

**LA CONGRUENCIA Y COHERENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS
FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
EN TORNO AL TEMA DE LA PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS EN
COLOMBIA**

NATHALIA VELASQUEZ CORREA

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO
MEDELLIN
2010**

**LA CONGRUENCIA Y COHERENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS
FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
EN TORNO AL TEMA DE LA PREVENCIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS EN
COLOMBIA**

NATHALIA VELASQUEZ CORREA

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Privado

**Asesor
LUIS FERNANDO URIBE RESTREPO
Abogado**

**UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MAESTRÍA EN DERECHO PRIVADO
MEDELLÍN
2010**

Nota de aceptación

Firma
Nombre:
Presidente del jurado

Firma
Nombre:
Jurado

Firma
Nombre:
Jurado

Medellín, 16 de Abril de 2010

AGRADECIMIENTO

El autor expresa sus agradecimientos a:

El Doctor Luis Fernando Uribe Restrepo por su valiosa orientación al presente trabajo investigativo, por sus significativos aportes, por su enseñanza sobre el sector financiero colombiano y por compartir su experiencia en el mismo para el desarrollo de los temas investigados.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	9
1. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO	11
1.1 NOCIÓN GENERAL DE ORDEN PÚBLICO	11
1.1.1 Noción de orden público en Colombia	15
1.2 EL SISTEMA FINANCIERO	27
1.3 EQUILIBRIO Y ESTABILIDAD ECONÓMICA	31
2. LA INTERVENCIÓN EN EL SISTEMA FINANCIERO	37
2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES	41
2.2 FUNDAMENTOS LEGALES	43
2.3 ENTES DE INTERVENCIÓN Y CONTROL	52
3. PREVENCIÓN Y CONTROL DEL LAVADO DE ACTIVOS	72
3.1 ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE	73
3.1.1 Leyes	73
3.1.1.1 Definición de la Conducta “Lavado de Activos”	75
3.1.1.2 Moralidad de la Administración Pública	77
3.1.1.3 Obligaciones para las Entidades Vigiladas y Administración de la Información	77
3.1.1.4 Obligación Especial de Suministro de Información	78
3.1.1.5 Obligaciones para las Entidades de Control	78
3.1.2 Decretos	80
3.1.2.1 Creación De Unidades Especializadas	81
3.1.2.2 Obligación Especial de Suministro de Información	83
3.1.2.3 Obligaciones para las Entidades de Control	84
3.1.2.4 Acuerdo de Cooperación Internacional para la Prevención, Control y Represión del Lavado de Activos	85
3.1.2.5 Sistema de Pago de Bajo Valor	86
3.1.2.6 Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero	87
3.1.2.7 Corresponsalías	90
3.1.2.8 Sanción Jurídica	90
3.2 ANÁLISIS DE LAS CIRCULARES EXTERNAS, CARTAS CIRCULARES, Y DE LAS RESOLUCIONES EXPEDIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA	91
3.2.1 Análisis de las circulares externas, cartas circulares expedidas por la Superintendencia	91
3.2.1.1 Definición de la Conducta “Lavado de Activos”	93
3.2.1.2 Obligación Especial del Sistema Integral para la Prevención de Lavado de Activos	93
3.2.1.3 Prácticas Prohibidas	96
3.2.1.4 Obligación Especial de Suministro de Información y Reportes	97
3.2.1.5. Comité de Auditoria	99

3.2.1.6 El Código de Conducta	99
3.2.1.7 El Oficial de Cumplimiento	99
3.2.1.8 Compañías de Seguros	100
3.2.1.9 Compañías de Capitalización	100
3.2.1.10 Sociedades Fiduciarias	100
3.2.1.11 Casas de Cambio	100
3.2.1.12 Fondos de Pensiones y Cesantías	100
3.2.1.13 Responsabilidad de los Administradores	101
3.2.1.14 Directrices para las Vigiladas	102
3.2.2 Análisis de las resoluciones expedidas por la Superintendencia	104
3.2.2.1 Hallazgos de la Superintendencia	106
3.2.2.2 Debilidades en el Proceso de Conocimiento de los Clientes	108
3.2.2.3 Debilidades en la Evaluación Tecnológica	109
3.2.2.4 Debilidades en los Compromisos y responsabilidades Adquiridos por los Funcionarios de las Entidades Vigiladas	109
3.2.2.5 Destinatarios de las Sanciones	109
3.2.2.6 Facultad Normativa para Sancionar	110
3.2.2.7 Análisis Realizado por la Superintendencia Bancaria y sus Argumentos para Sancionar	112
3.2.2.8 Descargos y Argumentos de Defensa de las Entidades Vigiladas y/o sus Administradores	120
3.2.2.9 Sanciones Impuestas	121
3.3. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL	123
3.3.1 Sentencias de Constitucionalidad	123
3.3.1.1. Límites de los funcionarios y entidades en el ejercicio de su actividad	124
3.3.1.2 La ausencia de responsabilidad de los directivos y empleados de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores	125
3.3.1.3 Validez de la Acción de Extinción de Dominio	130
3.3.1.4 Las atribuciones de intervención y regulación estatal en las actividades financiera, bursátil y aseguradora	132
3.3.2 Sentencias Aprobatorias de Acuerdos y Tratados Internacionales	134
3.3.2.1 Asistencia mutua	136
3.3.2.2 Manejo de información reservada	137
3.3.2.3 Solicitud de medidas cautelares	138
3.3.2.4 Descripción de técnicas delictivas en materia de lavado de activos, medidas de prevención y control	138
3.3.2.5 Constitucionalidad de los Acuerdos	139
3.3.3 Sentencias en revisión de acciones de tutela por el bloqueo económico al que son sometidos los ciudadanos incluidos en la denominada “Lista Clinton”, por lavado de activos	140
3.3.3.1 Procedencia de la acción de tutela contra entidades financieras particulares y el carácter de servicio público de la actividad bancaria y financiera	141
3.3.3.2 Autonomía de la voluntad privada	141
3.3.3.3 La libertad económica como derecho fundamental y la intervención estatal	144

3.3.4 Otras Pronunciamientos Importantes Relacionadas con el Lavado de Activos	145
3.3.4.1 Concepto del Consejo de Estado	145
3.3.4.2 Sentencia confirmatoria de una sanción impuesta por la Superintendencia en temas de lavado de activos	149
3.4 CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO ACOGIDO	151
4. ANÁLISIS Y RECOMENDACIONES EN LA RELACIÓN ENTRE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y LAS ENTIDADES VIGILADAS EN EL TEMA DEL LAVADO DE ACTIVOS	155
4.1 ACIERTOS EN EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN ENTRE LA SUPERINTENDENCIA Y LAS ENTIDADES VIGILADAS EN EL TEMA DEL LAVADO DE ACTIVOS	155
4.1.1 Fundamento y finalidad de la reglamentación expedida por la entidad de control	155
4.1.2 El ejercicio de la facultad sancionatoria de la Superintendencia	157
4.1.2.1 Potestad de Reglamentar y Facultad Sancionatoria	157
4.1.2.2 Efecto General Inmediato de las Normas	159
4.1.2.3 Principio de Legalidad	159
4.1.3 Acatamiento de las Convenciones Internacionales y Acciones del Sector Financiero Colombiano	165
4.1.4 Acción comunitaria y relación con otros países	169
4.2 RECOMENDACIONES EN EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN ENTRE LA SUPERINTENDENCIA Y LAS ENTIDADES VIGILADAS EN EL TEMA DEL LAVADO DE ACTIVOS	173
4.2.1 Medidas adoptadas en el riesgo de lavado de activos	173
4.2.2 Manejo de las cuentas de corresponsalía y cuentas de banca privada	176
4.2.3 Efectividad en la labor de inspección, vigilancia y control	177
4.2.4 Mejores prácticas en materia de prevención y control al lavado de dinero	180
5. CONCLUSIONES	182
BIBLIOGRAFÍA	184

RESUMEN

La importante labor desarrollada por la Superintendencia Financiera de Colombia, antes Superintendencia Bancaria de Colombia, como órgano encargado de ejercer la función de inspección, vigilancia y control sobre las entidades que conforman el sector financiero, bursátil y asegurador del país, amerita un análisis detallado en torno al cumplimiento por parte de esta entidad, de las normas de carácter superior.

Tan importantes funciones, que en última instancia contribuyen a alcanzar y conservar el equilibrio y la estabilidad financiera del país, le permiten a la Superintendencia Financiera de Colombia requerir, confrontar, confirmar y en general analizar información sobre la situación jurídica de las distintas entidades que conforman los mencionados sectores, al igual que practicar investigaciones en éstas.

Es por ello que de manera general, las actuaciones de este órgano de inspección y control siempre deben estar en concordancia con disposiciones de carácter superior, con los fines y funciones trazados en la Constitución para el Estado en materia económica. En este mismo sentido, en concreto el contenido material de las Cartas Circulares, Circulares Externas y Resoluciones expedidas por ella debe permitir la realización de un orden público económico coherente con las disposiciones de carácter superior como lo son las leyes, los decretos y en primerísima instancia, la Constitución Nacional. Condiciones éstas que deben ser evaluadas, analizadas y calificadas por las altas Cortes al pronunciarse en torno a las actuaciones de la Superintendencia.

Para la realización del anterior análisis se ha seleccionado dentro de todos los temas materia de inspección, vigilancia y control en los cuales la Superintendencia Financiera ejerce su importante papel, un tema de relevante importancia y actualidad, cual es la Prevención del Lavado De Activos, entre los años 1991 – 2005.

PALABRAS CLAVES: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA; INSPECCIÓN; VIGILANCIA; CONTROL; ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO; PREVENCIÓN DEL LAVADO DE ACTIVOS.

INTRODUCCIÓN

Dentro de las funciones asignadas a la Superintendencia Financiera de Colombia se encuentran, entre otras, la de asegurar la confianza pública en el sistema financiero y bursátil, velar porque las instituciones que lo integran mantengan suficiente solidez económica y coeficiente de liquidez apropiado para atender sus obligaciones, supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a su control respecto del cumplimiento de normas y regulaciones de carácter financiero y cambiario, y velar por la prestación de los servicios para que su operación se realice en condiciones de eficiencia, transparencia y seguridad.

Sin embargo, las funciones y en general los objetivos asignados por mandato constitucional y legal a la Superintendencia Financiera de Colombia se enmarcan dentro de las más precisas condiciones para su desarrollo y cabal cumplimiento, señalándose entre ellas, la propia Constitución y la ley. Por lo tanto, si bien es cierto que la entidad de inspección, vigilancia y control se encuentra asistida de amplias facultades y medios para la práctica de las mismas, también lo es que dichas funciones se encuentran precisamente delimitadas y descritas no solo en la carta fundamental sino en la ley y recientemente en importantes pronunciamientos del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional; garantías éstas proferidas a favor de las entidades vigiladas.

La confrontación y el cumplimiento de normas de carácter superior frente al contenido material de la Carta Circular, Circular Externa o Resolución expedida por la entidad de control y, finalmente, el sustento material evaluado y analizado por las altas cortes al pronunciarse en torno a dichos temas en medio del enfrentamiento entre la entidad vigilada y la entidad de control, serán nuestro tema de investigación. Analizar la congruencia entre el cumplimiento de las funciones de inspección, vigilancia, control, supervisión e instrucción ejercidas por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre las actividades financiera y aseguradora, con el ordenamiento jurídico, con la directiva constitucional de conservación del orden público económico y por ende con la finalidad de la Superintendencia Financiera de Colombia como entidad encargada de proporcionar la estabilidad y confianza en el sector financiero del país como importante sector del orden público económico. Lo anterior, en el tema específico del lavado de activos en Colombia.

Se realizará una investigación jurídica - exploratoria, descriptiva que partiendo de dos premisas cuales son: las actuaciones de la Superintendencia siempre deben estar en concordancia con los fines y funciones trazados en la Constitución en materia económica e igualmente, que las actuaciones de la Superintendencia siempre deben permitir la realización de un orden público económico coherente; se confrontará y evaluará el contenido material de cartas circulares, circulares externas y resoluciones expedidas por al

Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera de Colombia a las entidades vigiladas, frente a la normatividad de carácter superior cual es la Constitución Política, leyes, decretos entre otros, y las condiciones especiales del contexto público económico; y las sentencias emitidas por las altas cortes.

Lo anterior para el periodo comprendido entre los años 1991, Nueva Constitución Política, y 2005, expedición del decreto 4327 norma que fusionó las Superintendencias Bancarias y de Valores; específicamente en el tema del Lavado de Activos.

1. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

1.1 NOCIÓN GENERAL DE ORDEN PÚBLICO

Dentro de la doctrina francesa es acogida la teoría de la Organización Social, de forma especial por el autor Badry Lacantinerie¹, quien considera el orden público un conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas, religiosas a veces, a cuya observancia crece una sociedad. Capitant² por su parte estima que las leyes del orden público son aquellas que tienen por objeto el mantenimiento de la ordenación u organización social.

Así mismo, Salvat³ considera que la noción de orden público resulta de un conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización establecida. Llambías⁴ comparte las definiciones anteriores de orden público y lo define como un conjunto de principios eminentemente religiosos, morales, políticos y económicos a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización establecida.

Otros autores⁵ resaltan en la noción de orden público el principio de justicia y lo definen como el conjunto de valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran justas por una comunidad estatal, y estrechamente ligadas a la existencia y subsistencia de esa comunidad tal cual lo reclama la cosmovisión en ella vigente.

Una importante doctrina que estudia la noción de orden público es la del Interés General, doctrina que considera que la expresión orden público es sinónima de interés general, interés colectivo, interés social, interés de la sociedad, bien público, bien común, bienestar general, bienestar social y términos similares.

Sin embargo, de acuerdo con Horacio H. de la Fuente, estas dos teorías de la Organización Social y del Interés General incurren en una evidente confusión al identificar el orden público con los Principios Fundamentales o con el Interés General ya que no distinguen el bien jurídico protegido que emplea el derecho para preservarlos. Explica el autor que el orden público es una institución jurídica que de ningún modo equivale a esos principios fundamentales o a esos intereses generales como afirman las anteriores teorías, sino que es un medio o técnica de que se vale el ordenamiento jurídico para garantizar, limitando la

¹ DE LA FUENTE, Horacio H. Orden Público. Figuras Afines. Clases. Efectos Jurídicos. Impretividad de las Normas y renuncia de Derechos. Aplicación de Oficio de las Leyes de orden Público. Sanciones por Violación. Nulidades. Buenos Aires: ASTREA de Alfredo y Ricardo Desalma, 2003. p. 12

² Ibid., p. 12

³ Ibid., p. 12

⁴ Ibid., p. 13

⁵ Ibid., p. 15

autonomía de la voluntad, la vigencia irrestrictiva de aquellos principios o intereses por encima de todo interés particular.

De acuerdo con el autor, esos principios fundamentales o intereses generales son el bien jurídico protegido o se identifican con él, mientras que la institución orden público es el instrumento que defiende o asegura su inexcusable vigencia, frente al peligro que representa una ilimitada autonomía de la voluntad que no respete los intereses de la sociedad.

Efectuada esta aclaración, el autor concluye que la doctrina identifica el orden público con los principios fundamentales o el interés general, y no se está refiriendo a la institución en sí sino al bien jurídico que ésta tiene como objeto de protección.

La existencia de esos principios o interés es en realidad lo que determina que el orden público – institución se ponga en funcionamiento para protegerlos y garantizar que su vigencia irrestricta, limitando la autonomía de la voluntad mediante efectos jurídicos que le son propios (imperatividad de la norma, irrenunciabilidad de los derechos, nulidad de los actos respectivos, etc.)

El orden público – objeto tiene una gran importancia dentro del sistema instrumentado ya que la protección se genera a partir del momento en que los órganos autorizados determinan que en una situación concreta están comprendidos esos principios fundamentales o intereses generales.

Debe destacarse que, generalmente, cuando la ley emplea la expresión orden público normalmente se está refiriendo a la aludida conceptualización queriendo significar que se encuentran comprometidos esos principios o intereses, los que deben ser preservados frente a la autonomía de la voluntad ilimitada.

Para Horacio H. de la Fuente⁶, el orden público – institución tiene por objeto los intereses generales de la sociedad a los cuales trata de defender y preservar para asegurar su vigencia inexcusable frente a los intereses particulares que los puedan violar o postergar; es decir que los intereses generales no se identifican con el orden público – institución, sino que constituyen su objeto, son el bien jurídico protegido. Destaca también la gran importancia que tienen los intereses generales dentro del sistema pues una vez se ha constatado su existencia, se pondrá en funcionamiento el orden público – institución a efectos de garantizar su defensa y preservación, lo cual determina que las normas sean inderogables, los derechos irrenunciables, los actos violatorios, inválidos, etc.

Para el autor entonces el orden público – objeto es un concepto jurídico indeterminado que una vez precisado su contenido y decidido por los órganos autorizados que dicho interés general se halla comprometido se convierte en

⁶ Ibid., p.15-16.

objeto de protección del orden público – institución mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, garantizándose así su prevalencia sobre los intereses particulares.

Siguiendo al autor, y ya precisada la definición de orden público de acuerdo con la doctrina, se considera importante determinar cuáles son sus fuentes es decir, las normas o decisiones autorizadas para establecer cuándo se encuentra en juego el interés general u orden público – objeto y de qué modo reacciona el orden público cuando sea necesario limitar la autonomía de la voluntad para proteger dicho interés u orden público – institución.

Es claro que la facultad de regular el orden público – institución es propia de la ley, y en principio no puede ser delegada en ningún otro organismo sea judicial o administrativo. Sin embargo, al orden público – objeto, la complejidad de la realidad social que le toca regular le impide a veces al legislador prever, mediante normas específicas, cuando se configura ese interés general que pondrá en funcionamiento los instrumentos jurídicos para hacer efectiva su protección. Es por ello que en muchos casos el legislador necesita delegar en otro organismo la tarea de determinar cuándo se encuentra comprometido el interés general u orden público, los cuales deberán actuar conforme a las directivas que imparta la norma vigente e indelegable.

Puede afirmarse entonces que la ley es la única fuente de orden público, sin embargo en los casos de orden público – objeto se puede diferenciar la ley como única fuente originaria y las fuentes derivadas que operan por delegación legal como es el caso de decisiones adoptadas por un organismo administrativo o judicial, como en el caso de las Superintendencias.

La ley como única fuente del orden público posee amplias facultades para regular tanto lo referente al orden público – objeto como al orden público – institución. Por ello lo normal es que el mismo legislador precise y dé contenido al concepto abstracto de interés general, lo que hará dictando las normas a las cuales les asigne el carácter de orden público. Ello significa atribuirle imperatividad, nota que siempre acompaña las leyes de orden público.

Con bastante frecuencia en las leyes especiales se dispone que todas sus normas sean de orden público – objeto, asignación que en principio tiene pleno valor dadas las atribuciones constitucionales que tiene el legislador. Sin embargo es aceptado por la jurisprudencia que por lo global de la calificación los jueces en virtud de las facultades de interpretación y apreciación que le son propias, pueden considerar que en ciertas normas contenidas en leyes extensas y complejas no se encuentra interesado el orden público.

En caso de que el legislador no asigne expresamente a una ley el carácter de orden público, también serán los jueces los encargados de apreciar y valorar, según las circunstancias, si en la norma en consideración está comprometido el interés general que justifique decretar su vigencia por encima de los intereses particulares. El juez decidirá entonces si le atribuye o no a la norma el carácter

de orden público después de precisar sus alcances, teniendo en cuenta los criterios comunes de interpretación.

Es bastante común que para cumplir con los objetivos que se han propuesto, el legislador tenga la necesidad de delegar en organismos públicos la facultad de dictar normas cuando según las circunstancias aparezca conveniente regular con disposiciones particularizadas, las diferentes situaciones que presenta la realidad. De este modo, siempre en el marco de la delegación dispuesta por la ley, tales organismos están autorizados para determinar cuándo se encuentra comprometido el interés general de la sociedad mediante decisiones que constituyen una importante fuente de orden público. La mayoría de estos organismos autorizados a dictar normas de orden público son de tipo administrativo, pueden ser el mismo poder ejecutivo. La amplitud de las facultades delegadas varía según las circunstancias y sobre todo se incrementa cuando la intervención del Estado en la economía o en el campo social se hace más intensa.

Será materia de análisis por ejemplo, el nivel o grado de intervención del Estado, a través de la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, en el tema específico del **lavado de activos** en el sistema financiero, por diferentes mecanismos regulatorios y de control.

Es importante destacar que existió un orden público tradicional llamado también político y moral que imperó durante el siglo XIX y XX, que por influencia de la doctrina económica liberal de entonces, limitaba la autonomía de la voluntad sólo cuando se trataba de defender las instituciones básicas del Estado, como por ejemplo la organización de los poderes públicos, la familia, y los derechos individuales. Fue así como aumentaron las normas de orden público que ahora rigen en el campo económico – social, buscando proteger a las personas o clases menos favorecidas, o promover o imponer una determinada política económica. Originando así la aparición de lo que se denomina hoy el orden público económico y social.

En el orden público tradicional la mayoría de las normas son imperativas negativas porque se limitan a prohibir algo. Normalmente la violación del orden público tradicional trae como consecuencia la invalidez del acto.

Al respecto, alguna parte de la doctrina⁷ alude a un orden público económico y social en general que se refiere a todos los supuestos; otra parte de la doctrina⁸ se refiere a la intervención del Estado en la dirección y organización destinado a proteger a las personas más débiles de la sociedad. Algunos autores⁹ hablan de un orden público económico que comprende tanto el aspecto social como el económico propiamente dicho.

⁷ Ibid., p. 54

⁸ Ibid., p. 54

⁹ Ibid., p. 55

Resta una clasificación de la doctrina¹⁰ dependiendo de cual sea la finalidad de la ley, un orden público de dirección que coincide con el orden público económico, y un orden público de protección equivalente a la noción de orden público social.

En el orden público económico y social es bastante común que las reglas sean imperativas positivas pues ordenan forzosamente una determinada conducta. En igual sentido debe destacarse que en este orden público la ley delega en determinados organismos la facultad de dictar normas de orden público. Normalmente la violación del orden público económico social además de la nulidad del acto suele imponer otras sanciones de carácter administrativo como multas, e incluso sanciones de carácter penal.

Finalmente es importante concluir que la noción de orden público resulta del conjunto de valores y principios morales, religiosos, políticos, sociales, culturales, económicos y ecológicos que, en cada época, predominan en un país y se consideran como esenciales en él para la vida misma y la marcha regular del Estado. Por lo tanto no se acepta hoy la pretensión racionalista de establecer un orden público legal e inmutable, sino que ese orden público que por exigencia moral y jurídica debe imperar en el decurso de la vida colectiva, debe tener también elasticidad y flexibilidad tales que le permitan adaptarse a los cambios que suceden en la vida social¹¹.

1.1.1 Noción de orden público en Colombia. Para profundizar sobre la noción de orden público en Colombia es necesario analizar aspectos de carácter constitucional e institucional que establecen las competencias del Estado sobre esta materia.

La Constitución Política de 1991, en su artículo primero determina que Colombia es un Estado social de derecho, constituido y organizado como una república unitaria, descentralizada y democrática; y con autonomía de las entidades territoriales. De esta manera se estructura la organización política y jurídica del Estado colombiano, donde el respeto a los derechos fundamentales es eje de la administración pública.

El estado unitario debe ser entendido como una forma de organización territorial que señala la existencia de un sólo territorio, con una simple división administrativa para el manejo de asuntos nacionales, donde habitan dos esferas del poder claramente identificables: La autoridad central que tiene a su cargo la mayoría de los asuntos estatales, y autoridades locales que gozan de autonomía para administrar asuntos políticos, administrativos, económicos y fiscales.

Se esgrime entonces la estructura territorial de una república unitaria pero descentralizada de competencias y funciones entre la Nación y las entidades territoriales, y la figura del Presidente de la República encargado de la función

¹⁰ Ibid., p. 55

¹¹ Ibid., p. 9

política y administrativa de manejar el orden público y de restablecerlo en donde sea perturbado. La función política de conservación del orden público en las entidades territoriales continúa en cabeza del Presidente quien es representado en los departamentos y municipios por los gobernadores y alcaldes.

La descentralización territorial gira en torno a la naturaleza ejecutiva y política que se ve reflejada en la vinculación de las entidades territoriales a la rama ejecutiva del poder público, y en que la función que cumple incide en la organización del poder público y la realización bajo su responsabilidad y en procura de satisfacer necesidades eminentemente locales.

La identificación de la naturaleza ejecutiva y política de la descentralización, en los términos señalados, recibe el nombre de autonomía; calidad inherente a todas las entidades territoriales del Estado Colombiano.

Siendo coherentes con lo señalado en el artículo 287 de la Constitución, la autonomía de las entidades territoriales, se manifiesta en la capacidad política que se tiene para gestionar asuntos administrativos como gobernarse por autoridades propias, ejercer competencias que le sean propias, administrar sus recursos, establecer tributos que le permitan cumplir sus funciones y participar de las rentas nacionales.

Para un coherente manejo de los asuntos nacionales, donde coexistan las dos esferas del poder, nacional y locales, la Constitución señala en su artículo 288, que la Ley Orgánica del Ordenamiento Territorial es el medio establecido para la distribución de competencias entre la Nación y los entes territoriales.

Ahora, la delegación política antes analizada le entrega a los mandatarios locales un buen margen de acción para atender el orden público en sus entidades territoriales, sin embargo la función administrativa que debe cumplir la Fuerza Pública sí se encuentra subordinada a las directivas presidenciales lo que impide una intervención regular de gobernadores y alcaldes en la conservación del orden público local.

En este sentido, la Ley de Seguridad y Defensa Nacional, Ley 684 de 2001, delegó de manera exclusiva y excluyente a favor de la Fuerza Pública el manejo político y administrativo del orden público, definiéndolo como un conjunto de condiciones que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos y libertades, dentro de un marco coherente de valores y principios.

Pero el orden público no sólo puede ser relacionado con un conjunto de normas jurídicas que regulan parámetros que el Estado establece para garantizar la convivencia ordenada y pacífica de sus ciudadanos. Se requiere además del análisis constitucional, la evaluación de su función pública para obtener una dimensión completa del concepto.

Así, constitucionalmente el orden público posee la carga de imponer ciertos límites a las garantías y libertades civiles de los ciudadanos para facilitar el manejo pacífico de la convivencia; la función política posee un carácter de acción preventiva y de anticipación a la ocurrencia de la alteración del orden público por cualquier factor, para garantizar la actuación eficaz y eficiente de la autoridad nacional y de las autoridades locales en el manejo de una convivencia pacífica.

