



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXII - N° 453

Bogotá, D. C., jueves, 27 de junio de 2013

EDICIÓN DE 20 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 011 DE 2012 SENADO

por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales” y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C., junio 18 de 2013

Honorable Senador

JORGE ELIÉCER BALLESTEROS BÉRNIER
Presidente Comisión Séptima Constitucional
Senado de la República.

E. S. D.

Asunto: Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 011 de 2012 Senado, por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales” y se dictan otras disposiciones.

Respetado señor Presidente:

En cumplimiento del encargo hecho por la Mesa Directiva de la Comisión Séptima Constitucional Senado de la República y acatando lo establecido en la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, procedemos a rendir ponencia para segundo debate al **Proyecto de ley número 011 de 2012 Senado, por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes**

Pensionales exceptuados y especiales” y se dictan otras disposiciones, en los siguientes términos:

1. Antecedentes

El presente proyecto de ley es de autoría de la honorable Senadora Alexandra Moreno Piraquive, publicado en la *Gaceta del Congreso* número 543 de 2012, radicado en la Comisión Séptima Constitucional del Senado de la República el 20 de julio de 2012. Fueron designadas como ponentes para primer debate las honorables Senadoras Gloria Inés Ramírez Ríos, Claudia Jeanneth Wilches Sarmiento en condición de Coordinadora y el Senador Edinson Delgado Ruiz.

En Sesión Ordinaria de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República, el martes catorce (14) de mayo de 2013, según Acta número 26, Legislatura 2012-2013, fue considerado el informe de ponencia para primer debate y el texto propuesto al **Proyecto de ley número 11 de 2012 Senado, por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los regímenes pensionales exceptuados y especiales” y se dictan otras disposiciones**, presentado por los honorables Senadores Ponentes: *Claudia Jeanneth Wilches Sarmiento, Gloria Inés Ramírez Ríos y Edinson Delgado Ruiz.*

El texto definitivo aprobado en primer debate fue publicado en la *Gaceta del Congreso* número 324 de 2013.

2. Contenido y alcance del proyecto de ley

El proyecto de ley consta de dos artículos que hacen alusión a lo siguiente:

El artículo 1º. Incluye como beneficiario de la Pensión de Sobreviviente en el evento de divorcio legal y judicialmente decretado, al cónyuge inocente o aquel que no haya dado lugar a ninguna

de las causales para el divorcio, reconociéndose en proporción al número de semanas que hubiera cotizado el causante para acceder a la pensión, durante el tiempo de convivencia que mantuvo con el cónyuge del que se divorció.

El artículo 2°. Se refiere a la vigencia de la ley.

3. Objeto

De acuerdo a la exposición de motivos y lo plasmado en el articulado, el proyecto tiene como objetivo introducir un nuevo beneficiario de la pensión de sobrevivientes que sería el cónyuge inocente en un divorcio con justa causa decretado judicialmente. Las motivaciones están relacionadas con el hecho que actualmente los cónyuges inocentes de acuerdo a los artículos 411 y 422 del Código Civil, tienen derecho de alimentos vitalicio a cargo del cónyuge culpable producto de los procesos denominados divorcio-sanción; sin embargo, cuando este cónyuge fallece el beneficiario de los alimentos quedaría desamparado.

De igual forma, los cónyuges tienen posibilidad de acceder a otros derechos que se consideran insuficientes o compatibles con la propuesta del proyecto de ley; así, producto de la disolución del vínculo conyugal y la liquidación de la sociedad conyugal, los cónyuges tienen derecho a gananciales, pero su materialización es contingente, pues depende del patrimonio social existente al momento de la liquidación. También existe el derecho a la porción conyugal que es incompatible con los gananciales y busca brindarle sustento al cónyuge pobre dentro de un proceso de sucesión, incluso al cónyuge divorciado inocente, pero el mismo depende en todo caso la masa sucesoral del causante.

4. Marco jurídico del proyecto de ley

4.1 Fundamento Constitucional

Artículo 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Artículo 43. *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.*

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

Artículo 48. *Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares,*

ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

(...)

El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho.

Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

(...)

Para la liquidación de las pensiones solo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión.

(...)

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

4.2 Jurisprudencia constitucional en materia pensional

4.2.1 Naturaleza de la pensión de sobrevivientes y beneficiarios

- De acuerdo con la Corte Constitucional basada en el artículo 48 Superior, la seguridad social es un servicio público obligatorio a cargo del Estado, del cual hace parte la pensión, mecanismo erigido para proteger a las personas frente a la vejez, la invalidez y la muerte.

La pensión de sobrevivientes tiene por objeto proteger a los integrantes de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, **que dependían económicamente del causante**, con el fin de que no sufran un cambio drástico en las condiciones de vida anteriores a la muerte del pensionado o afiliado:

“Por ello, la ley prevé que, en aplicación de un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del causante y (SIC) compartía con él su vida, reciban una pensión para

satisfacer sus necesidades”¹. (Subraya por fuera del texto).

“En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia. Para esa Corporación, ‘no puede hacerse abstracción del sentido mismo y finalidad de la institución de la pensión de sobrevivientes que busca precisamente impedir que quien haya convivido permanente, responsable y efectivamente, y prestado apoyo afectivo a su pareja al momento de su muerte, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales, que supone su desaparición’”². (Subraya por fuera del texto).

Con base en los acápites jurisprudenciales citados, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia se han guiado por el criterio de que la pensión de sobrevivientes tiene por finalidad que los familiares que dependían económicamente del pensionado o afiliado fallecido, que convivieron con él hasta su muerte y le brindaron apoyo, no tengan que soportar, desamparadamente, las consecuencias sentimentales como materiales de la desaparición.

• Por otra parte, ha aclarado la Corte Constitucional mediante Sentencia C-451 de 2005 en la que cita apartes de la Sentencia T-190 de 1993, que la pensión de sobrevivientes no consiste en el reconocimiento de una pensión, sino de la sustitución del afiliado o pensionado en las prestaciones a que tenía derecho:

“La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post mortem del status laboral del trabajador fallecido”. (Subraya por fuera del texto).

• La Corte Constitucional ha señalado en diversas oportunidades el carácter fundamental de la pensión de sobrevivientes y la procedencia de la acción de tutela para obtener su reconocimiento cuando la negativa afecte de manera directa el mínimo vital de la familia del causante, puesto que la ausencia deja sin manutención el hogar y sin los recursos para proveerlo:

Así en Sentencia T-593 de 2007, Magistrado Ponente, doctor Rodrigo Escobar Gil, el Tribunal Constitucional se remitió al siguiente aparte jurisprudencial:

“La Corte ha reconocido, en diferentes oportunidades, el carácter fundamental del derecho a la pensión de sobrevivientes, en cuanto su reconocimiento y pago efectivo garantiza el mínimo vital de las personas que dependían económicamente del causante. Sobre el particular, señaló esta Corporación: ‘Ese derecho, para los beneficiarios es derecho fundamental por estar contenido dentro de valores tutelables: el derecho a la vida, a la seguridad social, a la salud, al trabajo. Es inalienable, inherente y esen-

cial. Y, hay una situación de indefensión del beneficiario respecto a quien debe pagarle la mesada’”³.

De igual forma en Sentencia T-479 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional acotó:

“En suma el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, fuera de ser un derecho fundamental para las personas que dependían del causante, puede también afectar derechos fundamentales de sujetos de especial protección cuando alguno de los beneficiarios goce de dicha condición. Bajo esa premisa, cuando se niegue el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes y dicha situación involucre directamente a madres cabeza de familia –las cuales por su condición se consideran sujetos de especial protección– deberá hacerse un juicio más amplio y considerarse la procedencia de la acción de tutela”⁴.

4.2.2 Criterios para establecer los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

En relación con los requisitos impuestos por el legislador para ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional los encuentra ajustados pues buscan impedir que personas sin el mérito suficiente accedan a este derecho.

Así, la Corte Constitucional aprueba que se favorezcan, económicamente, las uniones que demostraron un verdadero compromiso y vocación de permanencia; “también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional”⁵.

Sobre la potestad de configuración legislativa en materia pensional ha dicho el Tribunal Constitucional que las distinciones introducidas al Régimen Pensional deben estar basadas en criterios objetivos y razonables.

Dentro del ámbito de potestad configurativa del legislador, los criterios generales que han regido para determinar quiénes deben ser los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes han sido:

- La cercanía con el afiliado o pensionado.
- La convivencia con este hasta el momento de su muerte y durante un tiempo que permita presumir la vocación de permanencia.
- La dependencia económica con respecto al pensionado o afiliado.
- La incapacidad por razón de la edad, del estudio o de la invalidez para valerse por sí solo.

Dichos criterios se podrían englobar en aquellos que se rigen por los vínculos afectivos con el pensionado o afiliado, que hacen presumir su acompañamiento durante la enfermedad cuando ha sido la causa de la muerte y, en general el dolor por la partida; y los que se rigen por los vínculos de dependencia económica, que además de lo sentimental tienen una connotación de necesidad.

En Sentencia T-780 de 1999, que se pronunció sobre la exequibilidad de los requisitos impuestos

1 Sentencia C-1094 de 2003.

2 Ibídem.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-173 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, citado en T-593 de 2007.

4 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

5 Ibídem.

a los hijos para ser beneficiarios de la sustitución pensional, el M. P. Álvaro Tafur Galvis, anotó:

“(…) el establecimiento de una edad límite razonable para disfrutar de la pensión de sobrevivientes hace posible que los recursos de la seguridad social lleguen a quienes realmente los necesitan, esto es, a las personas del grupo familiar que han quedado desprotegidas a raíz de la muerte del progenitor o a sujetos externos carentes de recursos. Se permite, entonces, dar cumplimiento también a los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad, sobre los cuales debe edificarse el derecho a la seguridad social”. (Subraya por fuera del texto).

De lo anterior se colige que en el Sistema de Seguridad Social está no sólo involucrado el bienestar individual sino el de la población colombiana en su conjunto, por lo que a la hora del legislador definir quiénes deben ser los beneficiarios de la sustitución pensional del afiliado o pensionado fallecido, debe tener en cuenta el fin superior de que los recursos lleguen efectivamente a las personas más necesitadas, máxime si se tiene en cuenta que a diferencia de la regla general que aplica en materia pensional, de acuerdo con Sentencia C-671 de 2001, la pensión de sobrevivientes no responde al capital acumulado para financiarla sino que persigue asegurar el riesgo de muerte del afiliado o pensionado, con cargo a un Fondo común conformado por los aportes realizados por estos y por los de los demás cotizantes en el caso del régimen de prima media y, a través de una compañía de seguros en el caso del régimen de ahorro individual.

En concordancia con lo anterior, las limitantes impuestas al beneficiario de la pensión de sobrevivientes también obedecen a la necesidad de que sus titulares sean consecuentes con **el principio de solidaridad base fundamental del Sistema de Seguridad Social** y hagan sus propias cotizaciones al sistema en la medida que estén en capacidad de hacerlo, para que no sólo ellos sino otros de escasos recursos también puedan acceder a su pensión, así lo explicó la Corte Constitucional en Sentencia C-1094 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño⁶. Por lo anterior la regla general, con criterio de responsabilidad social, es hacer los aportes al sistema y, sólo deben estar exceptuados quienes no tengan capacidad de pago.

