que en una línea jurisprudencial, únicamente hay lugar para la opinión y la crítica respecto de las dos posibles tesis que resuelven el problema jurídico del tema sometido a investigación.

BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto, *La constitucionalización del Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C.

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. “Constitucionalización del derecho comercial: algunas de las huellas trazadas por la jurisprudencia de la corte constitucional de Colombia”. Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia. 2007.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Editorial TEMIS, Bogotá D.C. 1991.

DECRETO 2591 DE 1991. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.*

DECRETO 663 DE 1993. *Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración.*

DECRETO 663 DEL 1993. *Que ordena que establecimientos de crédito, sociedades de financiamiento comercial, aseguradoras, etc., deben constituirse como sociedades anónimas*

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. *Archivo Biblioteca Luis Ángel Arango. Lista de gremios empresariales colombianos, de cobertura nacional, según sector económico, año 2000.*

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces, LEGIS, Ediciones UNIANDES, Facultad de Derecho, Primera edición, Bogotá 2002. Capítulo 2, páginas 53 a 133.*

RODRÍGUEZ AZUERO Sergio, RINCÓN CÁRDENAS Erick, CALDERÓN VILLEGAS Juan Jacobo, *Temas de derecho financiero contemporáneo, Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición Bogotá D.C. 2006.*

RODRÍGUEZ AZUERO Sergio, *Contratos bancarios su significación en América Latina. LEGIS, Sexta Edición, Bogotá D.C. 2011.*

TORRERO MAÑAS Antonio, *Liberalización. Diferencias entre el Sector Financiero y el Sector Real. Universidad de Málaga, Cuadernos de CC EE y EE N° 50-51, 2006 páginas 85-101, liberalización. España, 2006.*

www.ASOBANCARIA.com, *Marco Jurídico del Sector Financiero Colombiano.*

www.corteconstitucional.gov.co

<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200106-4551019510121691.html>. **Quesada Sánchez Antonio José, CONCEPTO DE CONTRATO Y FIGURAS NOVEDOSAS BAJO SU MANDO, Artículos doctrinales de Derecho Civil, Noticias Jurídicas, Junio de 2001.**