La función pública es de mayor interés porque allí se encuentran los componentes del orden público que se traducen en el diseño y la gestión de políticas públicas en diferentes ordenes o niveles.

Ha sido generalmente aceptado que el orden público se identifica con tres ámbitos de actuación que afectan bienes políticos, jurídicos, económicos, administrativos diferentes.

El primero se encuentra relacionado con la ocurrencia de crímenes y delitos que atentan contra la vida, la tranquilidad y patrimonio de los ciudadanos y se enmarca en la noción de SEGURIDAD CIUDADANA. El segundo elemento se encuentra vinculado a la estabilidad política de la democracia constitucional y es objeto de la SEGURIDAD NACIONAL. Finalmente aparecen las amenazas a la soberanía del Estado, objeto de la DEFENSA NACIONAL.

Para cada uno de estos tres elementos del orden público se deben formular políticas públicas independientes pero armonizadas y coherentes, de forma que las autoridades tanto nacionales como locales puedan garantizar la convivencia pacífica en los términos establecidos en la máxima carta nacional y en las normas jurídicas.

En sentencia del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, el cinco de julio de 2000, bajo radicado número 1276, Consejero Ponente Cesar Hoyos Salazar, esta entidad elaboró la siguiente noción de orden público con fundamento en dos pronunciamientos anteriores de la Corte Constitucional de los años 1994 y 1998:

...” Dentro de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico que consagra la Constitución Política, en su artículo 1º, está el de la “prevalencia del interés general”. Éste sustenta la primacía del orden público y justifica lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 18 de la ley 153 de 1887: “Las leyes que por motivo de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato”.

La noción del orden público resulta del conjunto de valores y principios morales, religiosos, políticos, sociales, culturales, económicos y ecológicos que, en cada época, predominan en

un país y se consideran como esenciales en él para la vida misma y la marcha regular del Estado. Por tanto, no se acepta hoy la pretensión racionalista de establecer un orden público legal e inmutable, sino que ese orden público que por exigencia moral y jurídica debe imperar en el decurso de la vida colectiva, debe tener también elasticidad y flexibilidad tales que le permitan adaptarse a los cambios que suceden en la vida social....

...”Tanto la adquisición de los derechos como el ejercicio de ellos debe estar conforme con el orden público; de la misma manera que los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe (art. 871 C. de Co.). Son las normas de orden público las que prevalecen sobre la voluntad contractual y no ésta sobre aquéllas. Esto porque el Estado reconoce y protege el interés egoísta, el afán de lucro, la persecución del provecho o beneficio propio, pero condiciona dicho reconocimiento y protección en la medida necesaria para el logro o, en su caso, mantenimiento de la paz social.

Al respecto ha dicho la Corte Constitucional: “El régimen de libertades, suprema ratio del Estado de derecho, tiene como supuesto necesario la obediencia generalizada a las normas jurídicas que las confieren y las garantizan. A ese supuesto fáctico se le denomina orden público y su preservación es, entonces, antecedente obligado de la vigencia de las libertades”¹². Posteriormente, en 1998 expresó : “La consagración de un título de la Constitución dedicado al régimen económico, pone de presente que en las normas constitucionales pueden encontrarse los criterios superiores llamados a orientar positivamente la vida económica y social, en modo alguno ajena al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, los principios constitucionales en asuntos ligados a la economía, por establecer el marco para el ejercicio de la actividad económica tienen carácter vinculante, tanto para las autoridades públicas como para los particulares”¹³.

1.1.2 El orden público económico en Colombia. La Constitución Política de 1991 valorar las libertades y derechos individuales, y se preocupa por la equidad y la justicia social como uno de los bienes que sólo pueden ser proveídos y disfrutados de manera colectiva.

Su estructura incluye varios elementos que desarrollan ideas políticas liberales, entre ellas, amplió de manera importante las libertades y derechos de los

¹² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-179 de 1994. Bogotá: El Autor, 1994.

¹³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-713 de 1998. Bogotá: El Autor, 1998.

ciudadanos; creó un compromiso a la sociedad colombiana frente a un extenso conjunto de bienes colectivos ligados al bienestar social y la equidad; aplicó la división de poderes, fortaleciendo el poder legislativo y creó nuevos centros de poder autónomos como la Corte Constitucional y la Junta Directiva del Banco de la República; generó mayores espacios para la participación ciudadana; impulsó la descentralización territorial con la finalidad de acercar el gobierno a los ciudadanos, mejorar su eficiencia y hacer más factible su control; se comprometió con el gasto público y la privatización de algunas empresas del Estado.

Se destacan algunos lineamientos o premisas generales dentro del texto constitucional que explican el modelo del orden público económico acogido, entre ellos, imperan la actividad económica y la libre iniciativa privada dentro de los límites del bien común; el Estado posee la responsabilidad de la dirección general de la economía; su intervención en ella se dará en el tema de la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de bienes; y en los servicios públicos y privados; la intervención del Estado en la economía debe estar orientada a su racionalización para buscar el mejoramiento en la calidad de vida, la distribución equitativa de oportunidades, promover la productividad y competitividad, y el desarrollo armónico entre regiones.

Una modificación importantísima presentada por la Nueva Constitución que entró a regir a partir del mes de julio del año 1991, hace referencia al grado de la intervención del Estado en la economía nacional, desde lo jurídico principalmente con los pronunciamientos de la Corte Constitucional y desde lo económico, evitando al máximo la intervención directa del Estado en la economía. En esta, forma se les permite a los agentes privados una mayor participación en las actividades económicas y se limita el papel del Estado por ser generador de costos excesivos para la economía y de dificultades para los agentes privados en las diferentes actividades económicas.

Dentro de la nueva concepción, el Estado debe encargarse de las actividades relacionadas con la producción de bienes públicos como la justicia, la seguridad, la educación, salud, infraestructura y medio ambiente.

Una de las formas de ocuparse de esas actividades y de dejar de desempeñar actividades que bien podrían ser administradas por el sector privado, fue por medio de las privatizaciones, que tuvieron gran auge en los primeros años de la década de los noventa. Inicialmente se privatizaron instituciones que desempeñaban actividades en construcción de vivienda, educación, salud y sector financiero.

Aparte de las privatizaciones, el Estado Colombiano se modificó en la búsqueda de una mayor competencia dinamizada por el sector privado de la economía y la apertura a los mercados internacionales, para ello se adoptaron medidas de liberación donde se restringieron aspectos administrativos y legislativos que se tenían con anterioridad. Se tomaron profundas decisiones y

una serie de reformas estructurales que reacondicionaron la organización económica del país. Algunos cambios significativos fueron la búsqueda de una multibanca, la liberación de las tasas de interés, la eliminación de controles cuantitativos al crédito, exigencia de un nivel de solvencia mínimo, entre otras.

Las instituciones han jugado un papel muy especial, algunas fueron creadas y otras modificadas, todas tratando de que el sistema fuera competitivo, eficiente y rentable.

De igual forma, dentro del texto constitucional se identifica con precisión los lineamientos que estructuran la intervención del Estado en el sistema financiero como sector importante del modelo económico. Así, la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, son catalogados por la norma constitucional como de interés público, requiriendo autorización del Estado para ser ejercidas.

En relación con el Banco de la República, esta institución se constituye como entidad autónoma e independiente, con una Junta Directiva conformada por siete miembros con voz y voto, presidida por el Ministro de Hacienda y en la cual participará el gerente general del Banco y cinco directores de tiempo completo designados por el Presidente de la República para períodos fijos de cuatro años, de tal manera que durante el cuatrienio presidencial pudieran designarse únicamente dos miembros nuevos de la Junta. La Junta Directiva del Banco de la República se definió como la autoridad cambiaria, monetaria y crediticia y su objetivo fundamental pasó a ser el proteger el poder adquisitivo de la moneda. En lo económico, este es sin duda alguna el cambio más significativo de la Nueva Constitución.

El Banco de la República tiene un régimen legal propio, sus funciones son emitir y regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito, administrar las reservas internacionales y ser el prestamista en última instancia y banquero de los establecimientos de crédito. El Presidente de la República será quien se encargue del control y vigilancia de la entidad, además de las cuentas que debe rendir al Congreso.

La Constitución igualmente ordenó la descentralización territorial como ya se explicó, y le impuso al Estado todo tipo de cargas en lo social. La descentralización implicaba no solamente la transferencia efectiva del poder decisorio sino también de recursos y responsabilidades del gobierno central a las entidades del nivel departamental y municipal.

Se consideraron importantes para el presente trabajo investigativo los contenidos de las siguientes tres sentencias porque permitirán construir definiciones que servirán posteriormente para la confrontación y evaluación que se realizará en relación con el modelo económico, la definición de orden público económico y su tutela jurídica; estructurados a partir de la nueva Constitución Política de 1991, cuyos apartes se transcriben a continuación:

**SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL C-074 DE 1993.
PROCESO D-119. MAGISTRADO PONENETE CIRO
ANGARITA BARON. 25 DE FEBRERO DE 1993.**

... 1. Políticas macroeconómicas: relevancia constitucional

1.1. Consideraciones preliminares

Como lo ha dicho reiteradamente esta Corporación, la Constitución nacional de corte finalista o teleológico recoge la doctrina constitucional contemporánea y consagra un Estado interventor a través de un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas destinadas a la realización de un orden económico y social justo, dentro del marco del Estado social de derecho.

La Carta no se limita entonces, a regular la organización supra estructural del poder público. No. El constituyente recogió la tradición occidental de postguerra y con ella una nueva visión del derecho constitucional, de la cual deben destacarse cuando al menos tres elementos esenciales.

En primer lugar, el nuevo derecho constitucional diseña un marco económico ontológicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, principios como la igualdad y la solidaridad, y derechos y libertades civiles, sociales, económicos y culturales que conforman la razón de ser y los límites del quehacer estatal. No se trata entonces de un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos, y de otra operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, la Constitución dota al Estado de una serie de instrumentos de intervención en la esfera privada, en el mundo social y económico, con el fin de que a partir de la acción pública se corrijan los desequilibrios y desigualdades que la propia Carta reconoce y se pueda buscar, de manera real y efectiva, el fin ontológicamente cualificado que da sentido a todo el ordenamiento.

En tercer lugar, la Carta otorga a los agentes sociales, individuales y colectivos, mayores instrumentos de gestión, fiscalización, control y decisión sobre la cosa pública.

No se trata entonces, como ya lo ha manifestado esta Corporación, de un texto indiferente frente al comportamiento económico del Estado o de los particulares. Las reglas fundamentales introducidas por la Constitución se convierten, a la vez, en razón de ser y en límite de las acciones públicas y privadas. (...)

(...) No caben, pues, en el sistema jurídico colombiano, proyectos o normas discriminatorias o que vulneren la igualdad de oportunidades, o tiendan a desproteger la libertad de empresa dentro del marco de una economía social de mercado, o a menoscabar el derecho al trabajo y los otros derechos fundamentales que, como ya lo ha dicho esta Corte, forman parte del orden público constitucional.

Lo anterior permite afirmar que las políticas públicas, administrativas o económicas del Estado, no son atentatorias del orden constitucional, por el mero hecho de basarse en determinadas concepciones políticas o económicas. Así, por ejemplo, las políticas de privatización, reconversión industrial y en general modernización del Estado encuentran respaldo constitucional en los principios de eficiencia y eficacia de la administración, siempre, eso sí, que se realicen dentro de los límites expresos arriba enunciados”¹⁴...

Sentencia Corte Constitucional. Sentencia C-122 del primero (1º) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999), expediente R.E-103, al revisar el Decreto No. 2330 del 17 de noviembre de 1998 "Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica y Social", con Magistrado Ponente Dr. Fabio Morón Díaz:

...” A. Consideraciones Previas.

“ Si bien el constituyente de 1991 no consagró un modelo económico, sí sentó las premisas axiológicas para la orientación del estado colombiano en todos los órdenes. En consecuencia, también trazó los lineamientos del orden económico y social que estimó deseable y, en algunos casos, llegó a señalar directrices imperativas para el diseño de la política económica.

En esa perspectiva, le impuso al Estado el deber de dirigir sus esfuerzos al objetivo de mejorar la calidad de vida de los sectores menos favorecidos, para propiciar una sociedad más justa y equitativa, lo cual lo obliga a emplear los instrumentos de dirección de la política económica que el mismo

¹⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-074 de 1993. Proceso D-119. M.P. Ciro Angarita Baron. 25 de febrero de 1993. Bogotá: El Autor, 1993.

ordenamiento superior y la ley que lo desarrolle le brindan, para corregir las distorsiones que en economías como la colombiana, cuyos mercados tan sólo se han desarrollado de manera incipiente, producen las reglas del libre juego de la oferta y la demanda, así como la tendencia a que el capital se concentre en manos de minorías que pueden llegar a controlar sectores prioritarios, e incluso monopolizarlos, en abierta contradicción con los postulados básicos del Estado social de derecho.

Lo anterior lo hizo explícito en varias normas del texto constitucional, entre ellas:

"Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

"El Estado de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones."

"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."

Es decir, que el Estado, a través de los diferentes órganos de poder, tiene la obligación de orientar la economía, para lo cual, dentro de los límites que le imponga el legislador, deberá intervenirla, cuando ello sea necesario, con miras a concretar los objetivos y postulados del Estado social de derecho.

Pero además, en el caso de los establecimientos de crédito, cuya deteriorada situación invocó el Gobierno Nacional para decretar la emergencia económica y social, ellos prestan un servicio público, lo que implica que se trata de una actividad

reglada sujeta en ciertos aspectos a las normas del derecho público, cuya solidez debe garantizar el Estado, el cual dispone de instrumentos legales para el efecto, pudiendo incluso intervenirlas, si ello es preciso, para realizar el principio de primacía del interés general sobre el particular y proteger el sistema de pagos del país.

La actividad bancaria, dada su caracterización y trascendencia dentro del marco de organización jurídico-política propia del Estado Social de Derecho, es un servicio público, pues además de la importancia de la labor que desempeñan los establecimientos del sector financiero, públicos y privados, la misma está ligada directamente al interés de la comunidad, que reclama las condiciones de permanencia, continuidad y regularidad que le son inherentes, y su regulación y control son responsabilidad directa del Estado.

A partir de los anteriores presupuestos, se entiende por qué, el Constituyente, en el caso específico de los establecimientos de crédito, le impuso al Estado el deber de regular su actividad, condicionándola y sometiéndola a unas reglas y controles específicos, que deben operar de manera tal que se realice el principio superior que señala la primacía del interés general sobre el particular; ese deber de regulación incluye, desde luego, el deber de hacer efectiva la responsabilidad de los agentes económicos proveedores de los bienes y servicios, específicamente de los propietarios y administradores de los establecimientos de crédito¹⁵.

Sentencia Corte Constitucional. sentencia C-083 del año 1999, expediente D-2144, acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 232 parcial del Decreto 100 de 1980 – Por el cual se expide el nuevo Código Penal-, Magistrado Sustanciador Vladimiro Naranjo Mesa.

...“3.1 El orden económico como sujeto de tutela jurídica.

1. La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planeación general de la economía instituida en un país. En Colombia, si bien no existe un modelo económico específico, exclusivo y excluyente, el que actualmente impera, fundado en el Estado Social de Derecho, muestra una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-122 del 1º de marzo de 1999. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Bogotá: El Autor, 1999.

establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo.

Por eso, la Constitución de 1991, al igual que lo hacía la Carta del 86, garantiza la libre competencia pero confía al Estado la dirección general de la economía y lo habilita, previo mandato legal, para intervenir en los procesos de producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados, con el propósito de racionalizar la actividad y procurar el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, el reparto equitativo de las oportunidades, la preservación del ambiente sano, el pleno empleo de los recursos humanos y el acceso efectivo de las personas de menos ingresos a los servicios básicos (art. 333, 334 C.P.).

2. Así las cosas, en el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base del equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los actores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente de los sectores más débiles de la población. Con razón esta Corporación ha sostenido que "... al Estado corresponde desplegar una actividad orientada a favorecer el cabal cumplimiento de las prerrogativas inherentes a la libre iniciativa y la libertad económica y, a la vez, procurar la protección del interés público comprometido, en guarda de su prevalencia sobre los intereses particulares que pueden encontrar satisfacción, pero dentro del marco de las responsabilidades y obligaciones sociales a las que alude la Constitución."

3. Los compromisos constitucionales que en materia económica y social le corresponde cumplir al Estado, exigen de éste la implementación de políticas institucionales y la obtención de los instrumentos idóneos para su realización material. Este intervencionismo estatal que, como se anotó, actúa en las diferentes etapas del proceso económico e incluye el control sobre las actividades financiera, bursátil, aseguradora y aquellas relacionadas con el manejo de recursos captados del público (Art. 189-24 C.P.), no sólo compromete activamente a todos los órganos instituidos sino que además se manifiesta en la expedición de una completa reglamentación destinada a garantizar el funcionamiento, manejo y control del sistema económico estatuido. Esto explica por qué en el ordenamiento jurídico se consagran una serie de medidas administrativas y jurisdiccionales tendientes

a proteger ese bien jurídico denominado "orden económico social".

Precisamente, el orden legal económico se constituye en objeto de tutela del derecho, particularmente del derecho punitivo, dado el interés que representa para el Estado su conservación. Ciertamente, resulta de singular importancia para la administración pública que el régimen económico establecido por la Constitución y la ley se desenvuelva en condiciones de normalidad, sin alteraciones, buscando asegurar la prestación de los servicios que de él se desprenden....

... Ciertamente, la comisión redactora del actual Código Penal, al que pertenece la norma acusada, se refirió al tema del sujeto pasivo en los delitos contra el orden económico en los siguientes términos:

"Los llamados, pues, delitos económicos, y más concretamente, contra el 'orden económico', tutelan la organización que el Estado intervencionista de hoy establece, para que la sociedad alcance los fines que le son propios. Por eso se marca el acento en la expresión 'orden'. De manera que todos los que tiendan a perturbar o a romper dicho sistema u 'orden', deben sufrir la sanción correspondiente. En la protección de ese orden, como es lógico, resalta el 'interés público', por sobre el individual o particular de los banqueros, comerciantes, industriales, agricultores, ganaderos, etc., los que también resultan tutelados de manera refleja o mediata" (Actas del nuevo Código Penal Colombiano, Parte Especial, Acta N°22) (Negritas y subrayas fuera de texto).

7. En efecto, si el orden público económico es objeto de tutela por razones de interés público y de conveniencia nacional, los delitos contra el orden económico no pueden estar dirigidos a proteger los intereses de sujetos determinados (inversionistas nacionales o extranjeros) como equivocadamente lo supone el demandante. Es evidente que las consecuencias directas del comportamiento punible recaen en el sistema económico a cargo del Estado y son asimilados por el conglomerado social sin radicarse en una persona específica. En palabras del tratadista Enrique Aftalión, estos comportamientos "afectan y perjudican el intervencionismo en lo económico-social que todos los Estados contemporáneos se han visto obligados a adoptar en mayor o menor medida, como consecuencia de la

*inseguridad y desajustes económicos propios de nuestro tiempo*¹⁶...

Estas sentencias de manera muy precisa permiten concluir una idea fundamental en torno al concepto en estudio, idea que se encuentra expresada reiteradamente en los textos transcritos: El Estado colombiano es un Estado interventor, que pretende la realización de un orden económico y social justo, dentro del marco del Estado social de derecho. Así las cosas, en nuestro país se presenta una marcada injerencia del poder público en las diferentes fases del proceso económico, en procura de establecer límites razonables a la actividad privada o de libre empresa y garantizar el interés colectivo. El orden público económico en Colombia se consolida sobre la base del equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los actores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas

1.2 EL SISTEMA FINANCIERO

Por definición, los sistemas financieros se conforman por las instituciones financieras prestadoras de los respectivos servicios y por las autoridades gubernamentales que regulan y ejercen el control sobre ellas y sobre la actividad financiera en general.

Su principal labor está en proveer los recursos necesarios para que la economía de un país pueda evolucionar, mediante la colocación de dineros que previamente ha captado del público es decir, realizar la labor de intermediación financiera.

No cabe duda que el desarrollo del sistema financiero es un factor determinante para el crecimiento de un país. Su importancia radica en la posibilidad que este tiene de recolectar el ahorro de la sociedad y distribuirlo a las personas y empresas que necesitan capital para sus actividades económicas. Un sector financiero eficiente y comprometido tenderá a distribuir los recursos de ahorro hacia sus usos más productivos. De esta manera contribuye a la productividad en la economía.

El desarrollo financiero también afecta el crecimiento económico al aumentar y hacer más barato el financiamiento de empresas que requieren capital externo para su expansión, juega un papel fundamental en el surgimiento de empresas nuevas.

El sistema financiero colombiano se encuentra estructurado sobre la base de la banca especializada es decir, se trata de un sistema financiero en el cual existen diversas instituciones como bancos, administradoras de fondos de

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 de 1999. M.S. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: El Autor, 1999.

pensiones, corporaciones financieras, sociedades fiduciarias, entre otras, las cuales prestan cada una sus respectivos servicios financieros especializados de acuerdo con su particular naturaleza.

Durante los últimos años se ha registrado la compraventa de entidades financieras de tradición, la privatización de otras y en general la reorganización del sistema financiero. Los grandes grupos económicos reorganizan su negocio, centralizan sus inversiones y hacen más rentable la operación financiera.

Nuestro sistema financiero tiene un gran reto, evolucionar hacia una oferta basada en servicios universales, tal como se trabaja en la banca mundial. El primer paso para alcanzarlo ha sido reorganizar la oferta es decir reducir la cantidad de entidades en unas cuantas compañías que buscan eficiencia con menos costos operativos. La integración de las compañías se ha venido realizando a través de un trabajo al interior de éstas, consolidando la operación, unificando plataformas tecnológicas, servicios, sucursales, posesionando unas marcas, redefiniendo productos; lo anterior como consecuencia de la fusión de dos o más organizaciones totalmente diferentes.

El sistema de banca universal fue adoptado hace muchos años en el mundo y ha sido la clave para lograr la eficiencia que se espera. En Colombia implementarlo ha sido demasiado lento. Se dio inicio al nuevo esquema con la Ley 45 de 1990 garantizando la sanidad del sistema para que fuera compatible con los desarrollos que en la materia presentan por ejemplo el Acuerdo de Basilea. La norma incluye la multibanca donde todas las entidades pueden hacer prácticamente lo mismo y se eliminan las fronteras que constituían la competencia de cada tipo de entidad. Sin embargo no puede olvidarse que la banca universal genera altos costos para la supervisión por parte del Estado.

Las reformas legislativas de principios de los años noventa tuvieron un gran impacto sobre el desarrollo del sistema financiero en la última década del siglo XX. De un mercado y un sistema relativamente pequeño y reprimido se hizo tránsito hacia uno más grande, diversificado, profundo y refinado, mucho más libre en su operación, especializado a través de filiales y universal en sus mecanismos de captación de recursos y de otorgamiento de créditos.

En cuanto a regulación jurídica se refiere, el sistema financiero colombiano se estructura sobre una relación jerárquica donde el primer nivel lo componen las normas constitucionales referentes a la intermediación financiera y la banca central.

El segundo nivel se compone básicamente de la legislación financiera conformada por leyes de carácter general y ordinario como por ejemplo la Ley 35 de 1993, y los decretos con fuerza de ley como el anterior Decreto 1730 de 1991 y el vigente Decreto 663 de 1993.

En el tercer nivel se ubican los actos administrativos de carácter nacional expedidos por las autoridades administrativas financieras y las resoluciones expedidas por la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia es decir la Junta Directiva del Banco de la República.

En el cuarto nivel se encuentran los actos administrativos de carácter general proferidos por las autoridades de inspección, vigilancia y control como las circulares y resoluciones expedidas por la Superintendencia a través de los cuales se interpreta y se instruye sobre la forma como deben ser aplicadas las normas de carácter superior.

Finalmente, es pertinente ubicar los demás actos administrativos generales emitidos por otras autoridades financieras como el Banco de la República, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, ente otras, dada su finalidad de reglamentar las disposiciones jerárquicas superiores o ejercer atribuciones especiales otorgadas por ley.

Sin pretender profundizar en ello pues no constituye el objeto del presente trabajo, a continuación se presenta de manera simple la actual estructura del sistema financiero colombiano en los siguientes términos:

I. Las Instituciones Financieras. En Ellas Es Posible Ubicar:

Los Establecimientos de Crédito, son instituciones financieras cuya función principal consiste en captar en moneda legal recursos del público por medio de depósitos a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, anticipos u otras operaciones activas de crédito. Son denominados también intermediarios financieros y uno de sus rasgos fundamentales es su capacidad para producir expansión secundaria del dinero a través del otorgamiento de crédito a partir de los depósitos que aceptan en cuentas corrientes. Se destacan entre los más relevantes establecimientos de crédito, los siguientes:

Los establecimientos bancarios cuya función principal es la captación de recursos en cuentas corrientes, así como la captación de depósitos a la vista o a término, principalmente con el objeto de realizar operaciones activas de crédito. Se trata en términos generales de los bancos comerciales que adelantan la mayor parte de la financiación de la economía del país, y de los bancos hipotecarios donde las operaciones crediticias se garantizan con bienes inmuebles.

Las corporaciones financieras, su principal función es la captación de recursos a largo plazo a través de depósitos, con el propósito de fomentar la creación, reorganización, fusión o transformación de empresas y en general realizar operaciones activas de crédito. El desarrollo de su objeto principal implica la participación accionaria en empresas con el propósito de mejorar su situación y recibir utilidades vía la venta de dicha participación o al momento de repartición de dividendos. Es importante expresar que por disposición legal, los

establecimientos bancarios no pueden realizar inversiones en acciones de sociedades del sector real. A través de ellas se adelantan la estructuración de proyectos de infraestructura, de créditos sindicados y de emisiones en el mercado público de valores.

Las compañías de financiamiento comercial, captan recursos del público con el propósito de financiar la comercialización de bienes y servicios y realizar operaciones de arrendamiento financiero o leasing. A partir de la entrada en vigencia de la recientemente expedida Ley 1328 de 2009 se les denomina simplemente compañías de financiamiento y sus operaciones son de forma similar autorizadas igualmente a los bancos.

Las cooperativas financieras, a partir del año 1998 las cooperativas financieras fueron calificadas expresamente como establecimientos de crédito, su objeto es la actividad de intermediación financiera. Dada su naturaleza jurídica de entidades cooperativas, se encuentran reguladas por la Ley 79 de 1988.