4.2.3 Igualdad de derechos entre cónyuges y compañeros permanentes

Sobre el interrogante que surge con el proyecto sub examine de si se debiera extender también al compañero permanente culpable de la disolución de la unión marital de hecho se encuentra que no es procedente por cuanto la Corte Constitucional en Sen-

tencia C-1033 de 2002 en la que se pronunció sobre la excequibilidad del numeral 4 del artículo 411 del Código Civil que consagra el derecho de alimentos del cónyuge inocente, consideró que para esta institución no rigen las mismas causales de terminación que para el matrimonio y no es posible determinar cuándo uno de los miembros es el responsable de la ruptura, adicionalmente, no optó por extender la protección a la institución de la unión marital de hecho como sí lo ha hecho cuando lo ha juzgado pertinente.

Sin embargo, en salvamento de voto de los honorables Magistrado, a la Sentencia C-174 de 1996 en la cual se demandó la aplicación generalizada de iguales derechos consagrados en las normas para los cónyuges y para los compañeros permanentes, estos manifestaron que no obstante las diferencias que caracterizan las instituciones del matrimonio y de la unión marital de hecho que precisamente legitiman su existencia como alternativas legales de constitución de una familia, también comparten similitudes esenciales frente a las cuales dependiendo la finalidad perseguida por una norma es aconsejable su aplicación igualitaria; por lo que todo proyecto de ley debe tener en consideración esto.

4.2.4 Conclusiones

De acuerdo con el análisis jurisprudencial realizado a la pensión de sobrevivientes podemos concluir:

1. La pensión de sobrevivientes no implica realmente el reconocimiento de una pensión sino la subrogación de los beneficiarios legales en los derechos y prestaciones a que tenía derecho el pensionado o a que tendría derecho el afiliado.

2. La pensión de sobrevivientes no es una contraprestación a la acumulación de un capital sino la prestación que se deriva del aseguramiento del riesgo de muerte del pensionado o afiliado, la cual se financia con cargo a un Fondo común conformado por las cotizaciones de estos y de los demás afiliados al sistema en el caso del Régimen de Prima Media o, con cargo a una compañía de seguros en el caso del Régimen de Ahorro Individual.

3. Jurisprudencialmente se ha establecido que la finalidad de la figura de sustitución pensional tiene por objeto proteger a los deudos del causante para que además de la pena moral no tengan que afrontar, desamparadamente, las consecuencias económicas de la partida.

4. Con el fin de que garantizar que quienes accedan a la pensión de sobrevivientes sean realmente las personas con mérito, las Altas Cortes, en especial, la Constitucional han encontrado ajustados a la Constitución de 1991, las limitantes que el legislador ha establecido para los beneficiarios, con la salvedad de que a los cónyuges y compañeros permanentes les asisten los mismos derechos en esta materia.

5. En especial han encontrado ajustados a los principios superiores de eficiencia, universalidad y solidaridad los criterios con que se han fijado esas limitantes a saber:

- El vínculo afectivo con el afiliado o pensionado.
- La convivencia con este hasta el momento de su muerte y durante un tiempo que permita presumir la vocación de permanencia.

6 “(…) la Corte encuentra razonable la distinción que, en ejercicio de su amplia libertad de configuración, el legislador ha hecho del cónyuge o compañera o compañero permanente supérstite en razón de la edad o de la procreación de hijos con el causante. Tanto es que los menores de 30 años, sin hijos con el causante, no se ven desprotegidos por el Sistema General de Pensiones. Lo que se les exige es que dada su juventud y ante la no procreación de hijos con el causante, que genere obligaciones a más largo plazo, asuma una actitud acorde con el principio de solidaridad de la seguridad social y se afilie al sistema. La ley le garantiza una pensión de sobrevivientes hasta por 20 años, que esta Corporación estima suficiente y razonable para efectuar las cotizaciones respectivas y obtener el reconocimiento de su pensión”.

– La dependencia económica con respecto al pensionado o afiliado.

– La incapacidad por razón de la edad, del estudio o de la invalidez para valerse por sí solo.

– Un orden de prevalencia en el derecho de carácter excluyente, donde los hijos y los cónyuges y/o compañeros permanentes tienen preferencia sobre los padres y estos sobre los hermanos.

Dichos criterios están inspirados en las finalidades de la pensión de sobrevivientes de mitigar el dolor y posibles cargas que tuvieron que asumir quienes acompañaron al causante hasta el momento de su muerte y, de no desamparar económicamente a quienes dependían bien de su mesada pensional o del producto de su actividad laboral y no tienen las condiciones para proveerse su propio sustento como es el caso de los hijos menores de edad, estudiantes o discapacitados.

6. Por último dichas limitantes también se han considerado constitucionales porque consultan el principio de solidaridad que informa todo el Sistema de Seguridad Social, con base en el cual se debe propender porque los recursos sean asignados a quienes verdaderamente los necesitan y que aquellos que tienen capacidad y edad para realizar sus propios aportes al sistema lo hagan con el fin de asegurar su sostenibilidad y que otros también puedan acceder al beneficio de la pensión.

4.3 Fundamento Legal

Ley 57 de 1887 - Código Civil Colombiano.

Ley 25 de 1992, por la cual se desarrollan los incisos 9°, 10, 11, 12 y 13 del artículo 42 de la Constitución Política.

Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones.

Ley 797 de 2003, por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.

5. Justificación

Actualmente, el cónyuge que tienen derecho a percibir alimentos del cónyuge que dio lugar al divorcio judicialmente decretado, y que por tanto depende económicamente⁷ de este, pierde su derecho cuando al fallecimiento del cónyuge culpable no existen los bienes

7 Artículo 420. <Monto de la Obligación Alimentaria>. Los alimentos congruos o necesarios no se deben sino en la parte en que los medios de subsistencia del alimentario no le alcancen para subsistir de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar la vida.

Artículo 422. <Duración de la obligación>. Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda.

Artículo 423. <Forma y cuantía de la prestación alimentaria>. <Artículo modificado por el artículo 24 de la Ley 1ª de 1976. El nuevo texto es el siguiente:>

(...)

Igualmente, el juez podrá ordenar que el cónyuge obligado a suministrar alimentos al otro, en razón de divorcio o de separación de cuerpos, preste garantía personal o real para asegurar su cumplimiento en el futuro.

(...)

En el mismo evento y por el mismo procedimiento podrá cualquiera de los cónyuges solicitar la revisión judicial de la cuantía de las obligaciones fijadas en la sentencia.

relictos suficientes⁸ para garantizar la continuidad de su asignación alimentaria forzosa; lo que lo deja en una situación de desprotección que en muchas ocasiones atenta contra su mínimo vital.

Por tanto, siendo la finalidad de la pensión de sobrevivientes, ser un alivio para quienes dependían económicamente del causante, con el fin de que no sufran un cambio drástico en las condiciones de vida anteriores a la muerte del pensionado, se encuentra procedente ampliar su radio de beneficiarios al cónyuge inocente en divorcio judicialmente decretado, cuya pensión se reconocerá en proporción al número de semanas que hubiera cotizado el causante durante el tiempo de convivencia con aquel, con lo que se asegura un equilibrio económico.

Sin embargo, se considera necesario introducir al texto del proyecto de ley original, los siguientes condicionamientos que debe reunir el cónyuge inocente beneficiario y que responden a la necesidad de asegurar que los recursos de la pensión de sobrevivientes lleguen a personas que verdaderamente los necesitan en atención al principio de solidaridad que informa todo el sistema, así:

Que el cónyuge inocente al momento de la muerte del pensionado o afiliado:

1. Estuviera percibiendo alimentos del mismo, pues esto demuestra su dependencia económica.

2. Que la asignación forzosa alimentaria a favor del cónyuge no hubiera sido descontada de la masa sucesoral del causante, de acuerdo con el artículo 1016 del Código Civil y, por tanto, no esté garantizada su continuidad.

3. Que tenga cincuenta (50) años de edad o más, si es mujer, o cincuenta y cinco (55) años de edad o más, si es hombre, y nunca hubiera cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensión, pues de acuerdo con el artículo 2º del Decreto número 758 de 1990, los artículos 31¹⁰ y 61¹¹ de la Ley 100 de 1993 y

8 Artículo 1016. <Deducciones>. <Palabra tachada INEXEQUIBLE.> En toda sucesión por causa de muerte, para llevar a efecto las disposiciones del difunto o de la ley, se deducirán del acervo o masa de bienes que el difunto ha dejado, incluso los créditos hereditarios:

(...)

4º. Las asignaciones alimenticias forzosas...”.

9 “Artículo 2º. *Personas excluidas del seguro de invalidez, vejez y muerte*. Quedan excluidos del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte:

a) Los trabajadores dependientes que al inscribirse por primera vez en el Régimen de los Seguros Sociales, tengan 60 o más años de edad;

b) Los trabajadores independientes que se afilien por primera vez con 50 años de edad o más, si se es mujer, o 55 años de edad o más, si se es varón;...”.

10 “Artículo 31. *Concepto*. El régimen de prima media con prestación definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente título.

Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.” (Subraya por fuera del texto).

11 “Artículo 61. *Personas excluidas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad*. Están excluidos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad:

(...)

el Concepto del Ministerio de la Protección Social 0032 de 2007, en estos casos se entiende que ya no es viable que la persona pueda cumplir los requisitos legales para acceder a su propia pensión.

6. Articulado original

El texto del presente proyecto de ley fue aprobado tal y como se presentó en ponencia de primer debate en la Comisión Séptima de Senado, según el Acta número 26 de la Sesión Ordinaria de la Comisión Séptima, con fecha de mayo 14 de 2013.

La proposición con que termina el informe de ponencia positiva de primer debate presentado por los honorables Senadores: *Claudia Jeanneth Wilches Sarmiento, Gloria Inés Ramírez Ríos y Edinson Delgado Ruiz*, fue aprobado por ocho (8) votos en favor y ninguno en contra, ninguna abstención, sobre un total de trece (13) Senadores integrantes de la Comisión.

Los honorables Senadores que votaron afirmativamente fueron: *Ballesteros Bernier Jorge Eliécer, Carlosama López Germán Bernardo, García Romero Teresita, Ospina Gómez Mauricio Ernesto, Rendón Roldán Liliana María, Sánchez Montes de Occa Astrid, Wilches Sarmiento Claudia Jeanneth y Zapata Correa Gabriel*.

El articulado tal y como fue aprobado se propone para la ponencia positiva en segundo debate en la Plenaria del Senado, sin ninguna modificación.

Proposición

Por lo anteriormente expuesto, solicitamos a la honorable Plenaria del Senado de la República, debatir y aprobar en segundo debate el **Proyecto de ley número 011 de 2012 Senado**, por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales” y se dictan otras disposiciones, con base en el texto propuesto que se adjunta a continuación.

Atentamente,

Claudia Jeanneth Wilches Sarmiento, Ponente Coordinadora; *Gloria Inés Ramírez Ríos, Edinson Delgado Ruiz*, Senadores Ponentes.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los diecinueve (19) días del mes de junio año dos mil trece (2013).