De manera general debe resaltarse que las instituciones financieras antes mencionadas, dado su objeto principalísimo de captar ahorro del público, se encuentran expuestas al riesgo de ser utilizadas para fines ilícitos y por lo tanto son destinatarias de las normas referentes a la prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo.

- II.** Las Sociedades de Servicios Financieros o Auxiliares del Crédito, son instituciones financieras que si bien captan recursos del ahorro público, por su naturaleza se consideran como instituciones que prestan servicios complementarios y conexos con la actividad financiera. Se destacan:

Las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías cuyo objeto exclusivo es la administración y manejo de los fondos de pensiones y cesantías, tanto obligatorias como voluntarias. Como resultado de su actividad y debido al gran tamaño de los recursos que administra, se han convertido en los inversionistas institucionales más importantes del país y por lo tanto juegan un papel definitivo en el mercado público de valores.

Las sociedades fiduciarias, su principal actividad es actuar como agentes fiduciarios bien sea que se trate de simples mandatos o encargos fiduciarios, o como administradores de patrimonios autónomos dada la transferencia en propiedad de los bienes encargados. Actualmente son instituciones que atraen grandes recursos a través de los fondos comunes ordinarios que ofrecen rentabilidad mayor a los depósitos a la vista o de corto plazo de los establecimientos de crédito. Desempeñan una labor fundamental en la emisión de bonos en el mercado de capitales, en la estructuración de créditos y en la financiación de proyecto debido a su función de administradores de patrimonios autónomos que sirven de vehículo de fuentes de pago y garantías.

Los almacenes generales de depósito son auxiliares del crédito por el objeto de depósito, la conservación y custodia, el manejo y distribución, la compra y venta por cuenta de sus clientes de mercancías y de productos de procedencia nacional o extranjera. Para el efecto pueden emitirse certificados de depósito o bonos de prenda.

- III. Las Sociedades de Capitalización y otras Instituciones Financieras como los organismos cooperativos de grado superior. Su objeto consiste en estimular el ahorro mediante la constitución, en cualquier forma, de capitales determinados, a cambio de desembolsos únicos o periódicos, con posibilidad o sin ella de reembolsos anticipados por medio de sorteos.
- IV. Entidades Aseguradoras e Intermediarios De Seguros, es posible ubicar las compañías y cooperativas de seguros y reaseguros, los corredores de seguros y reaseguros y las agencias y agentes de seguros.
- V. Instituciones Complementarias, donde es posible ubicar las sociedades de servicios técnicos o de administrativos.
- VI. FOGAFIN, entidad gubernamental encargada de administran las instituciones financieras que han sido objeto de toma de posesión, sea con el propósito de dirigir o de liquidar la respectiva institución, decisión que se toma generalmente luego de un tiempo cuando la institución ha sido intervenida.

1.3 EQUILIBRIO Y ESTABILIDAD ECONÓMICA

En el campo de lo económico, incluyendo en éste el componente financiero, es necesario el cumplimiento del mandato constitucional de definir una política económica unitaria esto es, que la acción del Congreso, del Gobierno y de la Junta Directiva del Banco de la República sean complementarias y subordinadas a un objetivo común definido por la evolución de la economía en su integridad; para en esta forma determinar la orientación dada a las políticas macroeconómicas.

Sin embargo, en la práctica es factible que el ejercicio de las potestades económicas de las distintas autoridades se dirija por caminos diferentes, colocando en un segundo lugar las ventajas de una adecuada coordinación en la política macroeconómica. Así las cosas, el fundamento y la finalidad de la intervención estatal se ve desplazado por el cumplimiento de metas específicas y de manera separada en materia económica. Las autoridades macroeconómicas señaladas en la Constitución Nacional, el Congreso, el Ejecutivo y la Junta Directiva del Banco de la República, como un solo órgano, deben apuntar a la realización de los objetivos y metas que se establezcan en el Plan de Desarrollo. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional:

Sentencia C-487 de 1992. Corte Constitucional

...
" El Congreso mantiene su función de dictar los lineamientos de la intervención. En efecto, el artículo 150-21, al reconocer la facultad del Congreso de expedir las leyes de intervención económica, exige que esta competencia se ejerza de manera precisa, para definir fines y alcances y, particularmente, dejando diáfano trazados los límites de la libertad económica. Puede decirse que la facultad de intervención en la economía dentro del sistema constitucional colombiano, en lo esencial, descansa primordialmente en el Congreso y por esto es una función que se ejerce en atención a intereses nacionales y unitarios."....

..." El Congreso quedó investido de amplias facultades para regular la economía en la Constitución de 1991. Fue la intención de la Asamblea Nacional Constituyente darle al órgano legislativo el liderazgo en materia de definiciones de política económica. Esto se expresa entre otras funciones, en la facultad de regulación de la moneda (C.N., art. 150-3) y la de fijar claros parámetros de la política monetaria, que a pesar de estar en manos de la Junta Directiva del Banco de la República (art.372), debe sujetarse a lo que determine la ley. También regula las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos del público (C.N. art. 150-19), categoría que abarca las actividades financieras, bursátil y aseguradora. Igualmente regulará el congreso las materias de comercio exterior, aduanas, crédito público así como los cambios internacionales. Si a las competencias legislativas mencionadas se añaden las funciones de disponer lo relativo al presupuesto en el nivel nacional (ley orgánica y ley anual de presupuesto), la planeación (ley orgánica de planeación y ley del plan) y la intervención económica, se comprende que el órgano legislativo detenta buena parte de las funciones económicas, por lo menos en el nivel más general de su formulación...."¹⁷.

Así mismo, las facultades en materia económica son compartidas entre el Congreso y el Presidente de la República. Por lo anterior, la Corte ha precisado al respecto y concretamente sobre las competencias en el sector financiero lo siguiente:

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-487 de 1992. Bogotá: El Autor, 1992.

Sentencia Corte Constitucional C-126 de 2003.

“... Para la regulación de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, la Carta establece un reparto particular de competencias, pues atribuye al Congreso la expedición de leyes marco o cuadro, que deben limitarse a señalar las normas generales que rigen esas actividades, e indicar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el gobierno en su intervención (C.P. art. 150, ord. 19), mientras que corresponde al ejecutivo ejercer la intervención en esas actividades, así como desarrollar la inspección y vigilancia de las entidades que adelantan esas labores (C.P. art. 189, ord.25)¹⁸.

En este orden de ideas resulta claro que las competencias constitucionales están entonces bien definidas: mientras al legislativo le compete fijar políticas, orientar y dar criterios en términos generales y abstractos; al ejecutivo le corresponde concretar las normas, tomar las medidas específicas fundadas en la ley pero limitada al marco de éstas.

Al Congreso también le corresponde adelantar el control policivo sobre las acciones de gobierno y de los órganos autónomos, en materia económica. Debe debatir el grado de coordinación como las autoridades ejercen sus competencias y el enfoque de la política misma. Los funcionarios gubernamentales deben atender las citaciones del Congreso. En este contexto, se le ordena al Banco de la República rendir informes al Congreso sobre la ejecución de las políticas a su cargo. Así las cosas, si bien la Constitución en su artículo 371 le otorga al Banco de la República velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda, no lo hace de manera ciega sino en coordinación con la política económica general; por ello con el pretexto de combatir la inflación no podría por ejemplo ejercer su función sin consideración a los efectos de la recesión o el empleo.

No cabe duda de que es a través de estrictos controles políticos y jurisdiccionales cómo es posible hacer realidad la coordinación entre las políticas a cargo de la Junta del Banco de la República y la política económica en su conjunto. El control político a cargo del Congreso de la República y el control jurisdiccional mediante el reconocimiento de actos como de carácter administrativo.

Podría afirmarse que una política económica es eficiente cuando el mejor uso de los recursos eleva el bienestar de una mayor parte de las personas afectadas. Una decisión ineficiente despilfarra los recursos, entrega menos

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-126 de 2003. Bogotá: El Autor, 2003.

bienes públicos y puede favorecer a un grupo de personas pero disminuye el bienestar de las personas así excluidas del disfrute de los bienes públicos. Una decisión redistributiva es la que beneficia a un grupo a costa de otro grupo que puede ser incluso mayoritario.

Así mismo, una norma vinculada con el orden público económico será eficiente si aumenta el bienestar de la mayoría, lo que se logra en la medida en que esa mayoría intervenga en la toma de decisiones. Por lo anterior, los países democráticos, en aplicación de sus principios, no permiten que las Cortes decidan sobre asignaciones de gasto público por ser esta una función de los poderes elegidos que debe ser tomada en un lugar donde todos los afectados puedan pronunciarse es decir, en el Congreso. El hecho de que este órgano no funcione adecuadamente no hace de ello una razón determinante para que la Corte Constitucional sea quien decida.

Se ha presentado en el país un cierto desorden institucional por falta de definiciones claras acerca de las competencias, por ejemplo entre las Cortes; se han presentado momentos de caos en la definición de las responsabilidades y esto dificulta la necesaria cooperación entre las mismas. Ello se ha evidenciado en los choques de competencias, especialmente al momento de determinar las instancias finales de decisiones.

No obstante, para el Ejecutivo en algunas circunstancias los fallos contradicen la política monetaria o fiscal y las autoridades responsables de los asuntos han analizado que las Cortes al fallar deben considerar la coyuntura económica y los efectos macroeconómicos. Es como si existiera un conflicto entre el tema garantista de la Corte Constitucional y el tema estrictamente fiscal que manejan las autoridades económicas. Lo anterior rompe el equilibrio entre los poderes del Estado.

Finalmente, es claro que una acertada política económica debe ser dimensionada y diseñada sobre criterios más estables, con participación de los órganos de elección popular, a la luz de la Constitución y bajo lineamientos legales. En este sentido resulta importante analizar la siguiente sentencia de la Corte Constitucional:

SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-397 DE 1995. MAGISTRADO PONENTE JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. 7 DE SEPTIEMBRE DE 1995.

...."Se trata, como es fácil advertir, de que las políticas que orienta el Estado en materias como la regulación de la actividad financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, que son las aludidas en la demanda, sean trazadas con arreglo a criterios estables y definidos, según estatutos generales promulgados por el legislador, sin que por ello

pierdan la indispensable flexibilidad que consulte las mutaciones propiciadas por los mismos fenómenos objeto de regulación. Claro está, la actividad del Estado en esas materias no se agota en la definición de políticas, en la expedición de las leyes marco, ni en la de los decretos reglamentarios que vayan adaptando la normatividad a las nuevas circunstancias, sino que necesita desarrollarse en concreto, bien mediante normas generales que, en virtud de una competencia residual, expidan entes administrativos como las superintendencias en lo no establecido por la normatividad jerárquicamente superior, ya por las actividades de control, inspección y vigilancia a cargo de tales organismos especializados, todo con el objeto de que el Estado pueda cumplir el objetivo general señalado en el artículo 335 de la Constitución, a cuyo tenor las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación -que son las mismas previstas en el literal d) del numeral 19 del artículo 150 C.P.- son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, "la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito". Bien puede la ley establecer que el Gobierno actuará por conducto de los aludidos entes, los cuales pueden tener a su cargo funciones reguladoras, siempre que se sometan a los órdenes normativos de más alto rango, y ser titulares de atribuciones concretas de intervención, control y sanción sobre quienes caen bajo su vigilancia en cualquiera de las actividades enunciadas.

No podría sostenerse una tesis que prohijara la absoluta imposibilidad de que las funciones gubernamentales en tan importantes y complejos asuntos fueran ejercidas por órganos desconcentrados, si bien bajo la dirección y la orientación del propio Gobierno y dentro de los lineamientos trazados por la ley.

...

.... El artículo 334 ibídem, por su parte, confía al Estado la dirección general de la economía y le ordena intervenir, por mandato de la ley, en las distintas etapas del proceso económico, para racionalizarlo y para conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, así como para promover la productividad y la competitividad, entre otros propósitos. Nada se podía cristalizar al respecto sin la existencia de organismos que apoyen la acción gubernamental y dispongan lo necesario para llevar a la práctica los mandatos generales de la ley."¹⁹ ...

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-397 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. 7 de Septiembre de 1995. Bogotá: El Autor, 1995.

Puede concluirse entonces que en Colombia las políticas del Estado en materia económica deben ser trazadas con arreglo a criterios estables y definidos, promulgados por el legislador; se requiere de una ley marco, de la reglamentación a cargo del Gobierno Nacional, y de la constante intervención y la permanente vigilancia de entidades administrativas dependientes del Poder Ejecutivo.

2. LA INTERVENCIÓN EN EL SISTEMA FINANCIERO

La regulación económica como institución, permite un grado de intervencionismo de Estado que no puede estar encaminado a reducir las facultades de libertad y preferencias de los individuos; por el contrario, debe estar encaminado a proporcionar y garantizar que esas facultades se sigan realizando en un escenario de conveniencia para todos los actores.

La intervención del Estado no tiene como objetivo constreñir la voluntad de los agentes económicos, tiene como objetivo garantizar que los agentes del mercado puedan mantenerse en él en condiciones de equidad, transparencia y estabilidad; es por ello que el Estado tiene el deber de fomentar, controlar, intervenir y regular la actividad financiera como actividad económica, buscando el interés general y un orden económico justo.

La intervención del Estado en el sistema financiero es fundamental para preservar la estabilidad del sistema de pagos de la economía, proteger el ahorro de la comunidad, garantizar un adecuado financiamiento del sector productivo, profundizar el ahorro bancario, democratizar el crédito, proteger al usuario y regular la oferta monetaria. Por lo anterior, la actividad financiera debe ser una de las actividades de la economía más reguladas por el Estado si se tiene en cuenta que ella compromete el ahorro público y que en ella reside el sistema de pagos de la economía.

La literatura internacional recomienda mejorar la supervisión financiera tomando medidas para evitar la disparada del crédito en momentos de bonanza en el ingreso de recursos externos. Adicionalmente existen otras recomendaciones internacionales como el manejo del riesgo, entre ellos el manejo del riesgo de **lavado de activos**; igualmente fortalecer el nivel técnico de los visitadores, e independizar y fortalecer al ente regulador. Sin embargo algunos estudios señalan que regulaciones muy restrictivas tienden a aumentar la fragilidad del sistema y que mayores restricciones están asociadas a sistemas financieros subdesarrollados²⁰. Puede concluirse que debe existir una intervención y supervisión estricta pero sin caer en la sobre regulación.

Al momento de abordar el análisis de las diferentes crisis económicas que el sistema financiero ha experimentado en el país, se hace necesario evaluar el papel del intervencionismo estatal. A partir de 1995 el Sistema Financiero Colombiano fue objeto de un mayor control, control encaminado a evitar que sus servicios fueran empleados para el desarrollo de actividades de blanqueo o **lavado de activos** por parte de organizaciones delictivas, creándose el Sistema Integral de Prevención de **Lavado de Activos** SIPLA. Actualmente se habla del Sistema de Administración del Riesgo de **Lavado de Activos** y de la Financiación del Terrorismo SARLAFT; Sistema de control de riesgo que

²⁰ MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de derecho bancario colombiano. 2 ed. Bogotá: Legis, 2004. p. 75

pretende evitar que las instituciones financieras sean utilizadas para dar apariencia de legalidad a activos provenientes de actividades delictivas o para canalizar dineros o recursos hacia la realización de actividades terroristas.

La intervención estatal en términos generales, incluyendo en ésta la intervención estatal para controlar el riesgo de **lavado de activos**, puede adoptar distintas modalidades de acuerdo con los medios que se utilicen para dar forma a la voluntad estatal. De acuerdo con el Doctor Nestor Humberto Martínez Neira, se reconocen cuatro tipos de manifestaciones del poder interventor del Estado: La intervención regulatoria o legislativa, la supervisión, vigilancia y control del aparato financiero, la intervención de apoyo y la intervención indirecta.²¹

- **La intervención regulatoria**, a través del establecimiento de un conjunto de preceptos que ordenan la conducta de las instituciones asignándoles un papel y unas responsabilidades dentro de la concepción del desarrollo y la justicia que postule cada organización social. Se ejerce a través de leyes expedidas por el Congreso, por el Ejecutivo en ejercicio de facultades extraordinarias, o pueden desarrollarse a través de disposiciones de inferior categoría que se imponen en el sector con el mismo carácter vinculante de las leyes.

La materia es extensa e incluye desde las definiciones institucionales del sistema, de las clases de instituciones, su régimen, las autoridades del sector y sus competencias. La finalidad de la intervención regulatoria la constituyen la estabilidad de la moneda evitando presiones inflacionarias por el exceso en el nivel de liquidez; la profundización financiera al estimular o desalentar el ahorro; la protección de los depositantes e inversionistas contando con sistemas de supervisión sofisticados que eviten pérdidas de capital de los depositantes con una regulación preventiva o prudencial; la eficiencia y la competitividad que al interior del sistema se traduce en mejor calidad de los servicios; la democratización del crédito o distribución del crédito de manera más conveniente y generando una mejor dispersión del riesgo dentro del sector y finalmente la protección al consumidor a través de la revelación de información suficiente que permita a los clientes apreciar la real condición de la entidad.

La intervención regulatoria o legislativa puede corresponder a una regulación institucional que tiene por objeto definir el modelo del sistema, las clases de instituciones, su objeto; a una regulación prudencial o preventiva que se ocupa de asegurar la solvencia y la liquidez de las entidades así como de diversificar los riesgos financieros entre ellos el riesgo de **lavado de activos** y financiación de actividades terroristas; y una regulación financiera o de carácter coyuntural que corresponde al Banco de la República en su condición de autoridad

²¹ Ibid., p. 79

monetaria y cambiaria por ejemplo referente a las tasas de interés, volumen del crédito, encajes, tasas de cambio, entre otros.

Compartimos la posición del autor al expresar que la modernización ha generado mayor flexibilidad en la operación, liberalización del mercado; tendiendo al fortalecimiento de la regulación y la supervisión prudencial como contrapartida por la libertad. Hay mayor libertad para operar de acuerdo con las reglas del mercado pero deben observarse estrictamente las normas sobre liquidez y solvencia.

- **La segunda modalidad de intervención del Estado es denominada por el autor supervisión, la vigilancia y el control del aparato financiero.** Pretende verificar el cumplimiento de reglas organizacionales y prudenciales para asegurar la fluidez del sistema y su estabilidad. Implica la puesta en marcha, desplegar un sistema de seguimiento a la evolución de cada entidad y adoptar correctivos y sancionar conductas.

Compartimos igualmente el planteamiento del autor al señalar que no es posible una política de liberación alejada de seguridades que nazcan a partir de las reglas prudenciales, pero que requieren la vigilancia de su cumplimiento efectivo mediante entes de supervisión idóneos, suficientes y autónomos.

La supervisión procura objetivos de carácter general y específicos dentro de un marco de la conservación del orden público económico y la necesaria profundización de los sistemas financieros como prerrequisito fundamental del crecimiento económico y del desarrollo. Concordante con esta modalidad de intervención, el artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero menciona como objetivos de la vigilancia asegurar la confianza pública en el sistema financiero, velar por la solidez económica y la liquidez de las instituciones, evitar que personas no autorizadas ejerzan la actividad, procurar el normal funcionamiento del mercado y proscribir prácticas restrictivas del libre comercio.

Para estos objetivos el supervisor debe evaluar frecuente y sistemáticamente los distintos riesgos a que están expuestas las entidades (riesgo de crédito, riesgo de mercado, riesgo de cambio, riesgo de tasa de interés, riesgo de valores, riesgo de liquidez, entre otros), para adoptar medidas preventivas suficientes y evitar pérdidas de solvencia.

Los requisitos de la supervisión financiera se encuentran referidos a que ésta se ejerza de forma independiente, universal, integral, autónoma, preventiva y especializada. Así las cosas, es necesario crear autoridades de control protegidas de intereses partidistas, sectoriales; que tengan sobre el sistema financiero un conocimiento completo y ejerzan las competencias suficientes para conservar su estabilidad; con vigilancia

integral sobre el sistema independiente de su actividad pero siempre que ésta corresponda a la financiera; con capacidad de autogestión en el ámbito financiero, administrativo y técnico; y con funciones preventivas, coercitivas o punitivas.

La supervisión reconoce dos modalidades, un control formal o de gabinete, que se realiza con verificaciones y exámenes llevados a cabo a partir de documentos que las entidades suministran; y un control in situ, que se ejerce a través de la visita de inspección a las entidades, en los términos señalados en el artículo 326 numeral 4° del Estatuto orgánico del sistema Financiero.

La Superintendencia como órgano de supervisión posee la facultad de concesión que se ejerce al otorgar personería jurídica y habilitar la operación de las entidades; la facultad de autorización cuando se evalúa con carácter preventivo diferentes decisiones administrativas o gerenciales como fusiones, transformaciones sociales, adquisiciones, inversiones en el exterior, entre otras; la facultad de regulación a través de la expedición de reglamentos técnicos o regulaciones necesarias para lograr la cumplida realización de las funciones de inspección y vigilancia; la facultad de asesoramiento o consulta; la facultad de control a través de visitas de control, y labores de auditoría financiera y contable; la facultad de información asegurándose que las entidades provean de suficiente información al público y creando sistemas de información comercial sobre la cartera; la facultad de certificación en materia de existencia y representación legal y tasas de interés; y finalmente la facultad sancionatoria.

- **La tercera modalidad de intervención es la denominada por Martínez Neira como apoyo**, que corresponde a todos aquellos medios para recuperar a las instituciones de graves condiciones de iliquidez o de insolvencia que amenace con extenderse al sector. Se trata de rescatar entidades para salvaguardar la confianza pública dando lugar en ocasiones al desplazamiento previo de la administración, a la oficialización o nacionalización de entidades o imponiendo condiciones al desarrollo de la operación. Las medidas generalmente se adoptan a través de la banca central como banquero de última instancia.
- **Por último, la intervención puede darse de forma indirecta**, a través de la banca pública u oficial. Por muchos años se utilizó para otorgar subsidios a diferentes sectores, canalizar el crédito y en general como instrumento de política económica. Generalmente cuentan con regímenes particulares o especiales. El autor manifiesta, consideramos que con acierto, que la banca pública puede ser un instrumento de intervención a través del cual las autoridades contribuyan a dinamizar la competencia y hacer frente a carteles del sector privado.

2.1 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES

La Constitución Política de 1991 facultad al Congreso de la República para dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para regular la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; así lo determina el artículo 150, numeral 19, literal d). Al propio tiempo que define como responsabilidad constitucional del Presidente de la República el ejercicio de la inspección y vigilancia sobre las personas que realizan estas actividades en el artículo 189 numeral 24 y 25.

La actividad financiera en Colombia encuentra entonces con expresas referencias en la Constitución Política, quien faculta al Congreso de la República para que éste, en su calidad de legislador, expida leyes de carácter general en las cuales se indiquen los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno al momento de expedir las normas reguladoras de la actividad financiera y bursátil.

Con el tiempo, el congreso ha expedido varias leyes, principal y recientemente, la Ley 45 de 1990, la Ley 510 de 1999 y la Ley 795 de 2003, sobre las cuales el Gobierno, en virtud de la delegación constitucional, ha expedido numerosos decretos. Así mismo, la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, como entidad perteneciente a la rama ejecutiva del poder público pero con facultades regulatorias en virtud de fenómeno de la delegación, constantemente expide circulares y resoluciones que regulan el detalle de la actividad financiera.

Por su parte, el Banco de la República, como autoridad monetaria y cambiaria por expresa disposición constitucional, expide normas referentes al encaje y las tasas de interés e igualmente normas en materia cambiaria. Ambas áreas se encuentran estrechamente ligadas a la actividad financiera.

Teniendo en cuenta que las entidades financieras pueden ser utilizadas para transferir o depositar dineros originados en actividades ilícitas, han surgido para éstas el deber legal de colaborar con las autoridades en la prevención y persecución de las conductas delictivas correspondientes.

Al mismo tiempo se trata de preservar la estabilidad del sector financiero pues estas conductas ilícitas pueden afectar la liquidez de las entidades por ejemplo porque se dictan medidas cautelares de congelación de depósitos o porque pueden dar lugar a afectar la confianza pública si se hace evidente la vinculación con actividades ilícitas.

El tema debe ser manejado desde un doble plano: desde el plano del derecho penal y del plano del derecho financiero. Se han promulgado diferentes estatutos para fortalecer los sistemas de pago con medidas preventivas y de colaboración.

Al respecto, debe mencionarse con especial importancia la Declaración de Principios del Comité de Regulación Bancaria y Prácticas de Supervisión de Basilea, emitidas en 1988, pues constituyen una guía de recomendaciones que procuran restringir el flujo en las entidades de moneda procedente de la comisión de delitos mayores, a partir del principio de conocimiento del cliente y exhorta a la industria financiera a adoptar estándares éticos que orienten sus relaciones de negociación con la clientela.

En este mismo sentido debe mencionarse el Informe del Grupo de Acción Financiera del Grupo de los Siete sobre Lavado de Dinero, donde los siete países más industrializados junto con el presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas en julio de 1989 evaluaron los resultados de la cooperación para impedir la utilización de los sistemas financieros para el lavado de dinero y explorará esfuerzos preventivos adicionales. Presentó su informe en 1990 y se compone de 40 recomendaciones acerca del mejoramiento de los sistemas legales para combatir este delito, fortalecer el papel del sistema financiero. Fue publicado en junio de 2003.

Y el Reglamento Modelo sobre el delito de lavado relacionado con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos de la Comisión Interamericana contra el Abuso de Drogas, CiCad.

La Convención de Viena de 1988 contra el delito de estupefacientes incorporada a nuestro derecho interno, obliga a las partes contratantes a adoptar medidas para tipificar los delitos conexos a estas actividades entre ellos el blanqueo de capitales y se orienta a privar a los involucrados del producido de sus delitos.

En el sistema financiero colombiano se destaca el papel en el suministro de información que pueda culminar con el embargo y decomiso de los bienes generados en actividades ilícitas.

Con ocasión de la participación de Colombia en el Reglamento Modelo de la CICAD en 1991, aprobado por la Asamblea General de la OEA en 1992 y recomendada su incorporación en la legislación interna, Colombia inicia el cambio adecuando su normatividad a la prevención y represión del **lavado de activos**.

En 1992 se expide el primer estatuto de autorregulación siguiendo los lineamientos del Modelo de la CICAD, luego se obliga a los bancos a llevar registros sobre movimientos de capital y transacciones en efectivo e informar a la Fiscalía operaciones de clientes por magnitudes o por modalidades. Lo anterior se ha complementado con la Ley 526 de 1999 al crearse la Unidad de Inteligencia Financiera como Unidad Especial adscrita al Ministerio de Hacienda, creada con el objetivo de orientar la lucha contra el **lavado de activos**.

2.2 FUNDAMENTOS LEGALES

Dada la evolución de la mayoría de las economías de mercado, inspiradas en los desarrollos que se estaban presentando en Basilea y en los países de la OCDE, se realizó en Colombia la reforma financiera, plasmada inicialmente en la Ley 45 de 1990 y en la Ley 35 de 1993. Estas disposiciones redefinieron el papel y la estructura del sistema financiero colombiano y comenzaron a modificar el modelo de regulación que se traía hasta ese entonces.

Concretamente, la Ley 45 de 1990 pretendió facilitar la entrada de nuevos competidores al sistema financiero, desarrolló la legislación del mercado de seguros, ofreció herramientas jurídicas para las fusiones, conversiones y escisiones, permitió la figura del holding conglomerado donde bajo el esquema y constitución de filiales se permite realizar actividades diferenciadas en el sistema financiero.

En 1993 se expidió la Ley 35 por medio de la cual se definió el ámbito de intervención estatal en el sistema financiero, asegurador y de valores. Se delimita su papel de intervención mediante la Junta Monetaria que debía dividir sus poderes entre la Junta Directiva del Banco de la República, con autonomía e independencia, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante el papel vigilante de la Superintendencia Bancaria y de Valores. En este mismo sentido la ley fija el marco de inspección y vigilancia del sistema financiero.

De esta manera se establece la reforma financiera de 1990, promoviendo un sector financiero más competitivo, eficiente y sólido.

Mediante el Decreto Extraordinario 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se comprende en un solo cuerpo normativo el conjunto de disposiciones relacionadas con la regulación del sistema financiero colombiano.

Esta disposición reemplazó la Ley 45 de 1923, Ley Original de Bancos y el Decreto Ley 1730 de 1991, primer Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en el cual el presidente contó con las facultades concedidas en el artículo 25 de la Ley 45 de 1990 para sistematizar, integrar y armonizar en un solo cuerpo jurídico las normas vigentes que regulan las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. Así mismo lo facultó para reorganizar las diferentes disposiciones con el fin de unificar la aplicación de las normas que regulan la constitución de instituciones financieras, simplificar y abreviar los procedimientos administrativos a cargo de la Superintendencia, sin alterar el contenido de las disposiciones incorporadas al Estatuto.

El Decreto 663 de 1993 fue expedido con fundamento en las facultades extraordinarias del artículo 36 de la Ley 35 de 1993, esta nueva disposición no incluye disposiciones sobre el Banco de la República. Debe anotarse que no obstante en la Constitución de 1991 el Ejecutivo presenta la facultad de

intervención en el sector financiero, esta competencia debe ajustarse a una ley marco expedida por el Congreso de la República para tal efecto.

Ha dicho la Corte Constitucional, a propósito de la facultad de intervención del Ejecutivo en el sector financiero partir de la Carta de 1991, lo siguiente en Sentencia C-021 de 1994: ...” *El ejercicio de esta función está condicionado a la voluntad del legislador, en la medida en que éste 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*²²...

De donde se concluye que los nuevos reglamentos gubernamentales tendrán asidero en la ley misma y, en consecuencia, no podrá continuar considerándose reglamentos autónomos. Ellos les imponen subordinación, en su condición de actos administrativos, tanto a la Constitución como a la ley marco correspondiente.

Este Estatuto es aplicable entonces a instituciones financieras, establecimientos de crédito, establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, cooperativas financieras, sociedades de servicios financieros, sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, sociedades de capitalización, entidades aseguradoras y reaseguradoras, intermediarios de seguros; y a autoridades que intervienen en el mercado financiero como la Superintendencia, y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

En cuanto a su aplicación, existen dos situaciones concretas en las cuales debe suplirse el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: cuando éste efectúa alguna remisión expresa a alguna disposición especial, y en el evento en que no exista regulación expresa para supuesto fáctico en estudio caso en el cual debe acudir a la aplicación indirecta o análoga de la ley.

Específicamente en el tema del **lavado de activos**, lo que se ha buscado es dotar a los particulares que ejerce actividades de intermediación financiera, que participan en el sector asegurador, bursátil y cambiario y de comercio exterior, de mecanismos y herramientas idóneas para evitar que los recursos de origen ilícito ingresen al circuito económico legal y se confundan con los recursos de legítima procedencia. Evitando así que sectores sensibles de la economía sean utilizados para encubrir el origen ilícito de los recursos. Lo anterior afecta la moral, lesiona y pone en peligro la confianza en el sistema.

De conformidad con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las entidades financieras están obligadas en torno al tema, a:

- I. Adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas

²² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-021 de 1994. Bogotá: El Autor, 1994.

como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.

- II. Conocer adecuadamente la actividad económica que desarrollan sus clientes, su magnitud, las características básicas de las transacciones en que se involucran corrientemente y, en particular, la de quienes efectúan cualquier tipo de depósitos a la vista, a término o de ahorro, o entregan bienes en fiducia o encargo fiduciario; o los depositan en cajillas de seguridad.
- III. Establecer la frecuencia, volumen y características de las transacciones financieras de sus usuarios.
- IV. Establecer que el volumen y movimientos de fondos de sus clientes guarde relación con la actividad económica de los mismos.
- V. Reportar de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Información y Análisis Financiero cualquier información relevante sobre manejo de activos o pasivos u otros recursos, cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que los mismos están usando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación.
- VI. Estar en consonancia con los estándares internacionales en la materia.

Es necesario igualmente hacer referencia a los reglamentos técnicos, es decir, aquellos actos administrativos que deben expedir las entidades de alta policía económica para asegurar el cumplimiento efectivo de las disposiciones cuya vigilancia se les confía. Corresponden por ejemplo a las órdenes o circulares que suelen expedir organismos de supervisión de las instituciones financieras sin que constituyan una modalidad de usurpación del poder reglamentario del Presidente de la República.

En este sentido lo ha manifestado el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 18 de agosto de 1989, al determinar que... *“por principio las circulares que expide el superintendente bancario no constituyen ejercicio de la facultad presidencial conferida por el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución nacional, sino*

*actos administrativos que contienen mandatos, orientaciones e instrucciones*²³...

Para el efecto el superintendente imparte de ordinario circulares externas de carácter general y cartas circulares que constituyen verdaderos actos administrativos. Ha precisado el Consejo de Estado en la Sentencia citada anteriormente (*Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 18 de agosto de 1989*) que... *"Son externas cuando van dirigidas al público en general o a las entidades vigiladas con el objetivo principal de divulgar el conocimiento de la ley y prevenir su oportuno cumplimiento por parte de ellas. Su fundamento está en la propia ley, reglamento o norma superior que divulga para su cabal observancia, en desarrollo de la competencia que le asigna las normas orgánicas"*²⁴...

Existen importantes pronunciamientos en torno al tema de la participación del Presidente de la República y de los diferentes órganos que componen el Gobierno Nacional, en el ejercicio de la intervención en la economía y en el sistema financiero, de conformidad con el mandato constitucional. Al respecto se destacan los siguientes:

**CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-397 DE 1995.
MAGISTRADO PONENTE JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ
GALINDO. 7 DE SEPTIEMBRE DE 1995.**

..."Una teoría extrema, que exigiera la actuación directa y exclusiva del Presidente de la República y de quienes con él constituyen el Gobierno en sentido restringido para llevar a la práctica la intervención económica y para efectuar en concreto y de modo exhaustivo todas las tareas de investigación, inspección y control sobre las múltiples formas de actividad financiera, bursátil, aseguradora y de intermediación, conduciría al marchitamiento del papel activo y dinámico que la Carta Política ha encomendado al Estado -y, dentro de éste, al Ejecutivo- en la conducción de la política económica, en la intermediación con los diversos fenómenos que son materia de su regulación y vigilancia y en la formulación y ejecución de objetivos concretos que desarrollan las grandes pautas consignadas en las normas constitucionales y legales.

El artículo 333 de la Constitución ha señalado que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero dentro de los límites del bien común, y ha establecido que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado, por conducto de órganos superiores que

²³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 18 de agosto de 1989. Bogotá: El Autor, 1989.

²⁴ Ibid.

fijan políticas, y el Gobierno en concreto, a través de sus agentes, son los llamados a verificar que tales garantías del interés colectivo se cristalicen dentro de los linderos propios de la legalidad pero dentro de una perspectiva adecuada al Estado Social de Derecho.

La misma norma estipula que el Estado impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. El conocimiento concreto de las situaciones que puedan conspirar contra tan claros fines constitucionales y la adopción de las medidas y correctivos pertinentes no pueden estar confiados de manera exclusiva y excluyente a la normatividad genérica incluida en las leyes marco y ni siquiera a la regulación más específica de los decretos gubernamentales que las desarrollan y adaptan. Es indispensable la previsión de órganos que estén dotados de suficiente agilidad y capacidad de indagación, verificación, control y sanción sobre los infractores, y que a la vez gocen de atribuciones suficientes para dictar normas con mayor flexibilidad, que hagan efectivas las reglas básicas y las políticas estatales...

... En cuanto a las superintendencias, previstas constitucionalmente en el artículo 150, numeral 7, es clara su función, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4º del Decreto 1050 de 1968, que dice:

"ARTICULO 4º. De las Superintendencias. Son organismos adscritos a un Ministerio, que dentro del marco de la autonomía administrativa y financiera que les señala la ley, cumplen algunas de las funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que la ley les asigne".

Se trata de organismos en los que se realiza la desconcentración funcional, en cuya virtud se cumplen atribuciones señaladas por la Carta en cabeza del Presidente de la República pero que éste no adelanta de manera personal y directa por absoluta imposibilidad física, por lo cual están a cargo, en concreto, de los superintendentes, dentro del ámbito que señale la ley.

Entre las funciones administrativas del Presidente de la República, según el artículo 189, numeral 24, de la Constitución, está la de "ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público".

Según el artículo 334 de la Constitución, corresponde al Estado ejercer, por mandato de la ley, la intervención en la economía, para asegurar su racionalización, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, entre otros cometidos.

Estas funciones, que corresponden al Estado en su conjunto, no necesariamente deben cumplirse mediante la expedición de decretos reglamentarios de leyes marco, como lo pretende el actor. Y, en cuanto a las que correspondan, según la ley, al Presidente de la República, distintas de la reglamentaria -que le es atribuida a él de manera exclusiva dentro del sistema de las leyes marco (artículos 150, numeral 19, literal d), y 189, numeral 25, de la Constitución)- puede ejercerlas por conducto de organismos o entes administrativos dependientes del Gobierno, como las superintendencias, bajo su orientación y sobre la base de las pautas de las leyes marco y las normas de los correspondientes decretos reglamentarios.

El artículo 209 de la Carta Política señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, "mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".

En concordancia con lo anterior, el artículo 211 de la Constitución dispone que la ley señalará las funciones que el Presidente de la República puede delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

Por ello, no es vulnerada la Constitución Política cuando el legislador crea organismos por conducto de los cuales el Presidente cumple cualquiera de las funciones que le son propias²⁵....

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. CONCEPTO 3685. OCTUBRE 22 DE 2004. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ARTICULO 35 PARCIAL DE LA LEY 510 DE 1999. EXPEDIENTE D-5381. MAGISTRADO SUSTANCIADOR JAIME CORDOBA TRIVIÑO.

...”3. De las funciones Presidenciales

3.1. A partir del artículo 113 constitucional, el sistema político colombiano se basa en la división tripartita del poder público,

²⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-397 de 1995, Op. Cit.,

correspondiendo a la rama ejecutiva ejercer la función administrativa. Dentro de este marco político de corte presidencialista, el Presidente desarrolla varias funciones administrativas las cuales desempeña como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, lo anterior por mandato expreso del artículo 189 superior....

... 3.4. Como suprema autoridad administrativa, le corresponde al Presidente de la República el manejo de la administración pública la cual debe responder a los intereses generales de los ciudadanos, por lo que esta función en particular está avocada a desarrollarse de manera ágil basada en los principios de celeridad y eficacia que buscan facilitar y optimizar la llamada gestión administrativa en general.

3.5. Es claro que al Presidente de la República exclusivamente en cabeza suya le es físicamente imposible desarrollar las múltiples labores señaladas en el artículo 189 constitucional, entre las cuales y de acuerdo con el numeral 24 del mismo, se encuentran las funciones de vigilancia inspección y control "sobre las personas que realicen actividades financieras, bursátil, y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público." Razón por la cual la Constitución Política a partir de los artículos 209, 210, y 211, ha dotado a la administración pública de mecanismos tales como el de la delegación, el de la descentralización y el de la desconcentración de funciones administrativas presidenciales, diseñados especialmente para procurar un óptimo desempeño de la actividad administrativa mediante una apropiada funcionalidad organizacional que permita la realización de los fines esenciales del Estado. ...

... 4.2. La descentralización administrativa "Consiste en el otorgamiento de funciones o competencias administrativas a personas públicas diferentes del Estado, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad". Al mismo tiempo, ésta se presenta de tres maneras: La descentralización territorial, que consiste en el otorgamiento de funciones a las entidades territoriales; la descentralización por colaboración que se refiere al otorgamiento de funciones propias de la administración a particulares aunque éstos las ejercen en nombre de ella; la descentralización especializada o por servicios, que se refiere al otorgamiento de funciones de la administración, a entidades que han sido creadas para cumplir una actividad especializada.

4.3. La delegación ha sido considerada por la doctrina como una forma de desconcentración atenuada, "la delegación por parte de

las autoridades administrativas consiste en transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias". (Derecho Administrativo General y colombiano, Libardo Rodríguez. R.)....

... 7. Tanto las superintendencias como los superintendentes tienen origen constitucional

7.1. El artículo 150, numeral 7 de la Constitución Política establece las facultades que tiene el legislador con relación a la creación, organización, fusión y supresión de las superintendencias, y el artículo 211 de la misma Carta, en cuanto a la facultad que le asiste al Presidente de la República respecto de la delegación de las funciones entre otros en los superintendentes. Las normas superiores en cita, entonces permiten afirmar que la creación de estos órganos está prevista en la Constitución Política "tanto las superintendencias como los superintendentes, son objeto de mención expresa en la Constitución" (sentencia C-1190 de 2000).

7.2. El legislador tiene como función constitucional, la creación, supresión o fusión de ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica, por lo que desde su origen definió a las superintendencias en la ley como "organismos adscritos a un Ministerio, que dentro del marco de la autonomía administrativa y financiera que les señala la ley, cumplen algunas funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa y las que la ley le asigne." (artículo 4º Decreto 1050 de 1968), el artículo 66 de la Ley 489 de 1998 define las superintendencias como organismos creados por ley y que, como lo afirma el profesor Libardo Rodríguez en su obra (Derecho Administrativo General Colombiano) "dentro de los límites de autonomía administrativa y financiera que la misma ley les señala, cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el presidente de la república".

7.3. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha considerado que la creación de estos organismos no solo no es contraria a la Constitución, sino que es necesaria para el cumplimiento de la fusión administrativa que debe estar al servicio de los intereses generales, los que sólo se pueden cumplir cabalmente mediante las figuras de la delegación, la desconcentración y la descentralización. Dentro de esta estructura del Estado, las superintendencias por mandato constitucional se clasifican dentro de los organismos que realizan la desconcentración funcional, de las funciones presidenciales que por mandato constitucional están en cabeza del Presidente de la República, y éste no realiza

personalmente por lo que la ley las deja a cargo de las superintendencias señalándoles su ámbito de aplicación (sentencia C-397 de 1995).

7.4. A partir de las normas y la jurisprudencia mencionada, no queda la menor duda de que las superintendencias sí gozan de indiscutible fundamento constitucional y además de desarrollar tareas asignadas por ley, les corresponde ejercer la función asignada al Presidente de la República como lo es la de vigilancia, inspección y control....

... 9. La delegación de las funciones presidenciales...

... 9.2. Bien sea por delegación presidencial (al superintendente) o por mandato hecho por la ley, la Superintendencia Bancaria está plenamente facultada constitucional y legalmente para ejercer las funciones de inspección, vigilancia y control, por lo que no es contrario a la Constitución Política que el Presidente de la República pueda delegar funciones que la misma ley ha desconcentrado en organismos creados para desarrollar dicha función (sentencia C-1191 de 2000)²⁶.

Estos apartes permiten concluir que las Superintendencias son organismos a través de los cuales se realiza la desconcentración funcional autorizada por la Constitución para el Presidente de la República. Sus funciones son ejercidas en el marco señalado por la ley, de manera muy específica para la Superintendencia Financiera la de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Las superintendencias por mandato constitucional se clasifican dentro de los organismos que realizan la desconcentración funcional, de las funciones presidenciales.

A partir de las reformas de 1993, se propicio la unificación de las diferentes circulares reglamentarias expedidas a lo largo del tiempo, de forma tal que se consolidaran en un cuerpo normativo para facilitar su consulta y ejecución para todas las entidades vigiladas. Así entró en vigencia la Circular Básica de la Superintendencia Bancaria.

Para 1995 se contó por primera vez con dos circulares básicas que reúnen en un solo cuerpo normativo los temas jurídico y contable y financiero. Estas disposiciones consolidan los diferentes ajustes que se han venido proporcionando cada año con nuevas medidas de regulación sin que nunca se pierda la vigencia y unidad de materia.

²⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1191 de 2000. Bogotá: El Autor, 2000.

En torno al tema en estudio, en virtud de reglamentación expedida por la Superintendencia, las entidades que conforman el sistema financiero colombiano, deben adoptar mecanismos de prevención para el **lavado de activos** los cuales se definen como un conjunto de labores o actividades que deben ser realizadas para impedir que la estructura empresarial sea utilizada para encubrir ilícitos. Son reglas de conducta que deben adoptar los administradores, por ejemplo, el conocimiento del cliente, el control de operaciones, el reporte de información, la capacitación a empleados, contar con un códigos de conducta, manuales de procedimientos, órganos de auditoría, oficiales de cumplimiento, entre otros.

Estos mecanismos, procedimientos y órganos de prevención constituyen para cada entidad el Sistema Integral de Prevención del **Lavado de Activos** SIPLA.

2.3 ENTES DE INTERVENCIÓN Y CONTROL

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece dos autoridades especiales para vigilar, intervenir, participar o proferir directrices que afecten el campo de la actividad financiera y aseguradora. Se trata de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, encaminada a ejercer la inspección, vigilancia y el control de las entidades; y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras con funciones concretas de intervención en las entidades. Adicionalmente existen otras instituciones creadas por la ley que intervienen en el sistema financiero, bien como autoridades de control, de fiscalización o como entes de apoyo a la gestión financiera. (Artículos 333, 334 y 335 de la Constitución Política). Como ya fue explicado, el presente trabajo investigativo se concentrará en las Superintendencia Financiera de Colombia como entidad encargada de ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las entidades del sector financiero.

La primera línea de estos organismos la otorga la Constitución Nacional al establecer las distintas ramas del poder público al igual que al consagrar otros órganos autónomos e independientes establecidos para el cumplimiento de las demás funciones del Estado con la obligación de colaborar de forma armónica en la realización de los fines del mismo.

Por ejemplo, y como ya fue explicado anteriormente, a la rama legislativa del poder público corresponde dictar los lineamientos a los cuales debe sujetarse la actividad financiera; por ello al Congreso le corresponde dictar las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno en la regulación de las actividades financiera, bursátil, asegurador y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Por su parte, la rama ejecutiva del poder público, como suprema autoridad administrativa, ejerce de acuerdo a la ley, la inspección, vigilancia y el control sobre las personas que realicen las actividades señaladas.

Y finalmente, la rama jurisdiccional, con sus diferentes órganos, administra justicia; por lo que también debe incluirse dentro de las autoridades financieras.

A partir de la Constitución de 1991, el pronunciamiento de los jueces ha sido relevante en el manejo económico del Estado, generando cambios acelerados con sus correspondientes consecuencias.

No puede dejarse de lado al Banco de la República, autoridad cambiaria, crediticia y monetaria del país. (Artículo 371, 372 de la Constitución Política)

Así las cosas, si bien existen dos autoridades especiales del sistema financiero colombiano, la Superintendencia Financiera, y el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, debe incluirse igualmente en nuestro análisis otras autoridades de carácter constitucional, la Junta Directiva del Banco de la República, el Banco de la República, el Congreso Nacional y el Gobierno Nacional conformado por el Presidente de la República, el Ministro de Hacienda y el Superintendente Financiero.

Sobre los entes de intervención y control del Sistema Financiero y su fundamento constitucional se han presentado importantes pronunciamientos jurisprudenciales. Nos permitimos transcribir los que se han considerado más relevantes para el presente trabajo investigativo al generar conceptos que posteriormente permitirán confrontar sus actuaciones:

SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-1062/03. Expediente D-4647. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 53, numeral 5º, literal c) del Decreto 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, modificado por el artículo 8º de la Ley 795 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA. Noviembre once (11) de dos mil tres 2003.

...” Naturaleza de la actividad financiera. Objetivos y mecanismos de la inspección y vigilancia del Estado sobre tal actividad.

5. Ha dicho la Corte que la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro-inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos. Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal. En efecto, en el modelo “social de derecho”, en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de hacer efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es

objetivo constitucionalmente definido (C.P art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales. Pero más allá de este interés público, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financiera, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público.

El ordinal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, en armonía con el numeral 25 del artículo 189 y con el 335 de la misma Carta, se refiere a la intervención estatal en las actividades financiera, bursátil y aseguradora o en cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público. Para estos propósitos, los citados artículos de la Constitución disponen un reparto de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República, reparto según el cual aquel, por la vía de las leyes marco, señala las pautas y criterios legislativos a los cuales debe sujetarse la actividad presidencial en estas materias.

Entre esas pautas generales fijadas legalmente, actualmente se encuentran, por ejemplo, el señalamiento de la clase de entidades autorizadas para ejercer esas actividades, los requisitos para su constitución y la necesidad de obtener autorización gubernamental para su funcionamiento, el objeto social que deben perseguir y las operaciones que les son autorizadas a cada una de ellas, las inversiones que les son permitidas, las prohibiciones y limitaciones que deben acatar, la responsabilidad de los administradores, y las condiciones más generales de funcionamiento de esas instituciones. De esta manera, estas pautas legales generales pretenden sentar los lineamientos para que el ejecutivo ejerza sus facultades de control, a fin de que las actividades financiera, bursátil o aseguradora se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia, que las entidades cuenten con los niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia, que se democratice el crédito según lo ordena el artículo 335 superior y que se promueva la libre

competencia entre quienes desarrollen dichas actividades, bajo condiciones de equidad y equilibrio.

Por su parte el Gobierno está facultado legalmente para utilizar ciertos instrumentos concretos de intervención, como el autorizar particularmente las operaciones que puedan realizar las entidades y fijar ciertas condiciones respecto de las mismas (plazos, clases y montos de garantías, etc), establecer normas relativas a los niveles de patrimonio exigidos de acuerdo con los distintos riesgos asociados con la actividad, limitar o prohibir, por razones de seguridad financiera, el otorgamiento de avales y garantías por parte de las entidades objeto de intervención, determinar el margen de solvencia, el patrimonio técnico mínimo y el régimen de inversiones de las entidades vigiladas, etc.

La posibilidad de constituir entidades financieras. Límites legales a la autonomía individual.

6. La posibilidad de manejar, invertir o aprovechar el ahorro público está sujeta a la previa autorización estatal, según lo prescribe categóricamente el artículo 335 superior. Ello por cuanto dichas actividades, como se dijo, 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.

Por ello, las libertades de empresa y de asociación para constituir entidades financieras están sujetas a límites especiales que no se aplican a otra categoría de actividades industriales y comerciales, y las personas jurídicas que desarrollan la actividad financiera, independientemente de su naturaleza pública, privada o mixta, actúan siempre en ejercicio de una autorización del Estado para cumplir uno de sus fines, que es el de la prestación de los servicios públicos, por lo cual se obligan a cumplir condiciones mínimas señaladas por él.

En desarrollo concreto del citado artículo 335 superior, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993, en adelante EOSF) incluye las disposiciones que regulan la constitución de las entidades financieras y la obtención de la autorización para que entren a operar. El artículo acusado señala la forma social bajo la cual deben constituirse dichas instituciones (sociedades anónimas mercantiles o asociaciones cooperativas) e

indica que las mismas deben cumplir con los requisitos fijados por el legislador para cada caso. Además, prescribe que, una vez constituidas, deben obtener el respectivo certificado de autorización expedido por el Superintendente Bancario.

De manera pormenorizada la norma en comento indica qué debe contener la solicitud para constituir una entidad vigilada por la Superintendencia Bancaria, y dentro de tales requerimientos menciona que debe adjuntarse “la hoja de vida de las personas que pretendan asociarse y de las que actuarían como administradores, así como la información que permita establecer su carácter, responsabilidad, idoneidad y situación patrimonial”. Concordantemente con lo anterior, señala que “el Superintendente concederá la autorización para constituir la entidad cuando la solicitud satisfaga los requisitos legales y se cerciore, por cualesquiera investigaciones que estime pertinentes, del carácter, responsabilidad, idoneidad y solvencia patrimonial de las personas que participen en la operación.”²⁷ ...

SENTENCIA CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-560 DE 1994. EXPEDIENTE D-640. MAGISTRADO PONENETE JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO. 6 DE DICIEMBRE DE 1994.

... “No obstante, es preciso diferenciar el tipo de funciones del que se viene tratando, que aluden a la adopción de medidas de regulación económica tanto en el campo crediticio como en el cambiario y en el monetario, de las que corresponde ejercer al Estado respecto de las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, atribuciones éstas que la Constitución Política no ha confiado a la Junta Directiva del Banco Central sino que, mediante el sistema de ley marco, ha dejado en cabeza del Congreso y del Presidente de la República, encargando al primero las responsabilidades de expedir normas o pautas generales y de señalar objetivos y criterios, y encomendando al segundo el ejercicio concreto de la función interventora, con arreglo a la ley.

Así lo disponen con meridiana claridad los artículos 150, numeral 19, literal d), y 189, numeral 25, de la Constitución Política. En este sentido, la Corte debe reiterar lo expuesto en sentencias C-021 del 27 de enero y C-489 del 3 de noviembre de 1994. Como allí se dijo, no se puede asimilar, ni siquiera en parte, la facultad reguladora del crédito, que es función propia del Banco de la

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1062/03. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Noviembre 11 de 2003. Bogotá: El Autor, 2003.

República, con la potestad de intervención del Gobierno, a él asignada por la Carta Política para el ordenamiento y control de las actividades en referencia.