En la presente fecha se autoriza la **publicación en la Gaceta del Congreso**, el informe de ponencia para segundo debate y texto propuesto para segundo debate, en diecinueve (19) folios, al Proyecto de ley número 11 de 2012 Senado, por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sis-

tema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales” y se dictan otras disposiciones.

Autoría del proyecto de ley de la honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive*.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

TEXTO PROPUESTO PARA SEGUNDO DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 011 DE 2012 SENADO

por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales” y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 13 de la Ley 797 de 2003, quedará así:

Artículo 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la *compañera o compañero permanente* o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la *compañera o compañero permanente* supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la *compañera permanente supérstite*, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un *compañero o compañera permanente*, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la *compañera o compañero permanente* podrá reclamar una cuota parte de lo correspon-

b) Las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieron cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes”. (Subraya por fuera del texto).

diente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante en el momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando haya invalidez, se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, *compañero o compañera permanente*, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de este;

f) En el evento de divorcio judicialmente decretado, también tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, el cónyuge inocente, que reúna las siguientes condiciones de manera concurrente, al momento de la muerte del causante:

1. Que estuviera recibiendo alimentos por parte del causante.

2. Que dentro del proceso de sucesión del causante no se hubiera deducido de los bienes relictos la asignación alimentaria forzosa a favor del cónyuge inocente.

3. Que tenga cincuenta (50) años o más de edad en caso de ser mujer y cincuenta y cinco (55) años o más de edad en caso de ser hombre y nunca haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensión.

La pensión de sobrevivientes le será reconocida al cónyuge inocente de manera vitalicia en proporción al número de semanas que el causante hubiera cotizado durante el tiempo de convivencia con aquel.

Parágrafo. Para efectos de este artículo se requerirá que el vínculo entre el padre, el hijo o el hermano inválido sea el establecido en el Código Civil.

Artículo 2°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga toda norma que le sea contraria.

Claudia Jeanneth Wilches Sarmiento, Ponente Coordinadora; *Gloria Inés Ramírez Ríos*, *Edinson Delgado Ruiz*, Senadores Ponentes.

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE
DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los diecinueve (19) días del mes de junio año dos mil trece (2013).

En la presente fecha se autoriza la **publicación en la *Gaceta del Congreso***, el informe de ponencia para segundo debate y texto propuesto para segundo debate, en diecinueve (19) folios, al Proyecto de ley número 11 de 2012 Senado, *por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales” y se dictan otras disposiciones.*

Autoría del proyecto de ley de la honorable Senadora *Alexandra Moreno Piraquive*.

El Secretario,

Jesús María España Vergara.

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 76 DE 2012 SENADO, ACUMULADO CON LOS PROYECTOS DE LEY NÚMEROS 058 Y 070 DE 2012 CÁMARA

por la cual se determina un Régimen Especial a los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional (Infis).

1.1

UJ-1205-13

Bogotá, D. C.

Honorable Senador

ROY LEONARDO BARRERAS MONTEALEEGRE

Presidente

Senado de la República

Ciudad.

Asunto: Comentarios al Proyecto de ley número 76 de 2012 Senado, acumulado con los Proyectos

de ley números 058 y 070 de 2012 Cámara, *por la cual se determina un Régimen Especial a los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional (Infis).*

Respetado Presidente:

De manera atenta me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al Proyecto de ley número 76 de 2012 Senado, acumulado con los Proyectos de ley números 058 y 070 de 2012 Cámara, *por la cual se determina un Régimen Especial a los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional (Infis)*, en los siguientes términos:

Desde el punto de vista financiero

1. Servicios, tamaño y coberturas de los INFIS

Sea lo primero realizar el estudio en cuanto a las tasas a las cuales colocan los créditos este tipo de entidades, las cuales, según la exposición de motivos son más favorables que las del sector financiero, puede leerse en el documento “Análisis de los Institutos de Financiamiento y de Fomento Infis”,

publicado por DCR, Duff & Phelps de Colombia, Sociedad Calificadora de Valores el 17 de diciembre de 2007 lo siguiente:

“Desempeño financiero

El grupo de Infis dedicado a la actividad crediticia, principalmente, que así mismo administra un portafolio de inversiones negociables genera más del 50% de los ingresos operaciones a través de la colocación de créditos. Estas entidades manejan un margen neto de intereses superior al del sector financiero colombiano, ubicándose en niveles adecuados para el riesgo asumido. El mayor margen se debe a los menores costos de captación y a las favorables tasas a las que son colocadas los créditos. (Subrayado extratextual)”.

Por otra parte, en los reglamentos de crédito de varios Infis, se encuentra que sus tasas se sujetan al mercado de crédito, tomando como referencia la DTF, a la cual se debe sumar un margen, con el fin de sustentar sus gastos.

En cuanto a las actividades de los Infis, conviene tener presente que la mayor parte de estas entidades se dedica a la “intermediación” de recursos públicos de tesorería de los respectivos territorios, los cuales a su vez se colocan en la banca tradicional ganándose un diferencial que se invierte en el giro normal de su objeto. De allí que las tasas a la que colocan sus créditos deban ser suficientes para lograr dicho margen.

Es de señalar que en la medida en que una parte de los Infis tiene como actividad principal intermediar los excedentes de liquidez de las entidades públicas, no existen normas que determinen que estos deben mantenerse separados de los otros recursos del respectivo Infis. De allí que exista un claro riesgo en el sentido que estos recursos se destinen a financiar todo tipo de actividades, comprometiendo la capacidad de pago a su acreedor, esto es, las entidades territoriales.

En los casos en los que dichos recursos se destinan al otorgamiento de crédito, surge un riesgo de liquidez generado por los plazos a los que estos se otorgan, versus la vocación de ejecución que deben tener los excedentes de liquidez con los cuales se apalancan. A ello debe aunarse el hecho de que, a falta de régimen de inversiones permitidas y de gestión de riesgo de liquidez, buena parte del total de activos puede estar representado en activos improductivos¹.

En materia de gestión de riesgo de crédito, es importante traer a colación el Informe Especial publicado por la Agencia Calificadora Duff & Phelps

el 17 de diciembre de 2007 “Análisis de los Institutos de Financiamiento y Desarrollo Territorial (Infis), el cual señala:

“Un aspecto muy importante de las características del portafolio de cartera de los Infis es que presentan concentraciones altas por deudor, sector y región geográfica. Debido a la naturaleza de los Infis, es evidente que estos presentarán altas concentraciones geográficas. Sin embargo, en opinión de Duff & Phelps, los Infis sí pueden mejorar las concentraciones que presentan tanto por actividad económica como por deudor. Dentro de su mercado objetivo se encuentran empresas de servicios públicos, hospitales, instituciones educativas, empresas industriales y comerciales y entes territoriales, entre otros. No obstante, un alto porcentaje de la cartera se encuentra invertida en entes territoriales, haciendo más vulnerable a la entidad a este sector en particular y a los ciclos electorales.

Si bien es cierto que la mayoría de los Infis cuenta con políticas de provisiones claras de acuerdo al riesgo del deudor, la pobre clasificación de riesgo que se hace del deudor impide que la cartera efectivamente mantenga una cobertura adecuada. Por lo anterior y debido al alto grado de concentración por deudor, el indicador de cobertura se comporta de manera inestable, como se evidencia en la gráfica 2. Por ejemplo, la entrada en mora de un deudor importante puede afectar drásticamente la calidad de la cartera y por ende la cobertura de la misma, ya que el Instituto rara vez está en capacidad de realizar provisiones suficientes para mantener los niveles de cobertura que presentaba. Una vez el deudor se pone al día, el riesgo es reclasificado y los niveles de cobertura retornan a sus niveles promedio. (Subrayado extratextual).

Adicionalmente, la mayoría de los Institutos tiene como política realizar las provisiones al final del año, por lo cual podrían estar influenciados por la disponibilidad de recursos y no por el riesgo del deudor. En consecuencia, los Institutos podrían estar repartiendo excedentes financieros necesarios para su fortalecimiento patrimonial y sostenibilidad financiera. (Subrayado extratextual).

En opinión de Duff & Phelps es un reto para las administraciones avanzar en el proceso de la identificación y cobertura del riesgo crediticio”. (Subrayado extratextual).

Es de resaltar, que los Infis no han estado en capacidad de cumplir con los estándares de capacidad de gestión institucional y financiera requeridos para obtener una calificación de bajo riesgo crediticio que les permita continuar captando excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus empresas descentralizadas, de allí que fue necesario expedir el Decreto número 1468 de 2012, ampliando hasta el 31 de marzo de 2013 el plazo para que alcancen las calificaciones de riesgo, según lo previsto en el Decreto número 1525 de 2008, reglamentario del artículo 17 de la Ley 819 de 2003.

¹ “BRC, Investor Services, Sociedad Calificadora de Valores Calificación Inicial Infinorte, mayo 2004. “Infinorte posee un nivel de activos improductivos con alta participación en el total de activos. El departamento de Norte de Santander cedió a la Institución acciones de participación en empresas públicas, los cuales no generan un retorno en términos de ingresos ya algunas están en crisis y las que generan utilidades pagan dividendos con mayor participación accionada. Así mismo, el valor del capital en gran parte está representado en dichas participaciones. De esta forma, los indicadores de rentabilidad, de calidad de los activos y de capital se ven distorsionados al compararlos con otros Institutos”.

De otra parte, de acuerdo con el reporte de alertas tempranas sobre riesgos fiscales de los Infis a 31 de agosto de 2012 elaborado por la Dirección de Apoyo Fiscal (DAF), con base en las cifras de la Contraloría General de la República, los Infis presentan signos de posible sustitución de depósitos por concepto de captación de excedentes de liquidez, por transferencias realizadas por las entidades territoriales, con el fin de evadir la restricción del Decreto número 1525 de 2008. Así, según la DAF, la mayoría de los Infis que no reportan depósitos tampoco tenían, a 31 de diciembre de 2011, calificación de riesgo, pero recibían transferencias presupuestales de las administraciones centrales territoriales, lo cual está prohibido en el artículo 14 de la Ley 617 de 2000.

Además de estos recursos, los Infis, de acuerdo con la Superintendencia Financiera y la Auditoría General de la República, con base en convenios interadministrativos, administran recursos de las entidades territoriales para fines de administración y pagos que resulten de los contratos objeto de la financiación; aparentemente su actividad está circunscrita a una labor de tesorería de dichos contratos y no intervienen en la ejecución. Estos recursos también se utilizan para colocación de créditos en las líneas implementadas por el respectivo Instituto. Es de señalar que esta actividad constituye intermediación de recursos en la medida en que los créditos figuran como concedidos por los Infis.

Sobre los convenios interadministrativos, conviene citar a la Auditoría General de la República, entidad que señala²:

“Se advierten contratos interadministrativos que son ropajes para entregar recursos en administración, en donde la entidad pública contratista cumple funciones de intermediación o subcontratación, para eludir los procesos de selección objetiva y utilizar el régimen de derecho privado que se confiere a determinadas entidades estatales como por ejemplo las universidades o, a ciertas empresas industriales y comerciales del Estado y/o empresas de economía mixta.