Expresó la Corte en el último de dichos fallos:

"Adviértase, eso sí, que (...) la reserva constitucional de la regulación del crédito, derivada del entendimiento sistemático de los mencionados preceptos, no constituye impedimento para que, ya en el terreno de los sujetos que actúan en el mercado de las finanzas, en los cuales debe el Estado intervenir para cristalizar los objetivos propios de la política económica general, ejerza el Congreso la función señalada en el artículo 150, numeral 19, literal d), que consiste en establecer las pautas legislativas, los criterios y los objetivos a los que debe someterse el Gobierno para regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Al Gobierno corresponde en tales materias, según el artículo 189, numeral 25, ejercer la intervención con arreglo a las prescripciones legales.

Obsérvese que este último tipo de funciones, aunque también pertenece al género de la regulación, no recae sobre el crédito como tal sino sobre las actividades de quienes manejan, aprovechan o invierten recursos provenientes del ahorro de terceros. Se trata de la misma función que cumplía el Presidente de la República a partir de la Reforma Constitucional de 1968 como atribución constitucional propia y que estaba señalada en el artículo 120, numeral 14, de la Carta Política derogada, función hoy confiada también al Ejecutivo pero dentro de las reglas generales propias de la ley marco (Ley 35 de 1993)".

La de intervención económica resulta ser una atribución de indispensable ejercicio por parte del Estado. Según expresó esta Corporación en Sentencia T-461 del 26 de octubre de 1994, la ausencia de una autoridad que, con conocimiento de causa y sobre estimativos técnicos fundados, defina el rumbo del sistema financiero en su conjunto representaría la entronización del caos en dicha actividad, implicaría la pérdida de la confianza pública en su manejo y conduciría a la ruptura de las necesarias políticas estatales en lo concerniente a la dirección y estabilización de la economía.

No puede olvidarse que el señalamiento expreso de las facultades de intervención a cargo del Presidente de la República, dentro de los marcos legales, corresponde a toda una concepción sistemática, estructurada a partir de varias normas constitucionales. El artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero

advierde que la libertad a ellas reconocida habrá de ejercerse dentro de los límites del bien común.

La libre competencia económica, si bien es un derecho de todos a la luz del mismo precepto, supone responsabilidades, por lo cual la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija, entre otros factores, el interés social.

Así, en materias como las que tratan las normas demandadas, la Corte estima indispensable recalcar que, a la luz de la preceptiva constitucional vigente y siguiendo el criterio de la prevalencia del interés público en ella consagrado, no puede permitirse que aspectos tales como los límites de endeudamiento de las instituciones financieras, los topes de los créditos que ellas otorgan, las clases y requisitos de las garantías exigidas a los deudores, o los niveles de patrimonio mínimo de quienes ejercen la gestión financiera, queden librados a la más absoluta discreción de los entes participantes o dependan en forma exclusiva de las fuerzas del mercado y del incontrolado juego de la oferta y la demanda.

La presencia estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto.

Asuntos de especial trascendencia económica como los niveles de riesgo en la colocación de los dineros confiados a las instituciones financieras, ya por los particulares, ora por las entidades del Estado, deben ser objeto de la permanente vigilancia del Ejecutivo, pues las operaciones de inversión que se efectúen con tales recursos no interesan solamente al establecimiento crediticio que las lleva a cabo, sino primordialmente a los depositantes, asegurados e inversionistas (artículo 1º de la Ley 35 de 1993), y, en general, afectan la integridad del componente financiero de la economía y, por tanto, el interés público. Por ello deben marchar dentro de los cauces que trace el Gobierno con arreglo a la ley, bajo la perspectiva de garantizar la solidez operacional de todo el conjunto sometido a control, la adecuada inversión de los fondos captados del público y la transparencia del mercado.

El artículo 334 del Estatuto Fundamental confía al Estado la dirección general de la economía, mientras el 335, específicamente relacionado con las actividades financiera, bursátil, aseguradora y con el manejo, aprovechamiento e

inversión de los recursos captados del público, es diáfano al declarar que ellas sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias.

Todo lo dicho encaja dentro de los principios básicos que inspiran al Estado Social de Derecho (artículo 1º C.P.), que mal podría dejar expósita la confianza pública en el manejo ordenado, serio y transparente del sistema financiero, ni permitir que los recursos provenientes del ahorro privado afrontaran contingencias susceptibles de ser evitadas y controladas merced a la vigilancia de la autoridad pública responsable de conducir y orientar la economía nacional....

... No puede evadirse la consideración de que la Ley 35 de 1993 es una ley marco, cuyo objeto radica precisamente en trazar las pautas y en fijar las normas generales que delimitan la función del Ejecutivo en lo relacionado con funciones constitucionales a él asignadas de manera expresa y que consisten en regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra atinente al manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

La normatividad enjuiciada debe analizarse a la luz de ese cometido, el cual ha sido señalado al Congreso por el artículo 150, numeral 19, literal d), de la Constitución. En ejercicio del control constitucional, es preciso verificar si la materia de las normas que se expidieron con tal justificación corresponde en realidad a los fines que les son propios²⁸.

Así las cosas resulta claro entonces concluir que la actividad financiera es de interés general, por ello debe quedar sometida a la vigilancia estatal. Ella comprende asuntos de especial trascendencia económica en general, que afectan la integridad del componente financiero de la economía y en consecuencia el interés público. Por ello debe ejecutarse dentro del camino trazado por el Gobierno con sujeción a la ley; y bajo el direccionamiento constitucional de garantizar la solidez de todo el conjunto sometido a control, la adecuada inversión de los fondos captados del público y la transparencia del mercado.

En relación con la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, debe explicarse que sus responsabilidades son similares y comunes a las demás superintendencias de bancos y a otras instituciones financieras del mundo.

²⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-560 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. 6 de Diciembre de 1994. Bogotá: El Autor, 1994.

Su función puede resumirse en asegurar que la gestión y el giro de los negocios de las entidades sometidas a su vigilancia se desarrolle en condiciones de solvencia patrimonial, liquidez, seguridad y transparencia, para proteger el interés público y asegurar la confianza de los ahorradores, depositantes, asegurados, accionistas e inversionistas del sistema financiero.

De acuerdo con la estructura política y las normas de orden superior, ésta entidad sólo puede ejercer las funciones expresamente atribuidas en la Constitución. Específicamente en el ámbito de intervención financiera es necesario y parece altamente conveniente que el regulador no sea al mismo tiempo órgano supervisor. Ello sin resultar conveniente el extremo de relevar totalmente al órgano supervisor de participar en la formulación de regulación financiera dado que es quien posee un conocimiento del mercado y de las diferentes situaciones. En nuestro caso se ha adoptado órganos regulatorios colegiados que pueden contar con la experiencia de los organismos de control y vigilancia.

La Superintendencia se define como un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, personería administrativa y financiera y patrimonio propio, cuya representación legal la ejerce el Superintendente, a través de la cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las personas que realizan la actividad financiera, bursátil y aseguradora.

Sus principales funciones de acuerdo con el artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero son las siguientes:

- a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.
- b) Supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no sólo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero, sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario.
- c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.
- d) Evitar que las personas no autorizadas, conforme a la Ley, ejerzan actividades exclusivas de las entidades vigiladas.
- e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe.

f) Supervisar en forma comprensiva y consolidada el cumplimiento de los mecanismos de regulación prudencial que deban operar sobre tales bases, en particular respecto de las filiales en el exterior de los establecimientos de crédito.

g) Procurar que en el desempeño de las funciones de inspección y vigilancia se dé la atención adecuada al control del cumplimiento de las normas que dicte la Junta Directiva del Banco de la República.

h) Velar porque las entidades sometidas a su supervisión no incurran en prácticas comerciales restrictivas del libre mercado y desarrollen su actividad con sujeción a las reglas y prácticas de la buena fe comercial.

i) Adoptar políticas de inspección y vigilancia dirigidas a permitir que las instituciones vigiladas puedan adaptar su actividad a la evolución de las sanas prácticas y desarrollos tecnológicos que aseguren un desarrollo adecuado de las mismas.

De manera general, las funciones asignadas a esta entidad son las de vigilar de manera perseverante e inspeccionar de manera solícita. Con base en lo anterior se ha reconocido que la supervisión debe realizarse en dos ámbitos básicos que son la supervisión o vigilancia extra situ y la supervisión o inspección in situ.

- **La primera, la supervisión extra situ** es la ejercida desde el escritorio del superintendente, adelantada con base en el análisis de documentos y estados financieros reportados al organismo de control. Permite conocer la estructura y el comportamiento general de las entidades vigiladas. Las inspecciones de carácter general se originan cuando los inspectores tienen como misión revisar todos los frentes de la actividad financiera.
- **Por su parte la supervisión in situ** se adelanta en la propia sede de las instituciones financieras y los inspectores de encargan de verificar las condiciones particulares de los frentes del negocio financiero. La inspección de carácter específico se origina cuando se revisan algunos frentes de la actividad financiera como los riesgos de cartera de crédito, tesorería, plataforma tecnológica, portafolio de inversiones, sistemas de control y prevención de actividades de **lavado de activos**, manejo contable, etc.

Las dos clases anteriores de supervisión son complementarias pues la primera permite una mejor planeación y ejecución de la segunda.

La independencia de los organismos de supervisión es la piedra angular para una gestión reglamentaria eficiente en la medida en que los supervisores deben inculcar prácticas transparentes y efectivas a sus vigilados para que a su vez éstos las apliquen como permanentes y propias en sus operaciones a

fin de no perder la credibilidad y autoridad moral necesaria en la misión que cumplen. La independencia de los supervisores es fundamental para apartarlos de tomar decisiones que deben corresponder a condiciones técnicas y no políticas.

Se destaca que la independencia de las superintendencias para el control financiero debe abordar la plena autonomía en el manejo institución de la función reglamentaria, de supervisión, administración de personal y presupuesto.

A mediados de la última década del siglo XX la Superintendencia adoptó una nueva política de supervisión, seleccionando cuatro objetivos básicos, el control de grandes riesgos, el control de conflictos de intereses, información difusión y transparencia y la protección al consumidor.

Resulta importante analizar el papel de los entes de intervención y control durante el año 1998 y 1999, época de crisis que se extendió a todos los sectores de la economía. La respuesta del Estado en este sentido y específicamente en el sector financiero correspondió entre otras, a la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social mediante el Decreto 2330 de 1998, la creación del Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación mediante el Decreto 2331 de 1998, medidas de alivio a favor de los deudores hipotecarios de vivienda, apoyo del Fogafin a establecimientos de crédito, y el establecimiento de la contribución del dos por mil sobre transacciones financieras.

A finales de los años noventa la Superintendencia se encontraba en mejor situación para enfrentar una crisis financiera de lo que había estado a principios de los años ochenta. El Gobierno realizó esfuerzos importantes para fortalecer la entidad dando énfasis a la supervisión in situ. Durante esta crisis la Superintendencia procedió a intervenir bancos pequeños y a liquidarlos, al igual que varias compañías de financiamiento comercial y corporaciones financieras; proporcionó limpieza a los balances, promovió y facilitó los procedimientos de fusión de entidades financieras y de cesión de activos y pasivos. La Superintendencia fue actor principal en la reorganización de la banca estatal. Al concluir este duro período el número de entidades que conformaron el sistema financiero se redujo de 147 entidades para el año 1995 a 71 entidades al finalizar el año 2000.

Con posterioridad a la crisis, la Superintendencia comenzó a afinar sus instrumentos de vigilancia y control con la finalidad de evitar posteriores crisis, sus medidas se encaminaron a crear cultura de gestión del riesgo; así por ejemplo se establecieron diferentes parámetros para implementar el Sistema Integral de Riesgo, el Control del Riesgo de Tesorería, el Riesgo de Mercado, el Riesgo Crediticio y su administración y el Riesgo de **Lavado de Activos**.

Es importante resaltar que la globalización financiera ha generado que los organismos de regulación deban ser más intensos en sus análisis y elaboración de metodologías de regulación, conducentes a disponer de instituciones e instrumentos de inspección, vigilancia y control idóneos.

En el ámbito internacional se destaca el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea establecido en 1975 por los presidentes de los bancos centrales del Grupo de los Diez. De él forman parte Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Suecia, Suiza y el Reino Unido. Su sede es el Bank Of International Settlements en Basilea.

Sus pronunciamientos en materia de regulación prudencial, la que incluye importantes temas y recomendaciones en la prevención y el control eficiente del **lavado de activos**, tienen el reconocimiento internacional al punto que sus recomendaciones son observadas por la mayor parte de los reguladores y supervisores del mundo. Las principales normas que han expedido son el Concordato de Basilea en 1975 sobre supervisión bancaria de grupos internacionales y sus establecimientos en el exterior, con sus revisiones en 1983, 1990 y 1992. Y el Acuerdo de Basilea entre los años 1988 y 1995 sobre capital adecuado.

En general, sus decisiones se aplican obligatoriamente en las diez naciones; sin embargo por la calidad de sus recomendaciones y el hecho de que muchas sean elaboradas por el Comité de manear consensuada hasta con organismos multilaterales, sus acuerdos terminan siendo aplicados sin distinción en países con ingresos per cápita altos, medios y bajos.

La propuesta de reforma al Acuerdo de Basilea ha sido objeto de varias revisiones, una de ellas en el año 2001, donde se propusieron tres pilares para consolidar en el ámbito internacional un sistema financiero robusto y protegido de crisis financieras y de su poder de contagio global.

El primer pilar lo constituye los ajustes a la relación de solvencia o capital adecuado; el segundo pilar lo constituye un nuevo enfoque a la supervisión bancaria donde el organismo de supervisión financiera inspeccione, vigile y controle la idoneidad de los procedimientos de administración del riesgo; y un tercer pilar constituido por la disciplina de mercado basada en un mercado financiero bien informado que promueve de esta forma la seguridad y solidez.

Otras recomendaciones del Comité corresponde a la prevención del uso criminal del sistema bancario en 1989; los riesgos del sistema computacional y de telecomunicaciones en 1989; la medición y el control de los grandes créditos en 1990; el intercambio de información entre los supervisores bancarios y los supervisores de valores en 1990; los principios para una efectiva supervisión bancaria en 1997; la supervisión de los conglomerados financieros en 1998; los riesgos de la gerencia en la banca electrónica en 1998; el mejoramiento de la transparencia bancaria en 1998 y la debida diligencia con la clientela de los bancos en el año 2001.

La comunidad internacional ha venido reaccionando ante las crisis de los diferentes países, México, Asia, Uruguay, entre otros. En igual sentido el Comité de Basilea busca reformar los fundamentos actuales del orden financiero internacional. Se considera que la nueva arquitectura internacional debe resolver temas muy complejos como los efectos de la inestabilidad ante la movilidad de capitales, efectos de volatilidad de los tipos de cambio de las principales monedas, flujos de capitales privados que amplían el contagio de la crisis al participar como emisores y tenedores, y el papel de los organismos multilaterales y de política económica doméstica ante una crisis.

A partir del año 2000 y 2001 la Superintendencia Bancaria de Colombia implementó el método de supervisión y control financiero CAMEL, desarrollado en Estados Unidos. Su nombre deriva de las cinco primeras letras de capital, assets, management, earnings y liquidez. Estos elementos constituyen el pilar de la industria financiera que se valoran y califican para determinar las condiciones de la gestión de riesgo.

Colombia ha avanzado especialmente en el fortalecimiento de la supervisión in situ, al incrementar su intensidad y los requerimientos de capital adecuado con la introducción de ajustes a la relación de solvencia. Se comparte la posición de la Superintendencia en el sentido de que el sistema financiero requiere menos regulación y más supervisión.

La nueva arquitectura financiera nacional se desarrolla sobre la premisa del auto-control ejercido por los intermediarios financieros y a partir de un gobierno corporativo donde las sociedades actúan con claros objetivos de transparencia comercial, reducción de conflictos de interés y un código de ética claramente definido para toda la organización. Los administradores y accionistas tienen mayores responsabilidades para establecer metodologías que permitan supervisar la gestión y control de los riesgos que el sistema financiero está asumiendo.

En la nueva estructura se viene buscando una regulación más sólida en materia de buenas prácticas de gobierno corporativo, donde el mercado castigue enérgicamente los actos comprobados de malas prácticas que defrauden o menoscaben la confianza pública.

Igualmente, respecto al tema en estudio, hemos considerado importante revisar los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales que fundamentan lo explicado en materia de intervención y control:

Sentencia EXP. 11001-03-27-000-1998-0109-00-8971. FALLO DEL 5 DE MARZO DE 1999. Consejero Ponente Dr. Daniel Manrique Guzmán.

...”En desarrollo de lo establecido en el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución, al Presidente de la República le

corresponde “Ejercer, de acuerdo con la ley, la **inspección, vigilancia y control** sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles.”. Dichas atribuciones son ejercidas por conducto de las Superintendencias, Bancaria y de Sociedades, entre otras.

Al respecto, los artículos 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) y 83 a 85 de la Ley 222 de 1995, definen y enumeran las funciones de “inspección, vigilancia y control” de las citadas superintendencias.

En efecto, la “inspección” consiste en la atribución para **solicitar, confirmar y analizar la información** requerida sobre la situación jurídica, contable, económica y administrativa, de los entes vigilados, así como la práctica de investigaciones administrativas a dichos entes.

La “vigilancia”, que debe ejercerse permanentemente, se concreta en velar por que los vigilados, **en su formación, funcionamiento y en desarrollo de su objeto social**, se ajusten a la ley y a los estatutos.

Y el “control” está referido a ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo **de los entes vigilados**.

En desarrollo de las mencionadas atribuciones de inspección, control y vigilancia, las Superintendencias Bancaria y de Sociedades ejercen las funciones a ellas asignadas, en virtud de lo establecido en los artículos 326 (sustituido por el art. 2º numeral 3º del Decreto 2359 de 1993) y 83 a 85 de la Ley 222 de 1995²⁹.

CORTE CONSTITUCIONAL. SENTENCIA C-860 DE 2006. OCTUBRE 8 DE 2006. MAGISTRADO PONENETE HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. EXPEDIENTE D-6235.

... “Entonces, la intervención del Estado en la economía tiene justificación no sólo desde una perspectiva organizacional, sino también desde un punto de vista axiológico pues persigue la materialización de principios y valores consagrados en el texto constitucional. Tal es precisamente el alcance del artículo 334 constitucional, precepto que radica en cabeza del Estado la

²⁹ COLOMBIA CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Exp. 11001-03-27-000-1998-0109-00-8971. Fallo del 5 de Marzo de 1999. C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán. Bogotá: El Autor, 1999.

dirección de la economía y prevé la intervención estatal en todas las actividades económicas para “conseguir e mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”, entre otros propósitos.

La intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de distintos instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos.

En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos. Una de las expresiones de tales facultades es el poder de policía administrativa en materia económica, cuyo ejercicio supone, por una parte, la actuación de Congreso de la República, pero también la actividad de entidades que hacen parte de la Administración, las cuales ejercen las funciones de inspección, vigilancia y control, a cargo del poder ejecutivo, sobre las actividades o agentes económicos...

... Desde la anterior perspectiva, las actividades bancaria, bursátil, aseguradora o cualquier otra vinculada con la captación de recursos de los inversionistas o ahorradores se encuentran sometidas a un régimen estricto de intervención del Estado, en el sentido de requerir autorizaciones previas para su funcionamiento, e igualmente, son constantemente vigiladas y controladas por organismos gubernamentales de carácter técnico, llamados a ejercer funciones de policía administrativa, como lo es la Superintendencia Financiera de Colombia, con el propósito de asegurar la confianza en el sistema financiero, así como garantizar la transparencia de las actividades realizadas por las entidades vigiladas, evitar la comisión de delitos, en especial,

relacionados con el lavado de activos, y proteger los intereses de terceros de buena fe que pueden resultar lesionados por operaciones de mercado irregulares, inseguras o inadecuadas.

En esa medida la atribución de funciones de policía administrativa a la Superintendencia Financiera es una expresión del control reforzado estatal sobre una actividad económica y los agentes que la desempeñan ordenado por los artículos 189.24 y 335 constitucionales y, adicionalmente, preserva fines relevantes no sólo para el adecuado desempeño de la actividad bancaria, financiera, bursátil y aseguradora de una institución financiera en especial, o de un sector económico específico, sino para la estabilidad macroeconómica del país. 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.

Este es el marco constitucional dentro del cual deben ser examinados los enunciados normativos demandados, es decir, a la luz de la intervención estatal en una actividad económica para asegurar los fines propios del Estado social de derecho, por medio de entidades que cumplen funciones de policía administrativa reforzada –debido a específicos mandatos constitucionales de intervención-. Bajo esta perspectiva pasará a examinarse el alcance del principio de legalidad en materia de derecho administrativo sancionatorio....

... De igual manera, cabe señalar que la flexibilización del concepto de legalidad en derecho administrativo sancionatorio presenta un importante desarrollo en lo que concierne a las actividades bancaria y bursátil, debido a las características que las mismas presentan. En efecto, las normas del derecho bancario y bursátil constantemente deben ajustarse a las variables necesidades de los mercados financieros interno e internacional. De allí que determinadas medidas de carácter normativo pierdan rápidamente su razón de ser y eficacia; incluso pueden resultar inconvenientes o contraproducentes a mediano o largo plazo para los operadores del mercado, afectándose también el interés público. De tal suerte que la regulación de dichos sectores de la economía sea, por naturaleza, mutable, sin ánimo de permanencia.

Así mismo, no se puede perder de vista que los destinatarios del derecho administrativo sancionatorio en materia bancaria y bursátil son instituciones altamente especializadas, al igual que sus directivos, quienes deben cumplir unos deberes encaminados a garantizar la seguridad, licitud y transparencia de las operaciones que realizan, la estabilidad macroeconómica del país, y en últimas, los derechos de terceros de buena fe. Todo ello, en un contexto de integración económica y de globalización de los mercados financieros y bursátiles, en los cuales interactúan constantemente diversos centros bancarios, intermediarios, bolsas de valores, empresas, al igual que organismos de supervisión de diversos países. Se trata, en consecuencia, de unas actividades económicas llevadas a cabo por operadores del mercado calificados, las cuales implican elevados riesgos para los usuarios del sistema financiero colombiano....

... Entonces, 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 aquéllos, lo cual implica el adelantamiento de los correspondientes procedimientos administrativos encaminados a imponer sanciones en caso de incumplimiento de los mismos.

En efecto, la función de vigilancia y control, que es de carácter operativo, apunta a asegurar el respeto de la reglamentación expedida por los organismos competentes mediante la puesta en marcha de instrumentos represivos. Se presenta, por tanto, una unidad en la misión de prevención y sanción encomendada a la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual se cumple mediante el ejercicio de las facultades de reglamentación, instrucción, investigación, requerimiento y sanción. Existe, en consecuencia, un necesario complemento entre las facultades punitivas y preventivas, en el sentido de que las segundas son ejercidas cuando quiera que las primeras resulten ser insuficientes, y la autoridad administrativa deba sancionar a los infractores con miras a asegurar una protección eficiente del sector económico encomendado. De tal suerte que las facultades reglamentarias y sancionatorias de las entidades administrativas de inspección y control se encuentran íntimamente ligadas....

... Resulta por lo tanto ajustado a la Constitución, atribuir de manera simultánea funciones de tal índole a una misma entidad estatal en aras de garantizar el cumplimiento de los principios que rigen la función administrativa y los fines propios del Estado....

...Por último, podría pensarse que el ejercicio simultáneo por parte de la Superintendencia Financiera de la facultad reguladora,

mediante la expedición de normas e instrucciones, y de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las mismas, podría ir en detrimento del debido proceso de las instituciones y de las personas sobre las cuales se ejercen tales competencias. Empero, como ha señalado la jurisprudencia constitucional cuando ha examinado el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de organismos de inspección, vigilancia y control, las eventuales vulneraciones al debido proceso por la acumulación de potestad regulatoria y sancionatoria en una misma entidad se conjuran mediante la separación al interior de ésta de los funcionarios o dependencias encargados de tales potestades, de manera tal que no se confundan las atribuciones de expedir normas o instrucciones con el ejercicio de la potestad sancionatoria por el incumplimiento de tales actos administrativos y por esta vía se asegure la neutralidad e independencia de los funcionarios encargados de adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio....

...Como se ha explicado, la Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de sus competencias de policía administrativa, dispone de una facultad de regulación, la cual se ejerce por medio de la expedición de actos administrativos de carácter general y de carácter particular. Entre los primeros se cuentan las circulares externas, instructivos y resoluciones, encaminadas a preservar la confianza, estabilidad y seguridad de determinados sectores económicos sensibles, cuyos destinatarios son entidades altamente profesionalizadas sometidas a su vigilancia y control. Tales actos administrativos de contenido general apuntan a precisar determinados aspectos técnicos de la norma de rango legal de intervención en la economía. De igual manera, dicha Superintendencia cuenta con la competencia legal para demandarle a las entidades vigiladas el cumplimiento de sus órdenes y requerimientos, potestad que se encamina, en últimas, a hacer cumplir la voluntad del legislador y a materializar la especial intervención en un sector económico sensible prevista por la Carta de 1991. Igualmente la Superintendencia Bancaria puede expedir actos administrativos de carácter particular mediante los cuales imparte órdenes o instrucciones específicas a una determinada institución financiera o a sus directivos. Tales facultades, a su vez, están acompañadas de una necesaria competencia sancionatoria, sin la cual el órgano gubernamental difícilmente lograría disciplinar a los operadores del mercado, y por ende, no alcanzaría los fines estatales para los cuales fue creada.

En este orden de ideas, la demandante parte de un equívoco, consistente en concebir a la Superintendencia Financiera de Colombia como una especie de legislador, que usurpa

constantemente las competencias congresionales y presidenciales, el cual no sólo estructura autónomamente tipos disciplinarios, sin ninguna clase de respaldo o fundamento en el texto de una norma de rango legal, sino que además se sirve de su competencia sancionadora para castigar a las entidades vigiladas, que a su vez no cumplan con sus órdenes y requerimientos.

Por el contrario, la Corte considera que la facultad de que dispone la mencionada autoridad administrativa para sancionar a las entidades vigiladas, así como a sus directivos, por violar las normas o instrucciones que expida la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones, es decir, por desconocer los actos administrativos de contenido general o particular proferidos por ésta, que son simplemente normas mediante las cuales se precisan algunos aspectos técnicos de la norma de rango legal, no desconoce el sometimiento de los particulares a ley, el principio de legalidad, la separación de poderes, ni tampoco permite una usurpación de las competencias del Congreso o del Presidente de la República en materia sancionatoria. Otro tanto sucede con los requerimientos, órdenes o instrucciones que dirija el órgano de control a la entidad vigilada, por cuanto se trata simplemente de medios para lograr el cumplimiento de la ley.