En la rendición de la cuenta se encontró que en total 5.297 contratos que ascienden a la suma de \$1.956.894.358.259 se celebraron a través de la modalidad de convenio interadministrativo. El reproche que se quiere hacer desde la Auditoría General de la República es a la violación del principio de selección objetiva a través del convenio interadministrativo.

Se observa que las entidades que más recurren a la celebración de convenios interadministrativos se encuentran en el departamento de Antioquia, lo cual como se verá más adelante ha sido cuestionado mediante denuncias que se han hecho a la Fundación para el Bienestar Global y el Instituto IDEA que han servido de medio para hacer todo tipo de contrataciones.

A través de los convenios interadministrativos se ha vulnerado el principio de selección objetiva, cuando una entidad recurre a la contratación directa con otra entidad pública a través del convenio interadministrativo, con la intención de evadir un proceso público de concurrencia múltiple como puede ser la licitación pública o la selección abreviada y el contratista a su turno termina subcontratando, es decir, se terceriza completamente el objeto contractual”.

2. Consideraciones sobre el articulado

A lo largo del articulado se identifican nuevas operaciones para los Infis, sin que para ello se les exija que cumplan los requisitos y condiciones vigentes para entidades que adelantan actividades similares, o que pueden poner en riesgo la confianza en la actividad financiera. A continuación se resumen las principales:

Captaciones de dineros en general. En el párrafo 3° del artículo 14 del proyecto de ley en estudio, se dispone que este servicio puede prestarse a personas jurídicas de derecho público y a particulares cuando se trate de proyectos de interés general que sean fondeados por organizaciones privadas y no generen lucro privado.

Pueden recibir y administrar recursos de fondos especiales de las entidades públicas que tenga por objeto la prestación de servicios de crédito a personas naturales o jurídicas de derecho privado, así como recursos de personas jurídicas de derecho público para realizar programas de bienestar social para sus empleados, siempre que estos no tengan destinaciones específicas para otros rubros. Es de señalar que en estos casos se configura un

encargo fiduciario, actividad restringida a entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, como son las sociedades fiduciarias y a los establecimientos de crédito respecto de algunas operaciones.

Además, el artículo 10 prevé que cuando se emitan normas o reglamentos que posibiliten el manejo y colocación de recursos públicos a entidades financieras, se entenderá que estas pueden ser acogidas y aplicadas en relación con los Infis. Nótese que esta disposición no restringe el manejo de este tipo de recursos cuando se trata de personas naturales, lo cual podría derivar en que los Infis podrían recibir los recursos que por concepto de subsidios gira el Gobierno Nacional por programas como familias en acción, red unidos, e inclusive pago de pensiones, etc., sin que la entidad responsable de girar los recursos, pueda verificar previamente la idoneidad de la entidad receptora, tanto desde el punto de vista de solvencia como de idoneidad.

2.1 Autorización para el ejercicio de la actividad financiera

En los artículos 1°, 4° y 14 se señala que los Infis adoptarán la naturaleza de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta de carácter financiero.

Es de anotar al respecto, que esta constituye una nueva categoría de entidad financiera no reco-

² Auditoría General de la República, “Control al Control de la Contratación, Riesgos, Desaciertos y Posibilidades”, GÓMEZ LEE, Iván Darío; Auditor General de la República, CÉSPEDES VILLA, Freddy; Auditor Delegado para la Gestión Fiscal, mayo de 2011.

gida por nuestro ordenamiento jurídico, al tiempo que el artículo 4° establece que su objeto consiste en fomentar el crecimiento y desarrollo económico, social y cultural de las regiones a través de la prestación de servicios financieros, técnicos, administrativos entre otros y la ejecución de planes de desarrollo.

Sobre la prestación de “servicios financieros”, debe tenerse que esta noción evoca inevitablemente a las operaciones desarrolladas por las entidades autorizadas para realizar actividad financiera, al tiempo que el artículo 14 incorpora como operaciones autorizadas:

- Créditos.
- Operaciones de redescuento.
- Descuento de Actas. Facturas y demás documentos susceptibles de endoso.
- Recaudos, administración y pagos de recursos por convenios.
- Garantías a operaciones de entidades públicas.
- Promoción y gestión de proyectos.
- Servicios de cooperación y negocios internacionales.
- Administración de bienes.
- Asistencia técnica.
- Arrendamiento operativo.
- Captaciones de dineros (subrayado extratextual).

Al efecto, debe tenerse presente que el artículo 335 de la Constitución Política prevé:

“Artículo 335. Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”. (Subrayado extratextual).

Los artículos 1° y 3° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establecen por su parte:

“Artículo 1°. Estructura general. El sistema financiero y asegurador se encuentra conformado de la siguiente manera:

- a) Establecimientos de crédito;
- b) Sociedades de servicios financieros;
- c) Sociedades de capitalización;
- d) Entidades aseguradoras,
- e) Intermediarios de seguros y reaseguros.

Artículo 3°. Sociedades de servicios financieros.

1. Clases. Para los efectos del presente estatuto son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósito y las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen legal que regula su actividad.

2. Naturaleza. Las sociedades de servicios financieros tienen el carácter de instituciones financieras”.

Ahora, de acuerdo con los anteriores textos, la noción de servicios financieros y captación de recursos están indudablemente ligados al manejo, aprovechamiento e inversión de recursos, la cual, como lo señala la Constitución Política, solo puede ser adelantada por las entidades que hayan obtenido la respectiva autorización individual por parte de la Superintendencia respectiva, lo cual desconoce el proyecto de ley.

El artículo 9° del Proyecto de ley número 076 de 2012 Senado, señala:

“La inspección, vigilancia y control de los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, será ejercida por la Contraloría de la Entidad Territorial a la que pertenezcan, sin detrimento de la competencia y las responsabilidades que le asisten a los demás órganos de control del Estado.

Los Infis que capten excedentes de liquidez de entidades públicas tendrán vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia en las condiciones que reglamente el Gobierno Nacional”.

De acuerdo con este último inciso, los únicos Infis que estarían sometidos a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, serían los que capten excedentes de liquidez de las entidades territoriales. Es decir, que no lo estarían aquellos que aunque no capten este tipo de recursos, sí ofrezcan “servicios financieros”, como los fondos a través de los cuales se otorgarían créditos a personas públicas y privadas y capten dineros.

Es decir, que aunque ejercen la actividad financiera mediante la intermediación de recursos, para su creación y funcionamiento no se necesitaría de la autorización que exige el artículo 335 de la Constitución Política, lo cual se aparta por completo del texto constitucional.

Del examen de las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás disposiciones aplicables, se observa que la autorización de la Superintendencia Financiera involucra inclusive la constitución misma de la entidad (artículo 327, numeral 1, literal a)³. Es decir, que cualquier proyecto de ley que pretenda crear un nuevo tipo de entidad para adelantar actividad financiera, debe prever la previa autorización del Gobierno Nacional. Lo propio ocurre sí se trata de entidades ya existentes, a las cuales se busca dotar de la posibilidad de adelantar actividades financieras, caso en el cual se debe establecer la autorización de la Superintendencia Financiera, antes de iniciar operaciones de este tipo, so pena de incurrir en las conductas señaladas por el artículo 108 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

3 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículo 326 1. Funciones de aprobación u objeción para el funcionamiento de entidades: La Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) tendrá las siguientes funciones de aprobación u objeción: a) Autorizar la constitución y funcionamiento de las entidades vigiladas.

Una facultad no menos importante a la luz de la experiencia que arrojan las crisis financieras y las recomendaciones de regulación prudencial internacional, la constituyen la posibilidad de aplicar los institutos de salvamento y protección de la confianza pública en las entidades que adelantan las actividades financiera, bursátil, aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos, así como de toma de posesión y liquidación de entidades sometidas a la vigilancia del Estado, la cual no se incluye en el texto del articulado.

Sobre las facultades con las cuales debe contar el Estado para cumplir con el deber constitucional de preservar el orden público económico, ha dicho la Corte Constitucional:

“El artículo 335 de la Constitución establece que las actividades anteriormente referidas, esto es la financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, son de interés público, y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias. Por consiguiente, se trata de una intervención estatal reforzada, por tratarse de una actividad económica que compromete el interés público, razón por la cual la restricción de las libertades económicas son mayores y justificadas, y trae como consecuencia un incremento de los poderes de las entidades estatales en ejercicio de la función de policía administrativa. (...).

Las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, a las cuales se les reconoce constitucionalmente el carácter de interés público, sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado y de conformidad con la ley, toda vez que compromete la ecuación ahorro inversión que ocupa un papel trascendental en el desarrollo económico del país, por lo que la simple captación de los recursos del público debe estar sujeta a la intervención necesaria del Estado. La sujeción a la previa autorización del Estado de las actividades previstas en el artículo 335 de la Constitución, sujetas a un régimen de intervención estatal de carácter reforzado, encuentra su fundamento en que las mismas ‘comprometen el orden público económico y los intereses particulares de los usuarios, lo que exige garantizar la confianza en el sistema financiero. Además, por la importancia que reviste la actividad financiera dentro de un sistema de mercado, y por la necesidad de que sea prestada en forma permanente, continua, regular, general y en condiciones de igualdad para todos los usuarios, tal actividad ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Corporación, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como un servicio público’”.

Sobre las facultades de la Superintendencia Bancaria –hoy Financiera– señaló en la misma sentencia la Corte Constitucional:

“La actividad financiera y cualquiera otra relacionada con la captación de recursos de los inversionistas o ahorradores, está subordinada a un régimen estricto de intervención del Estado, en cabeza de entidades técnicas como la Superintendencia Financiera –antes Bancaria–, la cual en ejercicio de las funciones de policía administrativa, debe constantemente garantizar la confianza pública en su sistema de prestación de servicios. Así, la potestad sancionatoria de la Superintendencia Financiera –antes Bancaria– es manifestación de las funciones de policía administrativa para la preservación del orden público económico, y son expresión del control estatal reforzado exigido a la actividad económica por la Constitución. Al respecto esta Corte ha señalado:

La importancia de tales propósitos, relevantes desde el punto de vista del ordenamiento constitucional, justifica la asignación de potestad sancionadora a la Superintendencia Financiera, la cual debe ser suficiente y adecuada para cumplir los altos fines encomendados, de manera tal que el ente estatal pueda adoptar medidas eficaces para prevenir y sancionar las actuaciones de los agentes económicos o de las instituciones que los amenacen o lesionen, entre las cuales se cuenta la imposición de sanciones personales o institucionales.

De otra parte, la facultad preventiva –en uso del mismo poder– pretende emitir órdenes o instrucciones con el propósito de que se cesen prácticas ilegales “...no autorizadas o inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento cuando la Superintendencia considere que una entidad vigilada está violando sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura”. Las anteriores facultades se desarrollan a través de actos administrativos. En resumen, la Corte ha aceptado que “... la facultad sancionatoria de la administración se orienta a la propia protección de su organización y funcionamiento; en tanto que potestad propia de la administración necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines. Tal potestad permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos; y en esa medida constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas. Específicamente en relación con la facultad de la Superintendencia Bancaria –hoy Financiera– de determinar directivas y reglas y sancionar su incumplimiento se afirmó que “...la atribución en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia para expedir determinados reglamentos técnicos, lleva aparejada la de contar con la competencia para velar por el cumplimiento de aquellos, lo cual implica el adelantamiento de los correspondientes procedimientos administrati-

vos encaminados a imponer sanciones en caso de incumplimiento de los mismos.”(...).

Sobre este punto agrega la Corte Constitucional en la misma sentencia:

“Los anteriores postulados constitucionales y legales permiten que Colombia esté en sintonía con el Comité de Basilea de 1997, el cual señala los ‘Principios Básicos para una Supervisión Bancaria Eficaz (Los Principios Básicos de Basilea)’ dentro de los cuales encontramos la necesidad de que todo sistema eficaz de supervisión bancaria tenga atribuciones y objetivos claros para cada autoridad que participe en la supervisión de bancos. Estas autoridades deben contar con la independencia operativa, procesos transparentes, buen gobierno corporativo, recursos adecuados y ser responsable de sus funciones. Se hace énfasis en que cada Estado debe contar con un marco jurídico apropiado para la supervisión bancaria, con normas relativas a la autorización de instituciones bancarias a su supervisión constante, además de potestades que permitan asegurar el cumplimiento de la ley como la seguridad y la solidez del sistema financiero. Dentro de dicho marco jurídico deben definirse claramente las actividades que pueden desarrollar las entidades a operar como bancos y otras entidades sujetas a supervisión. El supervisor del sistema –en nuestro caso la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera– debe imponer a los bancos requerimientos mínimos de capital que reflejen los riesgos que estos asumen y debe definir los componentes del capital teniendo en cuenta la capacidad de estos para absorber pérdidas. Se indica que los supervisores deben tener potestad para imponer límites y/o exigencias de capital específicos para las exposiciones al riesgo de mercado, cuando esté justificado. Se establece, de manera concreta, respecto a la actividad de supervisión, que debe ser un sistema eficaz que exige que el supervisor desarrolle y mantenga un profundo conocimiento sobre las operaciones de los bancos por separado y de los grupos bancarios, así como del sistema bancario en su conjunto, centrándose en la seguridad y solidez y en la estabilidad del sistema bancario. Pues bien, los supervisores deben contar con los medios necesarios para obtener, revisar y analizar los informes prudenciales y estadísticos de los bancos, tanto a título individual como en base consolidada, y aplicar medidas correctivas oportunas. Los principios básicos de Basilea han sido tomados en consideración por la jurisprudencia constitucional”⁴. (Subrayado extratextual).

Como se mencionaba anteriormente, los principios básicos de Basilea establecen que las autoridades encargadas de adelantar la supervisión de las actividades señaladas en el artículo 335 de la Constitución Política, deben contar con facultades para utilizar los llamados mecanismos de resolución de entidades, entre ellas, la liquidación forzosa administrativa, cuya naturaleza, según el

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es la siguiente:

“**Artículo 293.** *Naturaleza y normas aplicables a la liquidación forzosa administrativa.*

1. *Naturaleza y objeto del proceso.* El proceso de liquidación forzosa administrativa de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria es un proceso concursal y universal, tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos, preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos”.

Al respecto señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-248 de 1994. M. P. Fabio Morón Díaz:

“Es evidente que el proceso administrativo de liquidación forzosa de una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria, es un proceso concursal y universal, que tiene por finalidad legal especial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido de los pasivos externos a cargo de la respectiva entidad, hasta la concurrencia de sus activos; este procedimiento se basa en el principio racional de justicia que exige la igualdad entre los acreedores, sin perjuicio de las disposiciones que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos. Sin duda alguna, se trata de una modalidad fluida de control y de resolución de situaciones críticas de contenido económico de especial atención para el Derecho Público, y de extrema gravedad, que no pueden dejarse bajo el régimen ordinario de los concursos entre comerciantes, pues, naturalmente, su régimen es y debe corresponder a un estatuto legal especial, pero existe una remisión al C.C.A. cuando se dice que ‘Los procesos de liquidación forzosa administrativa de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria serán adelantados por los liquidadores y se regirán en primer término por sus disposiciones especiales.

Se trata, por esta vía extrema, de solucionar con carácter definitivo los vínculos económicos resultantes entre los activos de una entidad que capta recursos provenientes del ahorro público o privado y los acreedores de la misma, siempre que las actividades de la primera queden comprendidas en las específicas hipótesis que dan lugar a la toma de posesión, con fines de liquidación, previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; con ello se quiere desatar una situación de crisis, que obliga a tomar posesión de la entidad y a desplazar a sus administradores e inclusive a los propietarios de la misma para impedir los efectos masivos y generalizables de la situación anormal”.

A lo anterior se debe agregar que la supervisión por parte de la Superintendencia Financiera a los Infis, debe estar respaldada con las facultades que se derivan de tal responsabilidad, máxime si se tiene en cuenta que para efectos de la confianza del público en la intermediación financiera, esta se puede ver afectada en caso de que alguno de es-

⁴ Corte Constitucional Sentencias C-860 de 2006, SU-157 de 1999, C-326 de 2000 y C-851 de 2005.

tos entes enfrente dificultades que le impidan por ejemplo, cumplir con el pago de sus obligaciones.

En efecto, no puede perderse de vista que el hecho de que la Superintendencia Financiera vigile a los Infis, contribuye a formar la percepción en el sentido que estos pertenecen al sector financiero, y en tal medida se configuran riesgos como el de contagio y sistémico, los cuales pueden afectar gravemente el orden público económico y la confianza en las actividades financieras, aseguradora, bursátil y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

3. Facultad del Congreso para intervenir en la actividad financiera

El proyecto de ley que nos ocupa es de iniciativa parlamentaria, (070 de Cámara, 076 de Senado) al tiempo que, como se señalaba en apartes anteriores, prevé un nuevo tipo de entidad, los cuales podrían adelantar operaciones propias de entidades financieras.

Sobre la facultad de intervención del Congreso de la República en la actividad financiera, se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-041 de 2006 en el siguiente sentido:

“En relación con las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, así como respecto de las entidades cooperativas y sociedades comerciales, la Constitución ha dispuesto un reparto de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República, reparto según el cual aquel regula tales actividades por la vía de las leyes marco, señala las pautas y criterios generales a los cuales debe sujetarse la actividad del Gobierno en estas materias.^[2] A esta distribución de funciones se refiere particularmente el numeral 24 del artículo 189 superior, según el cual, al Presidente de la República corresponde ‘ejercer, de acuerdo con la ley’ dichas inspección, vigilancia y control de dichas actividades, e intervenir en las mismas de acuerdo con la ley, según así lo prescribe el numeral 25 del mismo artículo 189 Superior.

En punto a la operatividad del sistema de distribución de competencias, la jurisprudencia ha dicho que ‘la diferencia entre lo que atañe al Congreso y al Gobierno, a la luz de los mencionados preceptos superiores (artículo 150, numeral 19, literal d), y 335 C. P.), no está señalada a partir de una discriminación por materias. No. Se trata de los mismos asuntos –la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público–, pero la competencia está repartida entre el legislador y el Ejecutivo, según el momento en que obre cada uno respecto de los temas en cuestión: la fijación de políticas, orientaciones y criterios, en términos generales y abstractos, es del resorte exclusivo del Congreso; la concreción, en normas o medidas específicas, fundadas en la ley pero limitadas por el marco de la misma, está en cabeza del Gobierno...’^[3]

Ha hecho ver también la Corte como este sistema de competencias compartidas impide al legislativo invadir la esfera de acción del Ejecutivo y viceversa, de manera que ‘... si el Congreso, en tales temas, deja de lado su función rectora y general para entrar de lleno a establecer aquellas normas que debería plasmar el Ejecutivo con la ya anotada flexibilidad, de manera que no quede para la actuación administrativa campo alguno, en razón de haberse ocupado ya por el precepto legal, invade un ámbito que no le es propio –el del Presidente de la República– y, por tanto, vulnera no sólo el artículo 150, numeral 19 de la Constitución sino el 113, a cuyo tenor los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pese a la colaboración armónica entre ellos...’^[4] (Subrayado extratextual).

La explicación de este particular sistema de reparto de competencias para llevar a cabo la intervención, vigilancia y control de las actividades a que se refieren los artículos 335 y concordantes de la Constitución, radica en el carácter técnico-administrativo común a tales actividades, que implican fenómenos económicos ‘que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública’.^[5]

Los anteriores criterios, ha dicho la Corte, son importantes a la hora de examinar la constitucionalidad de aquellas disposiciones legales que pretendan establecer reglas relativas a las actividades financieras, bursátil, aseguradora, o cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, pues tales leyes, por su naturaleza, deben limitarse a contemplar el marco al que tenga que ajustarse el Gobierno al regular estos asuntos”.

En la Sentencia C-675 de 1998 de la Corte Constitucional puede leerse además:

“En relación con las competencias interventoras en la aludida materia se pronunció la Corte en la Sentencia C-021/9 M. P. Antonio Barrera Carbonell, en los siguientes términos:

‘La capacidad de intervención del gobierno en las actividades financieras, bursátil y aseguradora o en cualquier otra actividad que cumplan organismos públicos o privados en el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, está autorizada por el ordinal d), numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política y ratificada por el numeral 25 del artículo 189 de la misma Carta. El ejercicio de esta función está condicionado a la voluntad del Legislador, en la medida en que este debe instruir al Ejecutivo para ejercer la atribución, señalándole, mediante una ley marco, orientaciones y lineamientos a los cuales debe atenerse en su función interventora’.

‘El artículo 335 de la Carta, que hace parte del Título XII sobre el Régimen Económico y la Hacienda Pública, cataloga las actividades a que se

refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, de 'interés público' y somete a la ley, como se ha visto, 'la forma de intervención del Gobierno en estas materias'.

'La intervención del gobierno en las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y demás que tengan que ver con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público busca que aquellas se cumplan en concordancia con el interés público; que se tutelén los intereses de los usuarios que acuden a los servicios de las entidades que los ofrecen; que se ofrezcan, en general, condiciones patrimoniales y de manejo institucional que garanticen adecuadas condiciones de seguridad y transparencia en el manejo de los recursos de los ahorradores, depositarios y asegurado'.

'Los instrumentos de intervención comprenden todos los mecanismos que permiten manejar el ejercicio de las referidas actividades, fijar el plazo de las operaciones, señalar las garantías aplicables a cada operación en particular, establecer el margen de solvencia y el patrimonio técnico mínimo de la entidad o entidades objeto de intervención, en resumen, emplear los mecanismos de regulación adecuados que posibiliten una acción prudencial de los referidos organismos, de manera que las operaciones autorizadas se realicen con sujeción a su propia naturaleza y al objeto principal reconocido a la respectiva entidad'.

Los anteriores textos no dejan duda sobre los diferentes alcances que tiene la intervención del legislativo en la economía, según el tipo de actividad de que se trate, pues sus facultades son más restringidas respecto de ciertas actividades, de tal forma que, por ejemplo, para el caso de la actividad financiera, aseguradora, bursátil y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, esta solo se podrá adelantar a través de una ley marco, la cual, por su propia naturaleza, tiene importantes limitaciones para el legislador.