En esa medida el enunciado normativo demandado contiene una referencia al texto legal, porque cuando hace referencia a las normas o instrucciones expedidas por la Superintendencia Bancaria en el ejercicio de sus atribuciones, delimita la naturaleza de las órdenes o instrucciones porque ésta deben tener soporte en las competencias de la Superintendencia, competencias que no sobra decirlo son de origen legal. Por lo tanto la supuesta violación del principio de separación de poderes no tiene lugar porque la Superintendencia no puede crear tipos autónomos, pues en definitiva el ejercicio de sus potestades sancionatorias tiene como referente último las competencias legalmente atribuidas por el Legislador a la entidad estatal.

En efecto, diversas normas con fuerza material de ley, tales como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero le otorgan a la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, importantes facultades para impartirle diversas instrucciones a las entidades vigiladas, como por ejemplo, las sociedades administradoras de fondos de cesantías deben enviar periódicamente a sus clientes extractos de cuenta de los movimientos de los fondos, con arreglo a las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Bancaria; o, en cualquier caso las entidades que capten ahorro del público deberán advertir sobre la existencia o no del seguro de depósito y

su alcance, de conformidad con las instrucciones que al respecto imparta la Superintendencia Bancaria. .

Así las cosas, acordarle a la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera de Colombia, facultad para imponer sanciones administrativas personales o institucionales a las entidades sometidas a su vigilancia, debido a la ejecución de actos contrarios a las instrucciones previamente dadas por aquélla, bien sea que éstas se encuentren en actos administrativos de contenido general o particular, no vulnera los principios de tipicidad y legalidad, por cuanto, se insiste, los elementos esenciales de la conducta reprochable, el procedimiento a seguir para aplicarla, al igual que la sanción, figuran en el cuerpo de una norma de rango legal. De tal suerte que el instructivo, resolución o circular externa se limitan a precisar algún aspecto técnico de la ley, competencia que se justifica constitucionalmente por las particularidades que ofrece el sector económico sometido a control y vigilancia. Así mismo, la instrucción o requerimiento particulares no estructura nuevos tipos disciplinarios³⁰...

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-860 de 2006. Octubre 8 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: El Autor, 2006.

3. PREVENCIÓN Y CONTROL DEL LAVADO DE ACTIVOS

En los anteriores capítulos del presente trabajo investigativo, se profundizó en precisiones y lineamientos constitucionales contruidos a partir de la noción de orden público económico en el país; así fue posible identificar algunos límites que a partir de este concepto se establecen tanto para los particulares como para el Estado, en el ejercicio de sus diferentes roles y para lograr una participación armónica y estable de los actores del entorno económico, haciendo énfasis en el caso del sistema financiero.

En igual sentido, se profundizó en el esquema de intervención estatal vigente en Colombia sobre el sistema financiero, su fundamento constitucional y legal y el desarrollo jurisprudencial que en torno al tema se ha alcanzado; buscando construir un contexto jurídico y definiciones claras y aplicables para las medidas y mecanismos de intervención desarrollados.

Todo lo anterior en el contexto del tema de investigación, **El Lavado de Activos**. Es decir, partiendo de la noción general y constitucional de orden público económico, con las consecuentes directrices creadas a partir de este concepto para los actores del sistema financiero, tanto entidades del sector como entidades de control; se identificó un esquema de intervención estatal con fundamento constitucional y legal que busca el ejercicio de la actividad financiera en un entorno de equilibrio, confianza, estabilidad y seguridad para los usuarios e inversionistas; a través de mecanismos diseñados por las entidades de control para prevenir y evitar el **lavado de activos**, interviniendo en esta forma en el libre ejercicio de la actividad financiera como actividad económica.

A continuación se realizará un análisis de la normatividad vigente en materia de **Lavado de Activos**; específicamente se estudiarán las leyes, los decretos, las circulares externas, cartas circulares y las resoluciones expedidas por la Superintendencia Bancaria de Colombia, actual Superintendencia Financiera. Se considerarán criterios como el órgano que expide la norma, la fecha de expedición, su vigencia, los destinatarios de la norma, la interpretación más acertada para los diferentes actores, los antecedentes que pueda tener, las implicaciones y el concepto de orden público económico acogido.

Igualmente en este capítulo se llevará a cabo un análisis de la jurisprudencia en materia del **Lavado de Activos**, dentro del contexto y marco desarrollado en los capítulos anteriores. Para la jurisprudencia específicamente se consideraran criterios como la clase de acción de que se trate, por ejemplo acción de tutela o revisión de acción de tutela, acción de constitucionalidad, acción de nulidad y restablecimiento del derecho, recurso de apelación o si se trata de una revisión oficiosa de una norma aprobatoria de tratados internacionales; los antecedentes de cada caso, el fundamento de la decisión y la decisión misma, y el concepto de orden público económico acogido.

Se pretende con el análisis normativo y jurisprudencial que se realizará en el presente capítulo, evidenciar distintos aspectos como los aciertos y desaciertos de la labor desarrollada por la entidad de inspección, vigilancia y control, en el tema del **Lavado de Activos**; evaluar su cumplimiento a las normas de carácter superior, y especialmente en dicha tema. Finalmente se pretende estudiar si las nociones o definiciones de orden público económico desarrolladas en cada caso son congruentes con la directiva constitucional y con el desarrollo jurisprudencial de dicho concepto.

3.1 ANÁLISIS DE LA NORMATIVIDAD VIGENTE

3.1.1 Leyes. Las leyes analizadas fueron las siguientes:

- Ley 190 de 1995, por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad de la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa.
- Ley 365 de 1997, por la cual se establecen normas tendientes a combatir la delincuencia organizada y se dictan otras disposiciones.
- Ley 454 de 1998, por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones.
- Ley 526 de 1999, por medio de la cual se crea la Unidad de Información y Análisis Financiero.
- Ley 793 de 2002, por medio de la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio.
- Ley 795 de 2003, por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.
- Ley 970 de 2005, por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 31 de octubre de 2003.
- Ley 964 de 2005, por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe ajustarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones.

En primer lugar resulta importante resaltar que las leyes analizadas corresponden a leyes ordinarias, expedidas por el Congreso de la República, de conformidad con el artículo 150 de la Constitución Política.

Específicamente se trata de leyes mediante las cuales el Congreso ejerce las funciones establecidas en los numerales 7°, 8°, 19 literales a), d), y 21 del citado artículo, es decir leyes a través de las cuales se determina la estructura de la administración nacional y se crea, suprime o fusiona ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; normas a las que debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia; normas que contienen criterios generales a los que debe sujetarse el Gobierno para organizar el crédito público y regular la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Y finalmente, leyes de intervención económica que precisan fines, alcances y límites a los principios constitucionales de la libertad económica e iniciativa privada imperante en Colombia, dentro del límite del bien común, en los términos del artículo 333 y 334 de la Constitución Política.

No puede dejarse de lado que algunas normas analizadas corresponden a leyes expedidas con fundamento en la facultad del Congreso para aprobar tratados con otros Estados, en los términos del numeral 16 del artículo 150 de la Constitución; leyes aprobatorias de convenios o acuerdos internacionales a través de los cuales el estado colombiano adquiere compromisos con diferentes naciones en aras de un objetivo común y transnacional, cual es la cooperación en los temas de prevención de la delincuencia organizada, el blanqueo de dinero y la corrupción.

Los estados, incluido Colombia, con la ratificación de convenciones y en general con la suscripción de normas supranacionales, se han obligado a formular, aplicar y mantener en vigor políticas que en realidad sean eficaces, para el problema de la prevención del blanqueo de activos que hoy enfrentan el común de las Naciones; generándose de esta manera directrices para que el legislador interno en cada país se ocupe de los temas de mayor trascendencia convenidos.

Es así como se ha establecido un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión a los bancos y las instituciones financieras no bancarias, que presten servicios de transferencia de dinero o valores y que sean particularmente susceptibles de utilización para el blanqueo de dinero; a fin de detectar y prevenir todas las formas posibles de blanqueo de dinero.

3.1.1.1 Definición de la Conducta “Lavado de Activos”. Un número importante de las leyes analizadas, a pesar de regular temas propios del sistema financiero, tipifican delitos penales. Específicamente el denominado “*Del Lavado de Activos*”:

Todas las disposiciones legales estudiadas, por ejemplo la Ley 190 de 1995, guardan coherencia con la descripción de la conducta consagrada en el Código Penal Colombiano denominada “**Del Lavado de Activos**”, que textualmente la describe de la siguiente manera:

“El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión o relacionado con la tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, tráfico de armas, financiación del terrorismo y por la conducta de administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o efectivamente legalizarlos, ocultarlos o encubrir su origen los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realizar o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito...”

Vale la pena destacar el carácter autónomo de esta conducta toda vez que no se requiere una condena previa para el procesado por la conducta ilícita que dio origen a los activos que pretendieron lavarse. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en Sala Penal, para efectos de brindar claridad sobre el tema, transcribimos apartes de dos importantes sentencias referentes al tema:

... “Si bien podría pensarse que el delito base tendría que ser cometido por los procesados, lo cierto es que esa exigencia no está integrada al tipo. Basta leer de nuevo la disposición para concluir cómo el delito previo puede ser acreditado al procesado por el blanqueo o a otra u otras personas, y que el punible subyacente puede ser cometido de manera mediata o inmediata.

Como en el asunto analizado los funcionarios judiciales infirieron ese hecho punible del propio material probatorio que conforma el expediente por el lavado de activos, no cabe ninguna observación al respecto, así no se hubiera establecido el autor o autores del mismo.³¹

³¹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso N°23.881 de febrero de 2008. El Autor, 2008.

...”a) *Para demostrar la procedencia ilícita del dinero no es necesario comprobar su existencia mediante un reconocimiento judicial previo.*

b) *La materialidad de la conducta punible de lavado de activos no se desdibuja por el hecho de que el procesado por ese hecho punible transporte el dinero para otro.*

c) *“Que el juzgador hubiera admitido la explicación del procesado vertida en la audiencia pública en el sentido de que las divisas incautadas pertenecían no a él sino al comerciante Vera Treviño, como con acierto lo destaca la Delegada, no lo obligaba a indagar por la naturaleza ilícita de la actividad económica del tercero, si el convencimiento sobre esa situación lo obtenía de otros elementos de juicio, como reiteradamente se explicó al analizar el comportamiento del procesado al momento de su aprehensión y durante toda la actuación procesal”.*

d) *“La propiedad del dinero en el tercero sirvió a los juzgadores de instancia para desestimar la imputación por enriquecimiento ilícito que la resolución de acusación formuló contra PEÑA PEÑA, pero fueron enfáticos en señalar que aún cuando las divisas no fueran del procesado y éste fungiera sólo como un “correo humano”, lo cierto es que estaba en capacidad de representarse el origen de los dólares y así aceptó ser parte de la empresa criminal dedicada al lavado de activos al cumplir con uno de los roles característicos de esta clase de delincuencia”.*

e) *“La demostración del origen del dinero en un particular delito no está sujeta a un especial elemento de prueba, tampoco a un pronunciamiento judicial sobre el punible que lo origina, de manera que ninguna relevancia otorgaron los jueces de instancia para efectos de tipificar el lavado de activos al hecho de que el acusado hubiera sido absuelto por la conducta punible de enriquecimiento ilícito”.*³²

Algunas normas también tipifican delitos de sujeto calificado es decir, conductas que se agravan al ser realizadas por los empleados, directores, representantes legales y administradores de entidades financieras, incluyendo al sector cooperativo, que incumplan las obligaciones legales establecidas para éstos, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; relacionadas con el conocimiento de los clientes y sus actividades económicas, los controles a los volúmenes, frecuencia y características de las operaciones o transacciones,

³² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso N°25.219 de enero de 2007. El Autor, 2007.

transacciones en efectivo, reportes periódicos a unidades especializadas, entre otro, a fin de encubrir u ocultar el origen ilícito de bienes.

Como sanción jurídica estas leyes entre ellas, la ley 793 de 2002, crean la figura de la **extinción de dominio** con sus implicaciones en el tema de orden público económico; figura consistente en la pérdida del derecho de dominio a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Esta sanción jurídica se genera por diferentes razones, entre ellas:

- Porque la persona obtiene un incremento patrimonial injustificado;
- Porque el bien proviene directa o indirectamente de una actividad ilícita;
- Porque el bien ha sido utilizado como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas;
- Porque el bien ha sido afectado dentro de un proceso penal;
- Porque el origen del bien, su utilización o destinación ilícita no han sido objeto de investigación, o porque habiéndolo sido, no se tomó sobre él una decisión definitiva por cualquier causa.

Para esta clase de investigaciones se autoriza el levantamiento del velo societario de las personas jurídicas a fin de determinar el verdadero beneficiario de las actividades ilícitas. No se hace oponible la reserva bancaria, cambiaria, bursátil y tributaria; y tampoco existe reserva para antecedentes penales, datos sobre investigaciones en entes de control, entre otros.

3.1.1.2 Moralidad de la Administración Pública. Si bien fue posible identificar que las leyes estudiadas fueron expedidas buscando combatir la delincuencia organizada, llama la atención como, de igual forma dichas leyes desarrollan el tema de la moralidad en la administración pública y para ello, crean diferentes mecanismos dirigidos a erradicar la corrupción al interior de las entidades estatales. Tal es el caso de la Ley 190 de 1995, disposición que acertadamente es estricta en sancionar la realización de conductas de blanqueo de dinero por funcionarios públicos y por personas sometidas a la inspección, vigilancia y control de las Superintendencias, personas que profesionalmente se dediquen a actividades de comercio exterior, casinos y juegos de azar.

En este mismo sentido, la aplicación de las disposiciones normativas referentes al tema de **lavado de activos**, se extiende a entidades de naturaleza privada, pública y mixta.

3.1.1.3 Obligaciones para las Entidades Vigiladas y Administración de la Información. De forma general, las normas crean obligaciones para sus destinatarios consistentes en implementar mecanismos y procedimientos para evitar que las operaciones que se realicen en desarrollo del objeto social de la entidad, sean utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de dineros u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o destinados a su financiación, o para dar apariencia de

legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con éstas.

Como un mecanismo creado por las normas supranacionales para el cumplimiento cabal del objetivo planteado, se ha hecho hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente y, cuando proceda, del beneficiario final de la transacción, a la creación de registros de información y a la denuncia de las transacciones sospechosas.

Se han implementado el diseño y aplicación de formularios de transferencia electrónica de fondos y mensajes conexos con información exacta y válida sobre el remitente; conservación de información durante todo el ciclo de pagos; y un examen minucioso de las transferencias de fondos que no contengan información completa sobre el remitente.

3.1.1.4 Obligación Especial de Suministro de Información. La Ley 526 de 1999 establece que no habrá responsabilidad para las personas informantes de actividades delictivas; dejan claro que la información podrá ser suministrada por entidades del Estado, entidades privadas, personas naturales, nacionales y extranjeras.

Sin embargo se evidencia en esta norma, que más que un acto libre y voluntario, las entidades y las personas se encuentran obligadas a suministrar, de oficio o a solicitud de Unidades Especializadas, por ejemplo, a la Unidad de Información y Análisis Financiero UIAF, la información de la que tengan conocimiento. Adicionalmente la Fiscalía podrá investir a estas Unidades de funciones de policía judicial en forma transitoria, en los términos del numeral 4o. del artículo 251 de la Constitución, para poder de este modo cumplir con el cometido y finalidad y que pueda permitir la iniciación de investigaciones penales y al mismo tiempo, la implementación de medidas preventivas a fin de evitar que las entidades puedan ser utilizadas para el ocultamiento o la legalización de activos provenientes de actividades delictivas.

En este sentido, la Fiscalía podrá investir a estas Unidades Especializadas de funciones de policía judicial en forma transitoria, en los términos del numeral 4o. del artículo 251 de la Constitución, para que puedan cumplir a cabalidad sus funciones.

3.1.1.5 Obligaciones para las Entidades de Control. Por otro lado, normas supranacionales como La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003, e incorporada a nuestra legislación a través de la Ley 970 de 2005, ordenan a las entidades de control internas crear dependencias especializadas para vigilar y prevenir la realización de operaciones que puedan ser utilizadas como instrumentos para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma, de dineros u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o destinadas a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a

actividades delictivas o a transacciones y fondos vinculados con las mismas, prioritariamente lavado de activos y financiación del terrorismo.

Es así como mediante la Ley 526 de 1999, se crea en Colombia la Unidad de Información y Análisis Financiero, UIAF, encaminada a detectar prácticas asociadas con el lavado de dinero; para lo cual centralizará, sistematizará y analizará la información recaudada de distintas entidades.

Estas entidades o unidades especializadas cuentan con facultades para celebrar convenios de cooperación con entidades de similar naturaleza de otros estados e instancias internacionales, y con instituciones nacionales públicas o privadas; logrando que el seguimiento a capitales pueda hacerse, no sólo en el país sino también en el extranjero. A través de sus funciones, estas entidades a pesar de tener un inmenso contenido de control estatal, permiten que el sistema financiero sea competitivo, eficiente, rentable, seguro y estable.

Con el tiempo la implementación de estas medidas se ha extendido a los intermediarios de valores y emisores, entidades que hacen parte del mercado público de valores, y que se encontraban controladas, inspeccionadas o vigiladas por la anteriormente denominada Superintendencia de Valores. Además, a las personas que profesionalmente se dedican a actividades de comercio exterior, casinos y juegos de azar.

Con posterioridad al año 2005, fecha de corte del presente trabajo investigativo, fue expedida la Ley 1121 de 2006; se considera importante hacer mención a dicha norma porque modificó algunos artículos del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero relacionados con el lavado de activos. Específicamente modifica los artículos 102 y 105, haciendo más estricta la obligación de reporte a la UIAF para las entidades vigiladas cuando las características de las transacciones no guarden relación con la actividad económica del cliente, o éstas por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares, puedan conducir a una razonable sospecha.

Igualmente respecto a la reserva sobre información reportada, esta ley establece que las instituciones financieras sólo están obligadas a suministrar información a la UIAF, a dicha Unidad o a la Fiscalía. Los funcionarios de las entidades están obligados a mantener reserva y no podrán dar a conocer a otras personas su reporte.

La Ley 1121 de 2006 resulta ser importante toda vez que determina que las obligaciones consagradas en el EOSF para las entidades vigiladas deben ser cumplidas por las personas que se dediquen profesionalmente a actividades de comercio exterior, operaciones de cambio, mercado libre de divisas, casinos, entidades cooperativas de ahorro y crédito y juegos de azar.

Presenta un gran avance para el tema de listas internacionales vinculadas para Colombia pues finalmente y luego de más de diez años se determina el procedimiento de las listas vinculantes para Colombia a través del Ministerio de

Relaciones Internacionales. Igualmente establece un procedimiento para las personas que consideren que fue indebida su inclusión en la lista internacional a través del Defensor del Pueblo.

Por último, esta ley modifica la estructura administrativa y organizacional de la UIAF.

3.1.2 Decretos. Los decretos analizados fueron los siguientes:

- Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero
- Decreto 950 de 1995, por el cual se crea la Comisión de Coordinación Institucional para el Control del **Lavado de Activos** y se asignan funciones
- Decreto 1552 de 1995, por el cual se crea en la Superintendencia Financiera una Unidad Especial, se determinan sus funciones.
- Decreto 1368 de 1998, por el cual se modifica el Decreto 1552 de 1995.
- Decreto 1964 de 1998, por el cual se reglamenta el párrafo primero del artículo 40 de la Ley 190 de 1995.
- Decreto 1957 de 2001, por el cual se reglamenta el deber de información de los notarios.
- Decreto 1497 de 2002, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 526 de 1999.
- Decreto 1975 de 2002, por el cual se suspende la Ley 333 de 1996 y se regula la acción y el trámite de la extinción de dominio.
- Decreto 129 de 2004, por el cual se promulga el Acuerdo de Cooperación para la Prevención, Control, y Represión del **Lavado de Activos** Derivados de Cualquier Actividad Ilícita entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Dominicana.
- Decreto 3420 de 2004, por el cual se modifica la composición y funciones de la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el control del **Lavado de Activos**.
- Decreto 1400 de 2005, por el cual se someten a inspección, vigilancia y control las entidades que administran sistemas de pago de bajo valor.
- Decreto 4327 de 2005, por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura

Corresponden a disposiciones legales expedidas con fundamento en el artículo 189 numerales 2, 11, 15, 16, 22, 24 y 25 de la Constitución Política.

Específicamente se trata de decretos expedidos por el poder ejecutivo, es decir, por el Presidente de la República y sus Ministros, y se refieren a temas como las relaciones internacionales y la celebración de tratados y convenios con otros Estados y entidades internacionales; suprimir o fusionar entidades y organismos administrativos nacionales; modificaciones a las estructuras de los ministerios y departamentos administrativos; la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos; la inspección, vigilancia y control sobre las

personas que realicen actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos provenientes del ahorro de terceros; y en general el ejercicio de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo mediante la expedición de decretos necesarios para la cumplida ejecución de las leyes antes analizadas, relacionadas con el **lavado de activos** a través de la actividad financiera y aseguradora.

También hacen mención algunos decretos estudiados, a la importancia de adecuar la regulación nacional, a los últimos parámetros internacionales que se tienen en el tema de las técnicas de **lavado o blanqueo de activos**. La normatividad interna reconoce la importancia que a nivel mundial se ha dado a la prevención del **lavado de activos** en todos los sectores económicos, y al carácter dinámico de las prácticas delictivas; por lo que se requiere desarrollar nuevos mecanismos de detección de dichas operaciones. En este sentido decretos como el 1964 de 1998, 1957 de 2001, 1497 de 2002, establecen mecanismos de prevención efectivos para identificar operaciones de blanqueo de dinero en las que se utilicen las más recientes técnicas delictivas.

3.1.2.1 Creación De Unidades Especializadas. Así las cosas, en ejercicio de las facultades conferidas por el Congreso de la República al poder Ejecutivo, éste crea la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del Lavado de Activos, CCICLA. Entidad adscrita al Ministerio del Interior y organismo de gran importancia al ser un ente consultivo y coordinador de las acciones que desarrolla el estado colombiano para combatir el lavado de activos.

La Comisión está integrada por los Viceministros de Justicia y Técnico de Hacienda y Crédito Público, quienes la presiden; los Jefes de las Unidades Especializadas o asimiladas o de las áreas encargadas de velar por el cumplimiento de los mecanismos de control del **lavado de activos** que existan en cada superintendencia, en el INCOMEX, y además por el Jefe de la Unidad Nacional de Fiscalías para la Extinción del Derecho de Dominio y contra el **Lavado de Activos**, perteneciente a la Fiscalía General de la Nación. Posteriormente y a través de decreto, pasaron a ser también integrantes de la Comisión el Ministro de Defensa Nacional o su delegado, que deberá ser un viceministro, el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, o su delegado que deberá ser el Subdirector del Departamento, y el Fiscal General de la Nación o su delegado que deberá ser el Vicefiscal General de la Nación.

Entre las funciones de la Comisión se encuentran formular políticas de gobierno en contra de los fenómenos asociados al **lavado de activos**; apoyar, coordinar y orientar las entidades estatales que tengan el mismo fin; medir y evaluar el impacto social y económico de las conductas asociadas al **lavado de activos**; velar por el seguimiento permanente al cumplimiento de los estándares internacionales en materia de **lavado de activos**; definir mecanismos de retroalimentación entre las diferentes entidades relacionadas

con el proceso de prevención-detección-investigación-sanción de las conductas asociadas al **lavado de activos**; conocer los nuevos sectores de riesgo y posibles tipologías para orientar las acciones de las diferentes entidades pertenecientes al mismo campo; medir y evaluar el impacto social y económico de las conductas asociadas al **lavado de activos**, y coordinar la organización de un sistema de información y procesamiento de datos de transacciones financieras y comerciales que faciliten las actividades de inteligencia y sanción de las autoridades colombianas.

De manera general la Comisión se encarga de centralizar, sistematizar y analizar la información a que se refieren los artículos 102, 103, 104, 105, 106 al 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Es la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control de **Lavado de Activos**, la que fija los parámetros operativos de funcionamiento de la Unidad Especial de Información y Análisis para el Control del **Lavado de Activos**.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Unidad Especial de Información y Análisis para el Control del **Lavado de Activos** UIAF, debe desarrollar entre otras, la labor de centralización y sistematización de un banco de datos especialmente diseñado para el análisis de la información que por virtud de lo dispuesto en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero sea recaudada; centralizar y sistematizar en el mismo banco de datos, la información de transacciones comerciales que determine necesaria y suficiente la Comisión de Coordinación Interinstitucional para el Control del **Lavado de Activos**; y finalmente analizar la información recaudada descrita anteriormente con el propósito de identificar operaciones o transacciones que puedan estar vinculadas con el delito de **lavado de activos**, así como identificar nuevas modalidades que utilice la delincuencia organizada para el logro de sus objetivos y los mecanismos de prevención frente a las mismas.

Son funciones adicionales de la Unidad Especial de Información y Análisis para el Control del **Lavado de Activos** velar porque las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria adopten medidas de control tendientes a evitar operaciones que permitan el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de dinero u otros bienes, provenientes de actividades delictivas; emitir las órdenes necesarias para que las entidades vigiladas adecuen y fortalezcan sus mecanismos de control, cuando se juzgue que los procedimientos vigentes no resultan suficientes para la prevención de actividades delictivas; vigilar a las entidades en lo que corresponde al cumplimiento del envío mensual a la Superintendencia Bancaria del registro de transacciones en efectivo; realizar visitas de inspección; instruir a las entidades sobre como cumplir las disposiciones; proyectar los instructivos externos y de carácter general, necesarios para que se adecuen y fortalezcan los mecanismos de control que las entidades vigiladas deben adoptar para evitar que sean utilizadas para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, de conformidad con lo establecido en el Capítulo XVI parte Tercera del Estatuto Orgánico del

Sistema Financiero; diseñar medidas de inspección y vigilancia que permitan una cabal supervisión a los mecanismos de control para la prevención del **lavado de activos**; verificar el cumplimiento que den las entidades en relación con el envío a la Superintendencia Bancaria de los documentos que la ley señale en relación con la prevención del **lavado de activos**; hacer recomendaciones al Superintendente Bancario para la adopción de los instructivos necesarios, tendientes a obtener el cumplimiento de las disposiciones legales sobre prevención de **lavado de activos**; atender las consultas que se presente sobre asuntos relacionados con la prevención de **lavado de activos**; coordinar con organismos nacionales y extranjeros y bajo la dirección del Superintendente Bancario con el fin de garantizar la prevención de actividades de **lavado de activos**; capacitar al personal de los organismos del Estado y de las entidades vigiladas en el tema de **lavado de activos**, cuando éstas así lo soliciten.