En efecto, en Sentencia C-955 de 2000, la Corte Constitucional se pronunció en el siguiente sentido sobre las particularidades de una ley marco, naturaleza que forzosamente le corresponde a una ley de intervención en la actividad financiera:

"Esta Corporación, en torno a las características de las leyes marco, ha advertido:

1°. El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del ejecutivo al desarrollar la materia que constituye su objeto. (Subrayado extratextual).

2°. Estas leyes limitan la función legislativa del Congreso en cuanto que dicho poder se contrae a trazar las normas generales, a enunciar los principios generales y a dar las orientaciones globales a que debe ceñirse el ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas en los campos específicos de la actividad estatal que constitucionalmente se reservan a esta clase de estatutos normativos; de ahí que su materia escape a la regulación de la ley ordinaria. (Subrayado extratextual).

3°. Para expedirlas o modificarlas se requiere de iniciativa gubernamental, si bien el legislativo decide autónomamente sobre su contenido. (Subrayado extratextual).

4°. En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta.

5°. Revisadas las materias que la reforma de 1968 reservó a este tipo de leyes, como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo; a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.

6°. Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o 'marcos' dados por el legislador en la respectiva ley". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-465 del 16 de julio de 1992. M. P.: Doctor *Ciro Angarita Barón*).

Insiste la Corte en que mediante las leyes denominadas "marco" el Congreso debe limitarse a expedir las normas generales, objetivos y criterios a los que habrá de sujetarse el Gobierno para regular, de manera concreta, mediante decretos, las materias previstas en el numeral 19 del artículo 150 de la Constitución.

No puede el legislador sustituir al Ejecutivo en el desempeño de la función que a este corresponde, y por tanto las normas específicas, de tipo administrativo, contenidas en la ley, que deberían haberse dejado a la determinación del Presidente de la República, son inconstitucionales.

Por lo anterior, el proyecto de ley se encuentra viciado de inconstitucionalidad, pues para su legítimo trámite en el Congreso, debe ser de iniciativa del Gobierno, o contar con su aval, lo cual no ocurre.

Se encuentra de otra parte, que con el proyecto de ley de la referencia, quedarían sin vigencia disposiciones legales expedidas con ocasión de la crisis territorial que tuvo igualmente lugar a finales de los años 90 y que se justifican a toda luz en la actualidad, como por ejemplo, el artículo 14 de la Ley 617 de 2000 el cual prevé:

"Artículo 14. Prohibición de transferencias y liquidación de empresas ineficientes. Prohibase al sector central, departamental, distrital o municipal efectuar transferencias a las empresas de licores, a las loterías, y a las instituciones de naturaleza financiera de propiedad de las entidades territoriales o con participación mayoritaria de ellas, distintas de las ordenadas por la ley o de las necesarias para la constitución de ellas y efectuar aportes o créditos, directos o indirectos bajo cualquier modalidad.

Cuando una Empresa Industrial y Comercial del Estado o sociedad de economía mixta, de

aquellas a que se refiere el presente artículo genere pérdidas durante tres (3) años seguidos, se presume de pleno derecho que no es viable y deberá liquidarse o enajenarse la participación estatal en ella, en ese caso sólo procederán las transferencias, aportes o créditos necesarios para la liquidación”.

En efecto, en la medida en que el proyecto de ley prevé que dentro de los recursos de los Infis se encuentran los que destinen al efecto la Nación, las entidades territoriales entre otros, la anterior disposición quedaría sin efecto.

Lo mismo ocurriría con el artículo 34 siguiente, el cual prohíbe a los diputados:

“3. Ser miembro de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo”.

Lo anterior, en razón a que el proyecto señala respecto que la conformación de las Juntas Directivas de los Infis, simplemente que esta será la que dispongan los estatutos, desconociendo los principios de buen gobierno, entre ellas, la de evitar situaciones generadoras de conflicto de interés, como la derivada del hecho que un miembro del cuerpo colegiado que toma importantes decisiones sobre las finanzas del departamento pueda ser al tiempo miembro de la junta del INFI que puede otorgarle crédito a dicha entidad territorial o administrar los excedentes de liquidez.

Otra norma de la Ley 819 de 2003, expedida a raíz de situaciones que llevaron a la crisis territorial mencionada y que quedaría sin efecto, son los artículos 18 y 21, los cuales prevé: respectivamente:

“Artículo 18. Límite a la realización de créditos cruzados. Los Institutos de Fomento y Desarrollo o las instituciones financieras de propiedad de las entidades territoriales podrán realizar operaciones activas de crédito con las entidades territoriales siempre y cuando lo hagan bajo los mismos parámetros que rigen para las entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria”.

“Artículo 21. Condiciones de crédito. Las instituciones financieras y los Institutos de Fomento y Desarrollo Territorial para otorgar créditos a las entidades territoriales, exigirán el cumplimiento de las condiciones y límites que establecen la Ley 358 de 1997, la Ley 617 de 2000 y la presente ley. Los créditos concedidos a partir de la vigencia de la presente ley, en infracción de lo dispuesto, no tendrán validez y las entidades territoriales beneficiarias procederán a su cancelación mediante devolución del capital, quedando prohibido el pago de intereses y demás cargos financieros al acreedor. Mientras no se produzca la cancelación se aplicarán las restricciones establecidas en la presente ley”.

Por lo anterior, el proyecto de ley no se ajusta a las políticas y leyes sobre banca pública y naturaleza y funciones de los entes territoriales previstos en la Constitución Política.

4. Experiencia de Banca Pública Territorial en España

Resulta importante traer a colación, el caso de España, en la cual la banca pública territorial tiene un importante papel a través de las cajas de ahorro, entidades que se asimilan a las INFIS en varios aspectos.

4.1 Generalidades

Las Cajas de Ahorro hacen parte de la estructura del sistema financiera español, específicamente como intermediarios financieros bancarios (junto con el Banco Central Europeo, los Bancos Comerciales, las Cooperativas de Crédito, el Banco de Crédito Oficial (I.C.O.) y las Entidades de Dinero Electrónico (E.D.E.)).

En el siglo XIX nace la primera caja de ahorro en España. En su inicio eran entidades benéficas definiéndose posteriormente como sociales, para pasar a ser, hoy en día, básicamente entidades financieras. Se ubican en segundo lugar de importancia después de los bancos por su capacidad de movilización. En este momento se les atribuye responsabilidad en buena parte de la crisis en el sector financiero que se presenta en España, según los economistas de dicho país.

La dirección de las Cajas se conforma por una alianza entre los representantes del Estado –ayuntamientos, comunidades autónomas–, los trabajadores de la propia entidad mediante la representación sindical - y los propios impositores (ahorradores), elegidos en asambleas.

Las características principales son:

- No tienen ánimo de lucro.
- Su naturaleza es benéfico-social.
- Adelantan operaciones similares a las de los bancos.
- No existe capital social, por lo que este no puede ser ampliado, lo cual limita su expansión o crecimiento.
- Recurren a las cuotas participativas para conformar su patrimonio.
- Tienen fuerte protagonismo de las Comunidades Autónomas.⁵

Los Órganos de Gobierno de las cajas son:

- Asamblea General el cual es el órgano máximo de gobierno y decisión. Sus miembros son elegidos para periodos de 4 a 6 años, con posibilidad de reelección sin que supere 12 años.
- Consejo de Administración, tiene a su cargo la administración y gestión de las actividades de la entidad incluida la obra benéfico-social. Sus miembros son elegidos para periodos de 4 a 6 años, con posibilidad de reelección sin que supere 12 años.
- Comisión de Control, tiene como finalidad la supervisión de la gestión y administración realizada por el Consejo.

⁵ Una comunidad autónoma es una entidad territorial que, dentro del ordenamiento constitucional de España, está dotada de autonomía legislativa y competencias ejecutivas, así como de la facultad de administrarse mediante sus propios representantes.

Las Cajas no tienen accionistas, se deben a la sociedad, obtienen sus beneficios de la actividad bancaria normal y de su política de inversiones, tienen obligaciones claras de apoyar actividades de utilidad pública y apoyar con su crédito a las empresas pequeñas y medianas.

Como se observa, son múltiples las similitudes con los Institutos Financieros de Fomento y Desarrollo (INFIS), especialmente en la participación del gobierno local en la conformación de sus órganos de gobierno y control.

4.2 Papel de las Cajas Populares en la crisis de España

De acuerdo con el analista P. García Bilbao⁶⁶, la dinámica de la crisis se puede describir de la siguiente manera: la división administrativa y política del territorio español en comunidades autónomas, creó nuevos centros de poder político y las Cajas pasaron a tener un peso importante en esos nuevos escenarios. La sociedad democrática tenía a su disposición un sistema bancario público alternativo, mucho más cercano al territorio y a la gente que el de las grandes estructuras bancarias nacionales privadas.

Esta unión de intereses locales, llevó a las Cajas de Ahorro a una posición privilegiada en la era de los bajos precios del suelo fruto de la liberalización⁷⁷. Con anterioridad, las grandes constructoras estaban unidas entre sí, con los grandes bancos nacionales privados y el poder central al tiempo que no tenían problemas de liquidez. Sin embargo, al implementarse el nuevo modelo territorial, el cual permitió la proliferación de nuevos participantes tales como los empresarios locales, emprendedores de todo tipo, políticos locales, concejales, alcaldes, gobiernos regionales, aunados a las necesidades de los ciudadanos, permitió que se iniciara una carrera por adquirir tierra y situarse en una posición que permitiera lograr una parte de los grandes beneficios derivados de los precios bajos del suelo.

Así las cosas, las grandes constructoras encontraron competidores en los medianos y pequeños constructores apalancados por las Cajas de Ahorro las cuales, en varios casos, por decisiones políticas financiaron grandes proyectos inmobiliarios con dinero proveniente del ahorro de los ciudadanos, o con dinero destinado a la inversión industrial local que hasta entonces caracterizaba las captaciones de las Cajas.

Esta situación llevó a las Cajas a retirar el flujo de crédito que venía dando a las familias y al sector productivo real, para comenzar a emplear los recursos financieros propios hacia otro tipo de operaciones.

Se creó una burbuja inmobiliaria que empezó a crecer; el resultado fue una gigantesca oferta de vivienda construida sin demanda. Las grandes constructoras mantenían altos los precios porque

podían permitírselo. Las pequeñas y medianas que contaban con el apoyo público de las Cajas Populares también lo hicieron. Sin embargo, los ciudadanos empezaron a tener problemas para lograr crédito e hipotecas, a sufrir recortes en sus salarios o enfrentaron la amenaza constante del desempleo, por lo que la demanda efectiva se deprimió. Esto, sumado a un número realmente gigantesco de vivienda nueva, llevó a que las empresas constructoras comenzaran a tener problemas de liquidez.

En el contexto descrito, se incubó una crisis que derivó en un colapso del crédito; quienes habían logrado capital para invertir gracias a que las Cajas asumieron riesgos por encima de sus posibilidades, comenzaron a tener problemas para pagar sus obligaciones. Las Cajas de Ahorro que sobrepasaron los límites de riesgo se encontraron amenazadas.