Los decretos hacen énfasis en que para que la Unidad de Información y Análisis Financiero pueda cumplir con las funciones encomendadas, necesita colaboración y participación activa, tanto de las entidades públicas como privadas; reiterando en esta forma lo referenciado por las leyes ordinarias inicialmente estudiadas.

En desarrollo de ello, el Gobierno Nacional puede hacer las modificaciones que sean necesarias con el fin de facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 102 a 107 del EOSF, frente al tema de **lavado de activos**.

Otras disposiciones analizadas busca crear además, otros comités de apoyo, por ejemplo el Comité Operativo de Cultura Antilavado, con la finalidad de prestar apoyo permanente a la CCICLA; este Comité se enfoca en educar y crear cultura en la ciudadanía.

Existen otros Comités creados por los Decretos, el Comité Operativo de Prevención y Detección para el apoyo permanente a la CCICLA; el Comité Operativo de Investigación y Juzgamiento, que se encarga de modificaciones normativas para que se de una efectiva investigación y sanción penal; y el Comité Operativo para la Implementación del Sistema Centralizado de Consultas de Información SCCI.

3.1.2.2 Obligación Especial de Suministro de Información. Están obligados a suministrar información a la UIAF cualquier entidad pública salvo la información reservada en poder de la Fiscalía General de la Nación, las Superintendencias, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, las entidades que desarrollen la actividad financiera, aseguradora y del mercado de valores, las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la compra y venta de divisas, las entidades que administren sistemas de tarjetas de crédito, de débito o de cajeros automáticos, siempre y cuando la información esté dentro del margen de lo que debe ser informado, ya sea por las cantidades o por características particulares de las mismas (de acuerdo a los lineamientos señalados en los artículos 102 a 107 del EOSF).

La información debe ser suministrada a la UIAF en el tiempo en que esta lo determine y con las especificaciones que ésta establezca; además la Unidad puede pedir información adicional si lo considera necesario. Dicha información será objeto de reserva según lo previsto en la ley y solo será suministrada a la Fiscalía y a las autoridades con funciones relacionadas con el **lavado de activos** que determine la ley.

Igualmente, la Unidad Especial debe comunicar a las autoridades competentes los resultados del análisis mediante el cual se establezca que las operaciones o transacciones realizadas por una persona natural o jurídica pueden estar vinculadas con actividades de **lavado de activos**.

Algunos decretos estudiados, entre ellos el decreto 1552 de 1995, el decreto 1368 de 1998 y el decreto 1964 de 1998 reglamentaron temas tratados en la Ley 190 de 1995, y a través de ellos el Gobierno Nacional dispuso y ordenó que la información recaudada por las personas sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y de Valores, así como por las personas que se dediquen profesionalmente a actividades de comercio exterior, casinos o juegos de azar, sea remitida a la autoridad que el reglamento determine, con el propósito de centralizarla y sistematizarla, en orden a establecer mecanismos de control comprensivos de las distintas operaciones realizadas.

Con posterioridad se encontró que a través de esta facultad reglamentaria, el Gobierno Nacional dispuso esta misma orden o instrucción para diferentes entidades no sometidas a control e inspección de ninguna Superintendencia, entidades que dado el volumen o el valor de las transacciones que sus clientes realizan, son proveedores de información importante para el banco de datos de la Unidad Especializada.

Es así como, por ejemplo, los notarios están en la obligación de reportar a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) la realización de actos jurídicos que según instructivos de la Superintendencia de Notariado y Registro, faciliten las actividades de inteligencia y permitan la identificación de conductas de **lavado de activos** y la imposición de las respectivas sanciones.

La Superintendencia de Notariado y Registro, en coordinación con la UIAF, emite un instructivo donde se describen los parámetros y la metodología que deben ser empleados por los notarios para dar cumplimiento a la obligación del suministro de la información. De no acatarse lo establecido, éstos se ven expuestos a sanciones.

3.1.2.3 Obligaciones para las Entidades de Control. Se encontró que los decretos analizados determinan que las autoridades que ejerzan funciones de inspección, vigilancia y control sobre diferentes actividades es decir las Superintendencias, instruirán a sus vigilados sobre las características, periodicidad y controles que deban tener para la obtención de la información con destino a la Unidad Especial de Información y Análisis para el Control del

Lavado de Activos, de acuerdo con los criterios e indicaciones que ésta imparta.

Posteriormente se analizarán las diferentes Circulares Externas y Cartas Circulares a través de las cuales la Superintendencia Bancaria, actual Superintendencia Financiera de Colombia, instruye a las entidades vigiladas en este tema del **lavado de activos**.

Las disposiciones analizadas son reiterativas en señalar que se encuentra en cabeza del Superintendente Bancario y las diferentes áreas de supervisión, velar por que se dé cumplimiento a lo establecido en los artículos 102 a 107 del EOSF.

3.1.2.4 Acuerdo de Cooperación Internacional para la Prevención, Control y Represión del Lavado de Activos. Es necesario destacar dentro de los decretos analizados, el decreto número 129 de 2004, por medio del cual se promulga el Acuerdo de Cooperación para la Prevención, Control y Represión del Lavado de Activos derivados de cualquier actividad ilícita, suscrito entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Dominicana; en Santo Domingo, el 27 de junio de 1998. Se trata de un reconocimiento de las dos naciones de la realidad que se presenta a nivel internacional frente al tema de lavado de activos.

Este decreto corresponde al único expedido por Gobierno Nacional en el período comprendido entre 1991 y 2005, referente a acuerdos bilaterales de cooperación entre países en materia de prevención y control de **lavado de activos**.

En igual sentido pero con mayor jerarquía, fue expedida la Ley 517 de 1999 por el Congreso de la República, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Cooperación para la Prevención, Control y Represión del **Lavado de Activos** Derivado de Cualquier Actividad Ilícita entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Paraguay, firmado en Santa Fe de Bogotá, en julio de 1997. Y la Ley 879 de 2004, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Dominicana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, firmado en Santo Domingo, República Dominicana, en junio de 1998.

Hacen especiales estas tres normas, su contenido integral y amplio sobre medidas preventivas y de control que deben realizar las instituciones financieras de los países en mención, concretamente las entidades dedicadas a la comercialización internacional de bienes, servicios o transferencia de tecnología y la movilización física de capitales; medidas que pretenden el reporte de información sospechosa, mecanismos de conocimiento de clientes, unidades de inteligencia financiera especializadas, y la cooperación técnica entre los países para el intercambio de experiencias, capacitación recíproca sobre métodos más efectivos para prevenir, detectar, controlar, investigar y sancionar actos de lavado.

En esta forma se pretende hacerle frente a esta actividad delictiva, que exige la adopción de medidas conjuntas por parte de estos Estados. El alcance de los acuerdos se materializa específicamente en principios como la cooperación y la asistencia mutua que debe haber entre estos países, para hacerle frente a dicho fenómeno de modo eficaz y poder así prevenir, controlar y reprimir el **lavado de activos** a través de las actividades realizadas por las instituciones financieras de los países en mención.

Las medidas preventivas y de control para el sector financiero, bursátil y otros, son por ejemplo reportar la información pertinente a cada transacción sometida a control y en especial cualquier información sospechosa realizada por algún cliente; que las instituciones financieras de cada Estado parte, establezcan mecanismos de conocimiento del cliente y de su actividad económica; establecer unidades de inteligencia financiera para colaborar con las autoridades encargadas de la investigación por actividades de **lavado de activos** y prestarse cooperación técnica ambas partes, para prevenir, detectar, controlar, investigar y sancionar los actos de **lavado de activos**.

Para la prevención y control de la comercialización internacional de bienes, servicios y transferencia de tecnología, se espera que haya cooperación con las autoridades competentes al momento de dicha comercialización, de la producción, del conocimiento de sus clientes para saber de donde viene el dinero con que realizan los pagos, entre otros.

También se espera cooperación al momento de generar control sobre la movilización de capitales y al momento de hacer intercambio de información sea financiera, cambiaria o comercial, por medio de pruebas o actuaciones judiciales que puedan ayudar a las investigaciones con el fin de detectar y hacerle seguimiento a presuntas actividades de blanqueo en uno u otro país.

En cada país se designará una autoridad central encargada de hacer cumplir los lineamientos expuestos en el acuerdo suscrito.

3.1.2.5 Sistema de Pago de Bajo Valor. Para el Sistema financiero y dentro del tema del lavado de activos, el Sistema de Pago de Bajo Valor, ocupa un lugar sin duda alguno, importante.

Si se tiene en cuenta que se trata de un sistema de Pago es decir, de un conjunto organizado de políticas, reglas, acuerdos, instrumentos de pago, entidades y componentes tecnológicos, tales como equipos, software y sistemas de comunicación, que permiten la transferencia de fondos entre los participantes, mediante la recepción, el procesamiento, la transmisión, la compensación y/o la liquidación de órdenes de transferencia y recaudo; se entiende entonces la necesidad de entrar a intervenir y controlar el mismo a fin de evitar que éste sea utilizado para el **lavado de activos**.

Además de lo anteriormente expuesto, el sistema de pago de bajo valor cumple con procesar órdenes de transferencia o recaudo, incluyendo aquellas derivadas de la utilización de tarjetas crédito o débito, por un valor promedio diario que corresponde al resultante de la aplicación de una fórmula que se ajusta anualmente de manera automática en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el Índice de Precios al Consumidor que suministre el DANE.

Los sistemas de pago de bajo valor son prolongaciones del sistema financiero pues a través de ellos se puede realizar pagos recíprocos entre entidades financieras.

Es labor de la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, velar por que las entidades administradoras del sistema de pago de bajo valor, adopten y pongan en práctica reglas y elevados estándares operativos, técnicos y disciplinarios que permitan el desarrollo de sus operaciones en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia; adopten y pongan en práctica sistemas adecuados de administración y gestión de los riesgos inherentes a su actividad; adopten y apliquen procedimientos adecuados que les permitan prevenir ser utilizadas para la realización de actividades delictivas, y adopten sistemas adecuados de revelación de información financiera y comercial para los participantes, usuarios y beneficiarios de estos sistemas.

Entre las normas aplicables a las entidades administradoras del sistema de pago de bajo valor se encuentran el decreto 1400 de 2005, las disposiciones del EOSF con relación a la prevención de actividades delictivas, capítulo XVI, artículos 102 a 107. Específicamente el decreto 1400 además de determinar la fórmula que establece el valor promedio diario de las transacciones procesadas por este sistema de pago, establece las disposiciones financieras del EOSF y circulares internas de la Superintendencia aplicables en temas como riesgo de liquidez, legal, de crédito, operativo y de **lavado de activos** para estos sistemas de pago.

3.1.2.6 Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora bien, a pesar de las muchas menciones realizadas a lo largo del presente capítulo al Decreto 663 de 1993, no podemos concluir el análisis de los Decretos referentes al tema del lavado de activos, sin abordar de manera directa el contenido de la citada disposición, en lo pertinente al tema del Lavado de Activos.

El decreto 663 de 1993, por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, fue expedido por el Presidente de la República en uso de sus facultades extraordinarias, conferidas por la Ley 35 de 1993; ley por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, y se dictan

otras disposiciones en materia financiera y aseguradora. Lo anterior hace que el decreto 633 de 1993 tenga carácter jerárquico superior.

Debe recordarse que de conformidad con el artículo 150, numeral 19, literal d), y al artículo 189 numeral 24 de la Constitución Política, le corresponde al Gobierno Nacional ejercer la intervención en las actividades señaladas (financiera, aseguradora, del mercado de valores y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público),

El Decreto aborda el tema del **lavado de activos** desde dos frentes. En primer lugar lo hace asignando como función de diferentes Delegaturas y Direcciones al interior de la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera de Colombia, la obligación de inspeccionar, vigilar y controlar en las entidades del sector financiero, temas específicos en materia de **lavado de activos**.

El segundo frente corresponde a las disposiciones relativas a la implementación al interior de las entidades financieras, de las diferentes obligaciones para la Prevención de las Actividades Delictivas.

Así las cosas, señala la norma que son funciones de la Subdirección de Metodologías de Supervisión y Análisis de Riesgos, diseñar mecanismos para la medición, administración, control y revelación por parte de las entidades vigiladas, de los principales riesgos del sistema financiero, incluido el riesgo de **lavado de activos**; suministrar a las áreas de supervisión reportes sobre la evolución de la exposición de cada uno de los riesgos en el sistema y diseñar los principales indicadores de seguimiento.

El Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión de Riesgos y Conductas de Mercados tendrá dentro de sus funciones, velar porque las entidades sujetas a inspección, vigilancia o control, adopten mecanismos para la administración y control de los riesgos a los que se encuentran expuestas en el desarrollo de sus actividades, con el propósito de preservar la estabilidad del sistema financiero, la integridad de los mercados, y la protección de los consumidores e inversionistas.

Concretamente, el Superintendente Delegado para Riesgos de **Lavado de Activos** debe Supervisar que las entidades vigiladas adopten mecanismos para la administración, control y revelación de los riesgos a su cargo; hacer seguimiento a las evaluaciones del respectivo riesgo y adoptar las medidas que resulten procedentes; supervisar la administración y prevención del riesgo de **lavado de activos** y del financiamiento del terrorismo, respecto de todas las personas sujetas a inspección, vigilancia o control de la Superintendencia; supervisar el cumplimiento de las normas relacionadas con la prevención y control de **lavado de activos** por parte de las entidades sujetas a inspección, vigilancia y control; y las demás funciones que las normas vigentes otorguen o lleguen a otorgar a la Superintendencia en materia de supervisión de riesgo de **lavado de activos**.

Así mismo la Dirección de Prevención y Control de **Lavado de Activos** debe ejercer, en relación con el riesgo de **lavado de activos** y del financiamiento del terrorismo, las funciones de policía judicial, en los términos previstos por la ley y bajo la dirección funcional del Fiscal General de la Nación.

Por otro lado y configurando el segundo frente en que es tratado el tema por el decreto 663 de 1993, la Tercera Parte de dicho decreto establece disposiciones relativas al funcionamiento de las entidades financieras, específicamente en el capítulo XVI, que hace referencia a la Prevención de las Actividades Delictivas.

Las instituciones que se encuentren sometidas al control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas; entre esas actividades delictivas podemos encontrar el **Lavado de Activos**.

Así las cosas, es obligación de las entidades, tener conocimiento de la actividad económica que desarrolla el cliente, unas características básicas acerca de las transacciones que el mismo realiza, conocer quienes efectúan cualquier tipo de depósito a la vista, a término, de ahorro, o entregan bienes en fiducia o quienes hagan depósitos en cajillas de seguridad.

Las entidades deben reportar de forma inmediata y suficiente a la Unidad de Información y Análisis Financiero cualquier información relevante sobre manejo de activos o pasivos u otros recursos, cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que los mismos están usando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas o destinados a su financiación.

Toda institución financiera deberá dejar constancia, en formulario especialmente diseñado al efecto, de la información relativa a las transacciones en efectivo que realice, en moneda legal o extranjera cuyo valor sea superior a las cuantías que periódicamente señale la Superintendencia Bancaria.

En caso de incumplimiento de lo dispuesto en los artículos mencionados, por la no adopción o aplicación de los mecanismos de control, se impondrán las sanciones administrativas correspondientes, sin perjuicio de las consecuencias penales a que hubiere lugar.

3.1.2.7 Corresponsalías. Por último, los decretos analizados, entre ellos el Decreto 2233 de 2006, buscando que las medidas adoptadas para el control y la prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo, se extiendan a las diferentes actividades, regulan específicamente el servicio de las corresponsalías.

Los corresponsales pueden prestar servicios como el recaudo y las transferencias de fondos; depósitos y retiros en efectivo de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o depósitos a término, así como transferencias de fondos que afecten dichas cuentas; expedición de extractos; entre otras.

Los establecimientos de crédito podrán prestar los servicios anteriormente enunciados, bajo su responsabilidad, a través de terceros corresponsales conectados a través de sistemas de transmisión de datos, quienes actuarán en todo caso por cuenta del establecimiento de crédito. Las cooperativas de ahorro y crédito y las cooperativas multiactivas con sección de ahorro y crédito también podrán actuar como corresponsales.

Así, al momento de la celebración del contrato entre los establecimientos de crédito y los corresponsales, se deberán tener en cuenta cláusulas como la indicación expresa de la plena responsabilidad del establecimiento de crédito frente al cliente o usuario, por los servicios prestados por medio del corresponsal; las obligaciones de ambas partes; y las medidas para mitigar o cubrir los riesgos asociados a la prestación de los servicios financieros, incluyendo aquellas relacionadas con la prevención y el control del **lavado de activos**.

3.1.2.8 Sanción Jurídica. De otro lado, y en desarrollo de las disposiciones de superior jerarquía, decretos como el 1975 de 2002 terminan de precisar la definición de la figura de la extinción del dominio, señalando que se trata de la pérdida de ese derecho a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular.

Los bienes objeto de la medida de extinción de dominio son todos los que sean susceptibles de valoración económica o que sobre ellos pueda recaer derecho de propiedad; además también procederá dicha acción sobre bienes equivalentes cuando no resulte posible ubicar los bienes afectados.

Además establecen unas causales para su generación como que el bien o los bienes de que se trate provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita; los bienes de que se trate hayan sido utilizados como medio o instrumento de actividades ilícitas o sean destinadas a éstas, o sean objeto del ilícito; los bienes o recursos de que se trate provengan de la enajenación o permuta de otros que tengan su origen, directa o indirectamente, en actividades ilícitas, o que hayan sido destinados a actividades ilícitas o sean producto, efecto, instrumento u objeto del ilícito; los bienes o recursos de que se trate hubieren sido afectados dentro del proceso penal y que el origen de tales bienes, su utilización o destinación ilícita no hayan sido objeto de investigación

o habiéndolo sido, no se hubiese tomado sobre ellos una decisión definitiva por cualquier causa; y los derechos de que se trate recaigan sobre bienes de procedencia lícita, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes de ilícita procedencia.

La acción será iniciada de oficio por la Fiscalía General de la Nación y la misma, podrá recibir información de cualquier institución sea pública o privada, nacional o extranjera, persona natural o jurídica, que sepan de la existencia de bienes que puedan ser objeto de la acción de extinción de dominio.

La figura jurídica se concreta en una sentencia declaratoria de la extinción de todos los derechos reales, principales o accesorios, desmembraciones, gravámenes o cualquier otra limitación a la disponibilidad o el uso del bien y ordenará su tradición a favor del Estado, a través del Fondo de Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado, administrado por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Para hacer efectiva la acción, Colombia a través de convenios y tratados suscritos, aprobados y debidamente ratificados, busca que haya cooperación judicial, pues son plenamente aplicables para la obtención de colaboración en materia de afectación de bienes, cuando su contenido sea compatible con la acción de extinción de dominio.

3.2 ANÁLISIS DE LAS CIRCULARES EXTERNAS, CARTAS CIRCULARES, Y DE LAS RESOLUCIONES EXPEDIDAS POR LA SUPERINTENDENCIA

3.2.1 Análisis de las circulares externas, cartas circulares expedidas por la Superintendencia. Las normas analizadas corresponden a actos administrativos de carácter general, proferidos por la Superintendencia Bancaria de Colombia, hoy Superintendencia Financiera, como ente encargado de ejercer la vigilancia, el control y la inspección de las diferentes entidades que conforman el sector financiero y asegurador del país. Lo anterior en ejercicio de las facultades otorgadas en la Constitución Nacional, en leyes y decretos anteriormente estudiados y referentes al lavado de activos.

A través de ellos la Superintendencia pretende interpretar e instruir a sus entidades vigiladas acerca de la forma en que deben ser aplicadas las normas de superior jerarquía referentes a este riesgo. Concretamente, las circulares externas son comunicados de carácter general, a través de los cuales la Superintendencia imparte instrucciones y expide normas generales de imperativo cumplimiento para las entidades vigiladas; fija su doctrina y expresa su posición como institución en temas de su competencia.

Las cartas circulares son comunicaciones por medio de las cuales la Superintendencia da a conocer información de interés para los vigilados y el público en general o solicita información esporádicamente. Tienen carácter informativo y mediante ellas no se expiden reglamentaciones.

Son destinatarios de las normas en comento, los representantes legales, tesoreros, miembros de las juntas directivas, oficiales de cumplimiento, revisores fiscales, gerentes de oficina y demás empleados de las entidades vigiladas; entre ellas las compañías aseguradoras, establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias sociedades de capitalización, intermediarios de seguros, las entidades administradoras del sistema general de pensiones y sociedades administradoras de fondos de cesantías.

Específicamente en el tema de **lavado de activos**, a través de estas disposiciones la Superintendencia instruye a las entidades vigiladas sobre la forma como deben cumplir las disposiciones que regulan la actividad financiera y aseguradora, a fin de evitar que sus actividades sean utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o destinados a su financiación, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas; y fija criterios técnicos y jurídicos que facilitan el cumplimiento de las normas relacionadas con el **lavado de activos**.

Señala igualmente procedimientos para su aplicación e instruye a las entidades vigiladas sobre la manera como deben administrar este riesgo propio de la actividad que desarrollan. Constituyen temas tratados en estas disposiciones todos los mecanismos a través de los cuales se asegure el estricto y oportuno cumplimiento de las normas legales encaminadas a prevenir y detectar el **lavado de activos**, particularmente de las contenidas en los artículos 102 a 105 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; a efecto de proteger la imagen y la reputación nacional e internacional del sistema financiero y asegurador colombiano.

Para efectos del tema en comento, se denomina activos ilícitos aquellos que provienen de cualquier delito, como por ejemplo, secuestro, extorsión, hurto de vehículos, piratería terrestre, asaltos bancarios o narcotráfico. Se incluye el terrorismo, definido en los términos del Código Penal vigente, como una actividad delictiva; por lo que es preciso entender que lo dispuesto en el artículo 102 del EOSF se hace extensivo también a esta categoría de delito.

Las entidades vigiladas por la Superintendencia están en la obligación de adoptar mecanismos eficaces para evitar que en el desarrollo de sus operaciones, organizaciones criminales oculten activos y fondos ilícitos para desarrollar actividades terroristas.

Las medidas de control para la prevención de actividades ilícitas que adopten las entidades vigiladas deben cubrir el manejo de activos ilícitos; es deber del sistema financiero contribuir al fortalecimiento del sistema de pagos de la economía y aseguramiento de la confianza del público en el sector financiero y asegurador, velando por la seguridad, transparencia y confiabilidad en sus operaciones.

Es así como para alcanzar este objetivo, se dispone de diferentes mecanismos, algunos encaminados concretamente a los sistemas de información de clientes, los requisitos para su vinculación directa o a través de intermediarios y los plazos para la actualización de dicha información; otros dirigidos a las operaciones que los clientes realizan, su control y reporte con especial importancia en las transacciones en efectivo.

También se dispone de mecanismos de divulgación de comunicados expedidos por organismos nacionales o internacionales, y de mecanismos de prevención y control contra actividades delictivas vinculadas específicamente al terrorismo, entre otros.

3.2.1.1 Definición de la Conducta “Lavado de Activos”. La Superintendencia en las disposiciones analizadas dispone que el **lavado de activos** se vincula al riesgo legal y reputacional a que se expone una entidad vigilada, con el consecuente efecto económico negativo que ello puede representar para su estabilidad financiera, al ser utilizada entre otros para el ocultamiento, manejo o aprovechamiento, en cualquier forma, de dineros u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a los mismos.

3.2.1.2 Obligación Especial del Sistema Integral para la Prevención de Lavado de Activos. A través de normatividad expedida por la Superintendencia, entre ellas, la Circular Externa 034 de 2004, y más recientemente la Circular Externa 022 de 2007 se ha buscado acoger recomendaciones regulatorias, algunas de carácter muy técnico, señaladas por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Se precisan nuevos conceptos y procedimientos que deben guiar a las entidades vigiladas para darle cumplimiento a los artículos 102 a 107 del EOSF, adecuándose a estándares internacionales que desarrolla el factor de prevención y control del **lavado de activos**.

Es el caso del Sistema Integral para la Prevención de **Lavado de Activos** SIPLA, actualmente denominado Sistema de Administración de Riesgo de **Lavado de Activos** y de la Financiación del Terrorismo SARLAFT. Cada entidad debe contar con procedimientos que le permitan atender oportunamente las solicitudes que se presenten por parte de la Superintendencia para un monitoreo especial de cierto tipo de operaciones o de clientes y de este modo reportar sus resultados en las condiciones que en cada caso se determinen.

Las entidades vigiladas deben adoptar y poner en práctica metodologías y procedimientos propios dentro de un Sistema que sea Integral en la Prevención del **Lavado de Activos**. Debe prever cada entidad procedimientos para la ejecución de los distintos mecanismos de prevención y control que se adopten. Dichos procedimientos deben estar contenidos en un manual de procedimientos el cual debe ser aprobado por la junta directiva de la entidad vigilada.

El SIPLA de cada entidad vigilada debe desarrollar por lo menos temas como las políticas que asumirá la entidad en relación con el cumplimiento de las normas legales sobre prevención y control del **lavado de activos**, la traducción de estas políticas en conductas que orienten la actuación de los funcionarios, procedimientos que incluyan responsabilidades, deberes y facultades de los distintos órganos de dirección y administración en el tema, el conocimiento del cliente, determinación de movimientos por usuario, conocimiento del mercado, detección y análisis de operaciones inusuales, determinación y reporte de operaciones sospechosas, descripción de la metodología de confirmación y actualización de la información de los clientes, mecanismos de capacitación, funciones y responsabilidades del oficial de cumplimiento, de la auditoría interna y de la revisoría fiscal, políticas y procedimientos de conservación de documentos.

Con relación a los instrumentos para que puedan ser aplicados los anteriores mecanismos de control, el SIPLA debe desarrollar las señales de alerta, desarrollo tecnológico, segmentación de mercado, consolidación electrónica de operaciones, control y registro de transacciones individuales en efectivo, control de transacciones múltiples, capacitación y entrenamiento de personal de la entidad, códigos de conducta y procedimientos a través de manuales escritos.

Para el efecto, la entidad de control, la Superintendencia, ha definido que cliente es aquella persona natural o jurídica con la que se establece y mantiene una relación de tipo legal o contractual para la prestación de algún servicio o el suministro de cualquier producto propio de su actividad. El conocimiento que la entidad requiere sobre el mismo debe iniciar con la vinculación e incluir todo el desarrollo de sus actividades mientras esté vigente o activo en determinada entidad.