A pesar de múltiples medidas adoptadas, tales como las “fusiones frías” que derivaron en la creación de Bankia, con una inyección importante de recursos públicos, el Gobierno continúa aun buscando salida a la crisis de las cajas de ahorro.

El ejemplo de las Cajas de Ahorro de España tiene pertinencia, ya que fue claro el papel que jugaron los intereses de personas vinculadas a las entidades territoriales que contaban con la mayoría necesaria en las Asambleas de las cajas para tomar decisiones que terminaron afectando la situación financiera de estas, con un alto costo para toda la sociedad española.

En palabras del doctor José Ángel Moreno Izquierdo:

“Creo que los abrumadores resultados del gobierno de las cajas son efecto de ese mismo fenómeno, y no de ninguna incapacidad técnica de los sistemas participativos para consolidar estructuras de gobierno institucional eficaces. Los esquemas de gobierno corporativo de las cajas no han funcionado (es decir, han funcionado rematadamente mal) no por ser participativos, plurales y, en alguna medida, democráticos, sino por serlo sólo formalmente y no en la realidad: por dejarse cooptar, dominar y manipular por los intereses de las administraciones políticas en ellos presentes, a su vez contaminadas por empresarios corruptores que han concertado con aquellas alianzas verdaderamente mafiosas para un enriquecimiento inverosímil y depredador, y porque han partido de un mal diseño inicial, en el que el legislador no estableció las necesarias barreras para que eso (fenómeno perfectamente previsible) no sucediera. A la postre, se trata de un problema motivado no por una pretendida democratización, sino justamente por lo contrario: por la asfixia y la prostitución del espíritu inicialmente participativo e independiente de las cajas.

No estamos, por tanto, ante la refutación de ese axioma básico de la RSE avanzada antes comentado, sino más bien ante una más de las demostraciones prácticas que permiten sostenerlo: si el gobierno de la empresa no es realmente –en la práctica y no sólo formalmente– participativo y representativo de los grupos de interés esenciales, la empresa no actuará de forma realmente respon-

66 GARCÍA BILBAO P. “La crisis, las cajas de ahorro y la lucha de clases”, página web del PCE marzo 24 de 2011.

77 Ley 6ª de 1998 de liberalización del suelo: convierte a todo el suelo, por decreto, en suelo urbanizable, excepto el sometido a especial protección.

sable. Si además el sistema de gobierno está presidido por intereses que ven a la empresa como una jugosa fruta que –por finalidades políticas o económicas– hay que exprimir cuanto antes, la empresa acabará, tarde o temprano, deslizándose hacia estrategias de irracionalidad económica y social crecientes. Concluyo. La crisis de las cajas de ahorros españolas está siendo un episodio lamentable, que tendrá repercusiones serias en el acceso a la financiación de particulares y Pymes, que supondrá un recorte drástico en la disponibilidad de recursos para la acción social (con efectos particularmente nocivos en la situación de crisis actual), que tendrá un coste altísimo que pagarán todos los ciudadanos (y no precisamente de forma proporcional a sus ingresos) y que conducirá (ya lo está haciendo) a un salto cualitativo en el nivel de concentración del cada vez más oligopólico sistema financiero nacional. Pero no rebato la convicción que muchos compartimos de que sólo cuando los sistemas de gobierno corporativo empiecen a hacerse realmente participativos la empresa avanzará hacia niveles de auténtica responsabilidad social: es decir, hacia su paulatina transformación en un agente realmente constructor de bienestar social y de sostenibilidad”.⁸

Es necesario tener presente otro aspecto importante de lo ocurrido con las Cajas de Ahorro en España: la inexistencia de socios dispuestos a incrementar capital en las crisis hace más vulnerables a entidades como los INFIS, los cuales, de acuerdo con la ley vigente, no pueden ser objeto de capitalización por parte de las entidades territoriales.

También se debe tener presente que la concentración, tanto de cartera con montos de créditos bastante por arriba del promedio y en pocos deudores, como de la captación de capitales importantes en pocos ahorradores, puede llevar a una entidad en cualquier momento a problemas de liquidez.

Eventos como los problemas que afronta actualmente el Instituto Financiero Territorial de Antioquia, IDEA, demuestran que las circunstancias que derivaron en la crisis de las cajas de ahorros españolas pueden tener lugar en el país en el sentido que las decisiones de los órganos de gobierno de los INFIS pueden verse influidas por presiones políticas o de los empresarios locales. En España, la magnitud del problema obedece a que las cajas de ahorros captaban recursos del público, como pretenden hacerlo los INFIS con el proyecto de ley que nos ocupa.

De aprobarse el proyecto de ley materia de estudio, en el sentido que los INFIS puedan captar recursos del público en general y no sólo los excedentes de liquidez de las entidades territoriales –y ello, en especiales circunstancias– el costo de cualquier situación por la que estos atravesasen provocaría el mismo efecto, ya que se encontraría en peligro la confianza del público en la actividad financiera, la cual, de acuerdo con la Constitución Política debe ser objeto de especial protección. En

efecto, en este evento, es claro que la Nación se verá obligada a emplear recursos para la intervención de las entidades en problemas, afectando la disponibilidad de recursos que deberían destinarse a los fines de inversión social como educación, salud, seguridad social, etc.

5. Control y vigilancia

De acuerdo con el proyecto de ley, las entidades encargadas de la inspección, vigilancia y control de los INFIS serían las Contralorías Departamentales, salvo los casos de los INFIS que capten excedentes de liquidez de las entidades públicas, los cuales serían vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia. Se señala que esta disposición desconoce el derecho a la igualdad previsto en la Constitución Política, desde varios puntos de vista, al tiempo que resulta inconveniente a todas luces.

Para explicar el punto, debe tenerse presente en primer lugar que el proyecto de ley señala que los INFIS pueden captar recursos en general. Sin embargo, en el artículo 13 se señala que pueden ser sujeto de los servicios de los INFIS, los siguientes:

- Las entidades públicas del orden nacional y territorial, especialmente las que se detallan a continuación.

- La Nación, sus entidades descentralizadas y las Entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial, de que trata el artículo 40 de la Ley 489 de 1998.

- Los entes territoriales definidos en la Constitución y la ley, y sus entidades descentralizadas.

- Las organizaciones cooperativas creadas por dichos entes territoriales y sus entidades descentralizadas.

- Las áreas metropolitanas.

- Las asociaciones de municipios.

- Las entidades a que se refiere el Decreto número 1333 de 1986 que pertenezcan a los mencionados entes territoriales.

- Las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios sean públicas o privadas.

- Las entidades sin ánimo de lucro que desempeñen funciones públicas.

- Las demás personas jurídicas de derecho privado que presten servicios públicos o que ejecuten obras o proyectos de especial importancia para el desarrollo de los municipios. Entidades nacionales y extranjeras, sean públicas o privadas, que presten servicios públicos o que tiendan a satisfacer necesidades básicas de la comunidad en el territorio colombiano.

- Patrimonios autónomos constituidos para desarrollar proyectos de vivienda de interés social y para la prestación de servicios públicos de salud, educación, energía, agua potable y saneamiento básico, administrados por entidades fiduciarias.

Se resalta al respecto, que los depositantes de este tipo de entidades deben disfrutar del mismo derecho que detentan los depositantes, clientes y usuarios de las entidades financieras autorizadas, en el sentido de contar con inspección, vigilancia

8 MORENO Izquierdo, José Ángel “Cajas de Ahorro, Gobierno Corporativo y RSE”; Diario *Responsable*, 12 de julio de 2012.

y control desempeñados por una entidad técnica, con conocimientos y habilidades específicas para supervisar actividades financieras como lo es la Superintendencia Financiera, además del marco de regulación prudencial que a lo largo de años de experiencia han desarrollado tanto el Gobierno Nacional como la propia entidad de vigilancia.

Sobre la igualdad que debe regir entre ahorradores, con independencia de la naturaleza jurídica de la entidad receptora de los recursos, señaló el Consejo de Estado en Fallo 11001-03-24-000-2003-00057-01 del 22 de junio de 2006, mediante el cual se resolvió una demanda de nulidad contra varios decretos que establecían la obligación de mantener un fondo de liquidez y las condiciones del mismo a los fondos de empelados y las asociaciones mutuales:

“De modo que en virtud de esa forzosa remisión al no existir precepto que regule el tema en la regulación especial de los fondos de empleados, cabe leer el citado párrafo en el sentido de que ‘Las Cooperativas de Ahorro y Crédito y las Cooperativas Multiactivas con sección de ahorro y crédito (y los fondos de empleados), deberán constituir y mantener un fondo de liquidez cuyo monto, características y demás elementos necesarios para su funcionamiento serán determinados por el Gobierno Nacional’; ya que por efecto de la misma deben entenderse incluidos en esta norma los referidos fondos, pues los ahorradores de los fondos de empleados tienen tanto derecho a contar con ese mecanismo de protección como los de las Cooperativas de Ahorro y Crédito o las multiactivas o integrales con secciones de ahorro y crédito. (Subrayado extratextual).

De modo que considerada su actividad tanto en forma genérica, es decir, en tanto actividad económica de particulares, como de forma específica, actividad financiera, que lo es independientemente de que lo haga como entidad de economía solidaria, toda la normativa precedentemente comentada le es pertinente y por ello aplicable, luego el decreto no es otra cosa que un desarrollo de la misma en cuanto a las entidades en él señaladas”. (Subrayado extratextual).

Por otra parte, el derecho de igualdad de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, y de otras públicas vigiladas por las Contralorías departamentales se ve vulnerado si se tiene en cuenta que estas están obligadas a pagar una contribución a la entidad de supervisión, la cual se ha definido como una tasa por el servicio de vigilancia destinada sufragar los gastos de estas entidades. De allí que si los INFIS van a recibir este servicio, deben contribuir en igualdad de condiciones como lo hacen las demás instituciones. De hecho, la Superintendencia Financiera vigila una serie de entidades con participación de entidades públicas en su patrimonio, que prestan importantes servicios a la comunidad, como por ejemplo el Banco Agrario, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafín), y el propio Banco de la República, entre otros.

Es de resaltar que el evento en que los Infis sean vigilados por la Superintendencia Financiera, de no cancelar la tasa que les corresponde por el servicio prestado, ocurriría que este debe ser asumido por las otras entidades sometidas a la vigilancia de la entidad de control.

Desde el punto de vista de operaciones permitidas, también se vulnera del derecho a la igualdad. En efecto, la gama tan amplia de operaciones que se describen en el punto 1 del presente escrito, llevaría a un nuevo tipo de entidad financiera que no existe en nuestro ordenamiento actual, y cuya adopción resulta desaconsejable a la luz del esquema matriz-filial recogido por la legislación. En efecto, se observa que de acuerdo con el proyecto, los Infis podrían adelantar operaciones propias de entidades fiduciarias, compañías de factoring, corporaciones financieras y establecimientos de crédito, bajo un mismo techo, y no a través de filiales como ocurre con el sistema financiero en general, en el cual, por ejemplo, las sociedades fiduciarias pueden ser filiales de bancos comerciales, los cuales no pueden adelantar las operaciones propias de estas.

En la exposición de motivos de la Ley 45 de 1990, por medio de la cual se estableció este esquema de estructura de servicios financieros puede leerse:

“Se opta por un sistema de filiales, bajo el entendido de que este constituye el mecanismo ideal para aislar a los bancos y en última instancia a sus depositantes, de los mayores riesgos que puede implicar el ejercicio de nuevas actividades financieras. Y se busca aislar a los bancos de las actividades de sus filiales, permitiéndoles al propio tiempo expandir sus actividades a nuevas operaciones, aumentando su rentabilidad y competitividad, pero limitándoles posibles pérdidas”.

De acuerdo con el doctor Sergio Clavijo;⁹

“A los reguladores del momento les pareció fundamental estar en guardia frente a tres problemas asociados con la banca universal (plena):

1. Posibles conflictos de intereses entre los propietarios del sector financiero y los del sector real. En efecto, los propietarios, amparados bajo la sombra de la multibanca, podían llegar a tomar posiciones de beneficio propio al invertir en las diferentes firmas del sector productivo, hecho que estaba relacionado con el conocido problema de la ubicación óptima de la llamada ‘muralla china’ (firewall).

2. Limitar el riesgo de contagio que surgía cuando las operaciones bancarias y no bancarias se entrelazaban directamente, para lo cual se recurrió a interponer la figura de filiales. Los reguladores eran conscientes que este riesgo no se controlaba totalmente, pues subsistían serios problemas cuando la matriz de operaciones era de tipo no bancario y se operaba bajo el manto del Grupo Económico. La idea en su momento era que estas conexiones se dieran preferencialmente bajo

⁹ CLAVIJO, Sergio “Hacia la multibanca en Colombia: retos y retazos financieros”. Banco de la República, junio de 2000.

el esquema de holding financiero, lo cual solo se implementó en algunos casos.

3. Evitar los problemas de piramidación del capital, que se habían hecho evidentes durante la crisis de principios de los años ochenta. Se estableció entonces que la evaluación de la solvencia del sistema se haría a través de la consolidación de los balances. Sin embargo, la regulación y la información requerida solo se han venido a depurar recientemente y en muchos casos cumple tan solo propósitos formales. Los organismos de control del Estado en realidad requieren de una mejor dotación y organización, en línea con lo aprobado en la Ley 510 de 1999, antes de poder llevar a feliz término esta tarea, que es en extremo compleja”.

De allí que la estructura del sistema financiero del país no permita que los bancos comerciales, los cuales constituyen hoy por hoy el establecimiento de crédito con la gama más amplia de operaciones permitidas, ofrezcan servicios fiduciarios, aseguren riesgos, brinden servicios de asistencia técnica, administren toda clase de bienes o hagan promoción y gestión de proyectos.

Por el contrario, este tipo de entidades puede ofrecer estos servicios a sus clientes a través de filiales como sociedades fiduciarias, corporaciones financieras, compañías de factoring, etc., de tal forma que cada banco matriz debe contar con un capital pagado de por lo menos setenta mil millones de pesos, a precio de 2012, además de aquellos que se le exigen a las respectivas filiales.

En el caso de los INFIS, se exige un capital de once mil millones pesos para aquellos que se constituyan después de la entrada en vigencia de la norma, al tiempo que no se prevé que los institutos que vienen funcionando deban pagarlo.

De allí surge la vulneración al derecho a la igualdad, al tiempo que los riesgos que busca diversificar y controlar la regulación prudencial se ven reunidos en un solo tipo de entidad, la cual carecería además del marco regulatorio y de supervisión adecuados.

Por las consideraciones expuestas, esta Cartera resalta la inconveniencia del presente proyecto de ley.

Desde el punto de vista de las entidades territoriales

Se debe tener en cuenta que el presente proyecto busca otorgar mayor autonomía a los Gerentes de los INFIS, respecto de las autoridades departamentales y municipales, de tal modo que estos institutos puedan ampliar sus operaciones de intermediación financiera minimizando la injerencia de las Entidades Territoriales. Ello implica un alto riesgo para la sostenibilidad fiscal territorial, por cuanto se fortalecería una banca pública regional manejada por sus directivos con amplia autonomía, respecto de las autoridades regionales y locales.

El presente proyecto de ley reconoce que uno de los principales problemas de los INFIS es el alto riesgo moral de su gobierno corporativo. Sus dueños (las Entidades Territoriales), son al mismo tiempo sus principales clientes tanto en materia de

captación como de colocación. Sin embargo, para superar este problema se plantea una propuesta que implica un riesgo moral aún mayor: institucionalizar en el país un esquema de banca pública territorial autorizada por una ley de la República, para ampliar sus operaciones financieras por la vía de una regulación especial, más laxa que la aplicable a las demás entidades financieras del país, en el cual el papel de las Entidades Territoriales se limitaría a crearlas, capitalizarlas, y asumir sus pasivos en caso de quiebra.

De esta forma, el ordenamiento legal que fomenta la descentralización por servicios a nivel territorial, sería utilizado para aumentar la prestación de servicios financieros distintos al cumplimiento de las competencias constitucionales, y legales de las entidades territoriales en un entorno de alto riesgo moral, en el cual los directivos de los INFIS, tendrían amplia autonomía legal sobre las autoridades departamentales y municipales para realizar una extensa gama de operaciones de intermediación financiera.

En otras palabras el presente proyecto de ley implica un riesgo moral alto para las finanzas territoriales, por cuanto las ya mencionadas entidades territoriales quedarían muy limitadas para controlar los concejos directivos y gerentes de los INFIS pero tendrían la obligación de asumir sus pasivos cuando estos entren en situaciones de bancarrota. Las leyes de responsabilidad fiscal vigentes buscan justamente lo contrario: promover mayores y mejores controles por parte de las autoridades departamentales y municipales sobre los INFIS, de tal modo que los que sean los directivos de estos institutos actúen de una manera más responsable y con una agenda con los planes territoriales y nacionales de desarrollo.

Sin duda es necesario mejorar el control y vigilancia de los INFIS, en los aspectos antes mencionados, sin embargo, no es necesario crear un régimen legal especial. Mediante decretos reglamentarios de las leyes vigentes sobre responsabilidad fiscal y regulación financiera, el Gobierno podría tomar medidas al respecto, así mismo que todos estos institutos que captan excedentes de liquidez de las entidades territoriales y sus EDS, adopten parámetros de gestión de riesgos financieros, calificación y provisión de cartera crediticia que para tal fin determine la ya mencionada Superintendencia Financiera, de lo cual ya existen antecedentes por cuanto mediante Decreto número 2303 de 2004 se prohíbe a los INFIS captar dinero del público.

Así mismo, y de conformidad con las Leyes 489 de 1998, 488 de 1998, 617 de 2000 y 819 de 2003 se deberían adoptar disposiciones como que previo a la creación de un INFIS, se realice un estudio técnico cuya metodología sea definida por el Gobierno Nacional, se demuestre la viabilidad y autosuficiencia financiera de esa entidad, así mismo hacer obligatoria a todas las entidades territoriales propietarias de INFIS, identificar y estimar los riesgos fiscales y financieros en los que pueden estar incurriendo este tipo de entidades, e incorporar estos resultados en sus marcos fiscales de mediano plazo, como requisito para la aprobación

anual de los presupuestos de las administraciones centrales departamentales y municipales.

Desde el punto de vista de esta Cartera, no sería fiscalmente responsable cambiar las normas que regulan los INFIS, sin tener certeza sobre su situación financiera actual, para lo cual se recomendaría que la Contraloría General de la República emita un concepto sobre el tema.

Así mismo, está pendiente determinar si las entidades territoriales han cumplido con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 617 de 2000, el cual ordena liquidar aquellos INFIS que durante tres años consecutivos hayan generado pérdidas. Adicionalmente, se debería revisar lo concerniente a que los INFIS estén cumpliendo con las disposiciones vigentes respecto de sus funciones y objetivos.

Se debe tener en cuenta que la justificación del proyecto es fortalecer la banca pública territorial para fomentar el desarrollo regional. Sin embargo, considera esta Cartera, que el articulado del presente proyecto se concentra a otorgar mayor autonomía a los gerentes de los INFIS respecto de las entidades territoriales, para expandir sus operaciones de intermediación financiera. Bajo este esquema será altamente probable que los planes de desarrollo territoriales y los proyectos de expansión financiera de los INFIS, tomen trayectoria divergentes. Además podrían crecer de forma exponencial los pasivos contingentes de los fiscos territoriales asociados con las decisiones de expansión financiera de los INFIS.

Del cumplimiento del ya mencionado artículo 17 de la Ley 819 de 2003, se evidencia que desde la expedición de esta norma, la mayoría de los INFIS no han logrado cumplir con los estándares de capacidad de gestión institucional y financiera requeridos para obtener una calificación de bajo riesgo crediticio, que le permita continuar captando excedentes de liquidez de las entidades territoriales.

De esta manera, teniendo en cuenta los argumentos anteriormente esbozados, respetuosamente se solicita se considere el archivo de la presente iniciativa, no sin antes manifestarle muy atentamente nuestra voluntad de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigentes.

Cordialmente,

Mauricio Cárdenas Santa María,

Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Con copia a:

- Honorable Senador Juan Mario Laserna Jaramillo - Ponente
- Honorable Senador Eugenio Prieto Soto - Autor

- Honorable Senador Félix José Valera Ibáñez - Autor
- Honorable Senadora Maritza Martínez Aristizábal - Autora
- Honorable Senador Guillermo Antonio Santos Marín - Autor
- Honorable Senadora Daira de Jesús Galvis Méndez - Autora
- Honorable Representante Óscar de Jesús Marín - Autor
- Honorable Representante Víctor Raúl Yepes Flórez - Autor
- Honorable Representante Juan Carlos Salazar Uribe - Autor
- Honorable Representante Jorge Eliécer Gómez Villamizar - Autor
- Honorable Representante Eduardo Enrique Pérez Santos - Autor
- Honorable Representante Manuel Antonio Carebilla Cuéllar - Autor
- Honorable Representante Heriberto Escobar González - Autor
- Honorable Representante Juan Valdés Barcha - Autor
- Honorable Representante Juan Carlos Martínez Gutiérrez - Autor
- Honorable Representante Gerardo Tamayo Tamayo - Autor
- Doctor Gregorio Eljach Pacheco, Secretario General del Senado de la República.

CONTENIDO

Gaceta número 453 - jueves 27 de junio de 2013

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

Págs.

Informe de ponencia para segundo debate y Texto propuesto al proyecto de ley número 011 de 2012 Senado, por medio de la cual se modifica el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Régímenes Pensionales exceptuados y especiales” y se dictan otras disposiciones..... 1

CONCEPTOS JURÍDICOS

Concepto jurídico del ministerio de hacienda y crédito público al proyecto de ley número 76 de 2012 Senado, acumulado con los proyectos de ley números 058 y 070 de 2012 cámara, por la cual se determina un Régimen Especial a los Institutos de Fomento y Desarrollo Regional (Infis) 7