El efectivo conocimiento del cliente se da a partir del monitorear continuamente las operaciones de los clientes, contar con elementos objetivos que le permitan a la entidad abstenerse de entablar vínculos comerciales con personas con quienes no se pueda establecer satisfactoriamente su identidad y también contar con elementos de juicio y soportes documentales que permitan analizar las transacciones inusuales y determinar la existencia de operaciones sospechosas.

La entidad debe contar con procedimientos claros que permitan el análisis de la información suministrada por el cliente, su archivo ordenado y la conservación adecuada de la misma; de manera que dicha información sea de fácil acceso para quien debe prevenir y controlar en el interior de la entidad, que sea usada para **lavado de activos**. De igual manera para cuando autoridades autorizadas soliciten la información.

Igualmente se ha definido **el usuario** como aquella persona natural o jurídica que sin ser cliente, la entidad vigilada le presta un servicio. Se le debe hacer seguimiento a las operaciones realizadas por estos, por lo tanto resulta necesario para el SIPLA contener procedimientos que le permitan a la entidad

verificar las características de los movimientos que efectúan los distintos usuarios a través de sus oficinas, incluyendo las electrónicas o virtuales.

Es necesaria la adopción de metodologías y procedimientos que le permitan a la entidad vigilada conocer a fondo el mercado correspondiente a cada clase de producto o servicio que se ofrece, actualizándose continuamente conforme a los cambios que se presenten.

De manera general, se define también la **operación inusual** como aquella transacción cuya cuantía o características no guardan relación con la actividad económica que desempeña el cliente; el SIPLA de cada entidad vigilada debe establecer cuando una operación es inusual. Y con relación a los usuarios, resultan inusuales aquellas transacciones que por su número, por las cantidades transadas o por sus características particulares, se salen de los parámetros de normalidad establecidos para determinado rango de mercado.

Una operación es sospechosa cuando la confrontación de las operaciones detectadas como inusuales, con la información acerca de los clientes y los mercados, permite, conforme el buen criterio de la entidad, estimarla como irregular o extraña. El SIPLA debe permitirle a la entidad detectar operaciones sospechosas que puedan estar vinculadas con la canalización de recursos de origen ilícito hacia la realización de actividades terroristas, o que pretendan el ocultamiento de activos provenientes de dichas actividades, y de informar oportunamente de ello a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF); así como permitirle determinar el riesgo implícito en las operaciones que se realicen con personas o entidades de países que no aplican las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera (GAFI).

Así las cosas, el SIPLA hoy SARLAFT, debe contar con procedimientos internos que le permitan a la entidad identificar a clientes que por su perfil o las funciones que desempeñan, podrían estar expuestos en mayor grado, al riesgo de lavado.

En caso de que la entidad vigilada considere que una operación es sospechosa, deberá seguir el trámite previo y debidamente reglamentado en el Manual de Procedimientos, para hacer el respectivo reporte tanto a la Unidad Especial de Información y Análisis financiero para el Control del **Lavado de Activos** del Ministerio de Hacienda, como a la Fiscalía General de la Nación. El Ministerio se encarga de sintetizar y analizar la información que se refiere a los artículos 102 a 107 del EOSF.

El SIPLA y el actual SARLAFT, deben implementar reglas sobre el conocimiento del cliente, el diligenciamiento de formularios y la realización de entrevistas.

Con relación a las entrevistas, se deben realizar previas a la vinculación de clientes, se determina que tales entrevistas no solo pueden llevarse a cabo de manera presencial, sino que es válido establecer que pueden existir

procedimientos de entrevista distintos, que se presentarán de manera excepcional y por tipo de producto o servicio.

Se ha introducido igualmente la obligación para todo intermediario del mercado cambiario autorizado para pagar giros del exterior, de exigir, al momento de efectuar el pago de un giro, el diligenciamiento del formulario de vinculación que tengan diseñado para el efecto, a las personas que sin ser clientes sean beneficiarias del mismo.

Otro concepto adoptado por la Superintendencia, con relación a la aplicación de los mecanismos de control, son las **señales de alertas**; definidas como hechos, situaciones, eventos, cuantías o indicadores financieros que la experiencia nacional e internacional ha identificado como elementos, juicios o indicios a partir de los cuales se pueda inferir la posible existencia de un hecho o situación que escapa a lo que la entidad en el giro ordinario de sus operaciones, ha determinado como normal; contribuyen a la construcción de elementos de juicio sólidos y relevantes que sirven como punto de partida para la eficiente investigación y juzgamiento de los casos sobre **lavado de activos** y financiación del terrorismo.

Las entidades vigiladas también deben contar con un manual de procedimientos como instrumento mediante el cual la entidad recoge las formas necesarias para ejecutar cada uno de los mecanismos que adopte para desarrollar su propio SIPLA.

También deben capacitar y entrenar a sus empleadas en los procesos y programas orientados a la prevención y control del lavado, respecto de las operaciones específicas de cada área.

Por último, el SIPLA que diseñe cada entidad debe prever un sistema adecuado de reportes tanto internos como externos, que garanticen el funcionamiento de sus propios procedimientos internos de control de riesgos; así como el cumplimiento de los deberes legales que tienen las entidades vigiladas de colaborar con las autoridades a cargo de la lucha contra el delito de **lavado de activos**.

3.2.1.3 Prácticas Prohibidas. Llama la atención la crítica que en algunas circulares hizo la Superintendencia sobre prácticas ejercidas por entidades vigiladas en virtud de las cuales se restringe a algunas personas naturales y jurídicas, el acceso a los servicios que prestan, negando o terminando unilateralmente el suministro de dichos servicios sin ilustrar la razón que soporta dicha decisión o limitándose a fundamentarla en principios como el de la autonomía de la voluntad o señalando que es política de la entidad abstenerse de vincular a personas o empresas que desarrollan determinadas actividades.

Estos pronunciamientos de la entidad de control se consideran acertados en la medida en que delimitan e impiden arbitrariedades que, con fundamento en las normas de **lavado de activos**, puedan cometer las entidades financieras; desconociendo la normatividad referente al régimen para la protección del consumidor previsto igualmente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ignorando el carácter de interés público que por disposición del artículo 335 de la Carta Política ostentan los servicios que prestan estas entidades, y relegando los principios y reglas planteadas por la Corte Constitucional en distintos pronunciamientos referidos al suministro de dichos servicios.

Lo anterior teniendo en cuenta que las personas necesitan valerse de estos servicios para poder desarrollar adecuadamente las actividades lícitas a las cuales se dedican.

En este sentido, se ordena a las entidades vigiladas que no pueden restringir injustificadamente el acceso a los servicios financieros que prestan y que en caso de una negativa para su prestación, ésta deberá basarse exclusivamente en criterios objetivos y razonables como la evaluación de las condiciones y los riesgos implícitos en las operaciones que se realizan o se realizarían; evitando prácticas discriminatorias que se traduzcan en el bloqueo financiero injustificado de personas, actividades o sectores.

3.2.1.4 Obligación Especial de Suministro de Información y Reportes. Se encontraron disposiciones que incorporan los criterios e indicaciones sugeridos por la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF) para la detección de operaciones sospechosas y su adecuado y completo reporte a la esta Unidad, reconociendo que este mecanismo de control es el más importante de los sistemas de prevención de lavado de activos de las entidades vigiladas y constituye un elemento fundamental para dar inicio a las acciones de las autoridades contra quienes lavan activos y desarrollan otras actividades ilícitas.

Se busca que las entidades vigiladas realicen una descripción de la operación reportada, calificando su importancia y urgencia, explicando la metodología empleada para su detección e ilustrando los soportes con que cuente la institución reportante. Es deber de la institución vigilada efectuar un reporte oportuno y claro, de forma que su contenido favorezca la evaluación que efectúa la UIAF y, de esta manera, su divulgación a las autoridades encargadas de iniciar las actuaciones judiciales correspondientes.

Para efectos del Reporte de **Operaciones Sospechosas** (ROS), no se requiere que la institución vigilada tenga certeza de que se trata de una actividad delictiva, así como tampoco debe identificar el tipo penal o que los recursos que maneja provienen de esas actividades. Sólo se requiere que la entidad considere que la operación es sospechosa. Debe tenerse presente que no solo se reporta la operación en caso afirmativo o de ocurrencia del hecho, sino que también se reporta en caso de no ocurrencia del hecho; lo anterior con fines de control.

Resulta de sumo valor la descripción de la operación sospechosa, la calificación de su importancia y urgencia, la explicación de la metodología empleada para su detección y de los soportes con que cuenta la entidad, porque constituyen aspectos *esenciales* en el diligenciamiento del reporte, que inciden directamente en la forma como se entienden los hechos asociados a la respectiva operación.

La descripción de los hechos debe ser completa y clara, presentándolos, en lo posible, en orden cronológico; debe ilustrarse como se relacionan las personas naturales o jurídicas vinculadas al reporte y especificarse si se trata de clientes o usuarios de la entidad; deben señalarse los productos financieros involucrados, tipos de transacciones y sus montos, instituciones financieras y demás agentes que intervienen en la operación sospechosa.

Si lo que se describe es al cliente, debe anexarse las características y montos de los ingresos y egresos, su información patrimonial, una descripción del perfil financiero, hacerse la comparación del cliente con el sector económico al cual pertenece, precisar si se solicitó al cliente actualización de datos o aclaración sobre los hechos respectivos, señalando si la institución recibió del mismo alguna declaración, explicación o justificación que se relacione con la operación sospechosa; y enunciar, además de los productos financieros vinculados a la operación sospechosa, los otros que posea el cliente en la misma entidad, distinguiendo entre unos y otros.

Se cuenta igualmente con formatos para reportes tratándose de operaciones en efectivo, transacciones múltiples e informes de los nombres e identidades de todos los clientes exonerados de reporte.

La información suministrada debe sugerir su importancia, obedeciendo a los parámetros establecidos de alta, media o baja, según las tipologías conocidas de **lavado de activos** y otras actividades delictivas; teniéndose presente las tipologías identificadas por organismos internacionales como GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional).

Elementos como un incremento patrimonial no justificado o por fuera de los promedios del respectivo sector o actividad económica, presunto uso indebido de identidades, uso de números de identificación inexistentes, números de identificación de personas fallecidas, suplantación de personas, alteración de nombres, la actuación en nombre de terceros y uso de empresas aparentemente de fachada, tener relación con personas vinculadas o presuntamente vinculadas a actividades delictivas o tener relación con bienes de presunto origen ilícito; constituyen información fundamental para las autoridades.

Por ejemplo, un reporte será urgente cuando sea inminente la disposición, transferencia o retiro de recursos vinculados a una presunta actividad de **lavado de activos** u otra delictiva; cuando sea inminente el empleo de recursos en la realización de actividades terroristas u otras delictivas; o cuando

sea imperativa, a juicio de la entidad, la intervención de las autoridades para evitar la disposición, transferencia o circulación de recursos, en cualquier forma, presuntamente vinculados a operaciones de **lavado de activos** u otras modalidades delictivas.

3.2.1.5. Comité de Auditoria. Dicho comité debe supervisar la estructura del control interno de la entidad de forma tal que se pueda establecer si los procedimientos diseñados protegen razonablemente los activos de la entidad y si existen controles para verificar que las transacciones están siendo adecuadamente autorizadas y registradas. Otra de las funciones es velar porque existan los controles necesarios para evitar que la entidad sea utilizada como instrumento para la realización de actividades delictivas, en especial para el lavado de activos.

De manera concreta, los Comités de Auditoria, como órgano de apoyo para ejercer el control interno de la entidad vigilada, controlan y velan por que se den las medidas necesarias para que la respectiva entidad, no se vea permeada por ser utilizada como medio en la realización de actividades delictivas, entre las que se encuentra el **lavado de activos**, tanto a nivel interno como externo con relación a la entidad.

3.2.1.6 El Código de Conducta. Existen otros mecanismos introducidos a través de disposiciones de la Superintendencia. Por ejemplo, el código de conducta o instrumento mediante el cual la entidad vigilada señala de manera expresa las reglas de conducta que orientan su actuación y la de cada uno de los funcionarios en el adecuado funcionamiento del SIPLA, respecto de cada uno de los productos que ofrece.

Así las cosas, el código de conducta debe desarrollar reglas sobre el cumplimiento riguroso de los mecanismos de control y prevención de actividades ilícitas que la entidad acoge en sus manuales de procedimiento, el efecto del incumplimiento de dichas políticas y procedimientos, procedimientos para resolver conflictos de interés, la premisa de que la entidad debe anteponer la observancia de los principios éticos al logro de las metas comerciales, entre otros.

3.2.1.7 El Oficial de Cumplimiento. En cumplimiento del artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las entidades vigiladas tiene la obligación de contar con un oficial de cumplimiento y de proporcionarle una estructura administrativa. Es designado por la Junta Directiva de la sociedad, debe ser de alto nivel, tener capacidad decisoria, contar con un equipo de trabajo humano y técnico y con el apoyo de las directivas de la entidad.

El oficial de cumplimiento es el encargado de velar por el adecuado funcionamiento del SIPLA, e igualmente vigilar el cumplimiento de lo dispuesto por la ley y la Superintendencia sobre el tema de la prevención del **lavado de activos**.

Otras funciones no menos importantes asignadas al oficial de cumplimiento son la presentación de informes periódicos a la junta directiva sobre su gestión, cumplimiento de reportes a entes de control, correctivos; programas internos de instrucción y capacitación, faltas que comprometan la responsabilidad de funcionarios, entre otros.

Este funcionario se posesiona ante la Superintendencia y posteriormente sus datos personales son informados a la Unidad Administrativa Especial de Información y Análisis Financiero

3.2.1.8 Compañías de Seguros. La Superintendencia, en relación con el tema del lavado de activos expide disposiciones con destinatarios específicos, de acuerdo al negocio o actividad. Es el caso de las circulares que buscan facilitar el control sobre el lavado de activos y la detección de actividades delictivas, en las compañías de seguros; quienes podrán constituir bases de datos centralizadas con la información relativa a las pólizas de seguros o a los siniestros pagados u objetados, que se estime necesaria para tal fin.

3.2.1.9 Compañías de Capitalización. Es también el caso de las compañías de capitalización para quien la Superintendencia, con el fin de facilitar el control sobre el lavado de activos y la detección de actividades delictivas, permite constituir bases de datos centralizadas con la información relativa a los títulos de capitalización o a los sorteos pagados, que se estime necesaria para tal fin.

3.2.1.10 Sociedades Fiduciarias. Tratándose de sociedades fiduciarias en los negocios inmobiliarios, lo relevante es el tema del conocimiento del cliente, por lo que debe darse cumplimiento al lleno del formulario de vinculación de los clientes. Igualmente se deben confirmar y actualizar los datos suministrados en dicho formulario y no debe olvidarse la entrevista presencial que debe hacerse al potencial cliente, previa a la vinculación del mismo, dejando constancia documental en la que se indique el lugar, fecha y hora de la misma y sus resultados.

3.2.1.11 Casas de Cambio. Las casas de cambio constituyen uno de los aliados más importantes en la lucha contra el lavado de activos, pues por las características de la actividad que desarrollan están en mayor capacidad de detectar este tipo de operaciones. La información que suministran constituye uno de los principales insumos en la investigación a cargo de las autoridades encargadas de combatir el lavado de activos. Deben remitir a la UIAF la información relativa a la totalidad de las operaciones de cambio que realicen, para lo cual se ha diseñado y adoptado un formato especial.

3.2.1.12 Fondos de Pensiones y Cesantías. La Superintendencia también imparte instrucciones concretas en materia de requisitos para la vinculación de aportantes a los fondos de pensiones voluntarias, trabajadores a los fondos de cesantía, y para la realización de aportes voluntarios a los fondos de pensiones, con relación al tema de prevención de actividades delictivas establecido en el EOSF.

Entre la información que debe diligenciarse en el respectivo formulario aparece, respecto del cliente de los fondos de pensión voluntaria y de las personas que realicen aportes voluntarios a los fondos de pensiones obligatorias, la declaración voluntaria del origen de los fondos, registro de huella dactilar, monto, periodicidad, los ingresos voluntarios mensuales, concepto y valor de otros ingresos. Cuando el aporte es con recursos del empleador tratándose de persona jurídica, debe contar con la razón social, NIT, nombre y documento del representante legal, tipo de empresa, actividad económica, declaración voluntaria del origen de los fondos, monto, periodicidad y origen de los aportes y cuáles son los ingresos y los egresos mensuales. Y cuando se trate de persona natural entre la información solicitada se encuentra el nombre y apellidos completos, documento de identidad, ocupación, oficio, profesión y actividad económica principal, declaración voluntaria de origen de fondos, monto, periodicidad y origen de los aportes y los ingresos y egresos mensuales.

3.2.1.13 Responsabilidad de los Administradores. Acogiendo criterios internacionales en materia de responsabilidad, la Superintendencia ha señalado que corresponde a las juntas o consejos directivos en su calidad de administradores, definir las políticas y diseñar los procedimientos de control interno que deban implementarse, así como ordenar y vigilar porque los mismos se ajusten a las necesidades de la entidad, permitiéndole realizar adecuadamente su objeto social y alcanzar sus objetivos. Sobre este tema pueden consultarse en particular el numeral 7 de la Circular Externa 009 de 1998, igual numeral de la Circular Externa 052 de 1998, el numeral 3 de la Circular Externa 046 de 2002, el numeral 2.4 de la Circular Externa 034 de 2004, y recientemente el numeral 4.2.4.1 y siguientes de la Circular Externa 022 de 2007, modificada por la Circular Externa 061 de 2007, numeral 2 de la Circular Externa 062 de 2007.

Partiendo de este criterio, la Superintendencia Bancaria estableció algunos parámetros generales como requisitos mínimos para las juntas directivas y oficiales de cumplimiento de las entidades vigiladas, entre ellos la presentación de informes periódicos.

Se señala de manera expresa cuáles son los deberes mínimos en materia de SIPLA a cargo de las juntas directivas y del nivel administrativo de las entidades; se indica que las entidades deben señalar en su manual de procedimientos quién, dentro de la estructura organizacional, está facultado para exonerar clientes del diligenciamiento del formulario de transacciones en efectivo; se indica el deber de señalar claramente en el manual las funciones, responsabilidades y facultades de los administradores y demás funcionarios de la entidad en materia de prevención del **lavado de activos** y se indica el deber que tienen tales funcionarios de dejar expresa constancia de que conocen el manual y que se responsabilizan de su cumplimiento.

Corresponde a las Juntas Directivas aprobar la actualización de los manuales de procedimiento relacionados con la prevención e identificación de actividades para el blanqueo de activos. Específicamente corresponde al Comité de auditoría servir de apoyo a la Junta Directiva en la toma de decisiones atinentes al control y mejoramiento de aquellos.

Es igualmente función de la junta directiva de la entidad vigilada, la designación del oficial de cumplimiento.

3.2.1.14 Directrices para las Vigiladas. A través de estas circulares y cartas circulares, la Superintendencia busca dar a conocer información relevante para las vigiladas para detectar operaciones sospechosas, por ejemplo listado de billetes producto de ilícitos, personas y entidades sobre las cuales entran a regir las medidas previstas por las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y mediante las cuales se imponen sanciones de carácter financiero.

Por último, consideramos importante resaltar que con posterioridad al año 2006 y siguientes fueron expedidas por la Superintendencia Financiera de Colombia las siguientes circulares externas y cartas circulares:

- **Circular Externa 04 de 2006**, mediante la cual la Superintendencia obliga a las entidades a adoptar mecanismos de conocimiento del cliente más estrictos respecto de las personas que por su perfil o por las funciones que desempeñan, pueden estar expuestas en mayor grado de lavado de activos y financiación del terrorismo. En este sentido incorpora la proforma de información sobre campañas presidenciales. En adelante deberán suministrar a la UIAF la información relacionada con titulares, representantes legales y firmas autorizadas, traslados o cualquier movimiento de acuerdo con el documento técnico establecido para estos clientes
- **Circular Externa 022 de 2007**, mediante la cual se expiden instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y de la financiación del terrorismo. La Superintendencia consideró que dadas las diferentes tipologías de actividades delictivas relacionadas con el lavado de activos y financiación del terrorismo, se hacía necesaria una respuesta más coordinada entre el ente de supervisión y las entidades sometidas a inspección y vigilancia.

Lo anterior hacía necesario una regulación que permitiera ajustar los esquemas de administración de riesgos a las diferentes modalidades delictivas que surjan pero de acuerdo a la naturaleza, actividades y características de cada entidad.

De esta forma se establecieron los parámetros mínimos para que las entidades desarrollaran e implementaran el sistema de administración del riesgo de lavado de activos y de la financiación del terrorismo, SARLAFT. Sistema que debía empezar a regir en cada entidad en julio de 2008.

El SARLAF se compone de dos fases, la prevención del riesgo y el control para detectar operaciones que se pretendan realizar para dar apariencia de legalidad a operaciones vinculadas con LA/FT.

En esta norma se define el riesgo de LA/FT como la posibilidad de pérdida o daño que puede sufrir una entidad vigilada por su propensión a ser utilizada directamente o a través de sus operaciones como instrumento para el lavado de activos y/o canalización de recursos hacia la realización de actividades terroristas. Este riesgo se manifiesta a través de riesgos asociados, riesgo legal, reputacional, operativo, de contagio; con el consecuente efecto económico negativo que ello puede representar para la estabilidad financiera.

El SARLAFT comprende 4 etapas, identificación del riesgo, medición o evaluación, control y monitoreo. Y como sistema a implementarse en las entidades se compone de los siguientes elementos: políticas, procedimientos, documentación, estructura organizacional, órganos de control, infraestructura tecnológica, divulgación de información y capacitación.

De manera general, los mecanismos que deben adoptar las entidades son conocer el cliente actual y potencial, conocer el mercado, identificar y analizar las operaciones inusuales y determinar y reportar las operaciones sospechosas. Y los instrumentos que permiten que los anteriores mecanismos operen de manera efectiva, eficiente y oportuna, deberá contarse con señales de alerta, segmentación de los factores de riesgo en relación al mercado, monitoreo de operaciones y consolidación electrónica de operaciones.

Finalmente en esta nueva disposición, la Superintendencia exigió a las entidades, sistemas tecnológicos para garantizar la adecuada administración del riesgo de LA/FT, acorde con sus actividades, operaciones, riesgos y tamaño.

- **Circular Externa 061 de 2007**, mediante la cual se realizan algunos ajustes, modificaciones o precisiones técnicas con el fin de facilitar la implementación de las instrucciones relativas a la administración del riesgo de lavado de activos y de la financiación del terrorismo. En esta circular externa la Superintendencia acertadamente exceptúa algunas entidades de la aplicación de los artículos 102 a 107 del EOSF, al igual que las entidades que vayan a vincular como clientes a vigilados por la Superintendencia Financiera. De igual forma consideramos acertada la exigencia de la Superintendencia de precisar que las mediciones o evaluaciones deben hacerse respecto de cada factor de riesgo y de los riesgos asociados y de exigir que los monitoreos o seguimientos del perfil de riesgo se realicen con una periodicidad de acuerdo al mismo.
- **Circular Externa 62 de 2007**, mediante la cual la superintendencia da instrucciones en materia de prevención y control del lavado de activos y financiación del terrorismo a los emisores no sometidos a inspección y vigilancia de estas. La normatividad empezó a regir a partir del primero

de Enero de 2008 y fue modificada posteriormente mediante circular externa 60 de 2008 para aclarar el alcance de las obligaciones impuestas a los emisores en colocaciones en el mercado primario y en negociaciones en el mercado secundario. Las instrucciones en esta materia para los emisores son bastante similares en cuanto a requisitos, estructura organizacional, determinación de procedimientos, conocimiento del cliente, reporte de operaciones y conservación de documentos, establecidos en el anterior SIPLA

- **Circular Externa 026 de 2008**, mediante la cual se efectúan algunas modificaciones y precisiones relacionadas con los reportes señalados en el SARLAFT, entre ellos el reporte de operaciones sospechosas, el reporte de transacciones en efectivo, el reporte de clientes exonerados del reporte de transacciones en efectivo; modificaciones estas solicitadas por la Unidad Administrativa de Información y Análisis Financiero. En esta circular se crean los reportes sobre productos ofrecidos por las entidades vigiladas como inversiones, depósitos, aportes a fondos de pensiones, entre otros.

Por último en esta circular se establecen cronogramas de transmisiones para los formatos, unos a partir de Noviembre de 2008, otros a partir de Enero de 2009 y en general creándose un periodo de transición para la transmisión de los formatos a la UIAF, del régimen establecido en el SIPLA al actual sistema SARLAFT.

- **Circular Externa 94 de 2008**, mediante la cual la superintendencia da a conocer de personas que fueron objeto de medidas de intervención, a través de actos administrativos, por haber realizado actividades de captación o recaudo de dineros sin contar con la debida autorización legal.
- **Circular Externa 03 de 2009**, mediante la cual nuevamente se efectúan algunas modificaciones solicitadas por la UIAF, relacionadas con los reportes externos y con el envío de los formatos a través del Sistema de Reporte en Línea que empezaría a regir del primero de marzo de 2009.

3.2.2 Análisis de las resoluciones expedidas por la Superintendencia. Las resoluciones son actos administrativos por medio de los cuales Superintendencia Financiera de Colombia, en su momento Superintendencia Bancaria, expidió normas de carácter general, de imperativo cumplimiento para las entidades vigiladas.

Específicamente se hará referencia a las resoluciones mediante las cuales esta entidad impuso sanciones a sociedades vigiladas y/o a personas naturales en su carácter de administradores, por incumplimientos de las disposiciones legales relacionadas con el control y la prevención del **lavado de activos** en el sistema financiero, entre los años de 1991 y 2005.

Se analizaron aproximadamente 28 resoluciones sanciones, la información general de cada una de ellas se relaciona a continuación, especificando los datos de la resolución (numeración y fecha) y la sanción impuesta:

Resolución número 28 de enero 15 de 1997, impone multa a la entidad financiera por valor de diez millones de pesos.

Resolución número 29 de enero 15 de 1997, impone multa a la entidad financiera por valor de veinte millones de pesos.

Resolución número 068 de enero 28 de 1997, impone multa al gerente de una oficina sucursal financiera por valor de un millón de pesos.

Resolución número 0346 de abril 10 de 1997, impone multa al gerente de una oficina financiera por valor de un millón de pesos.

Resolución número 0564 de junio 10 de 1997, impone multa a la entidad financiera por valor de nueve millones quinientos mil pesos.

Resolución número 0192 de febrero 19 de 1998, impone multa a la entidad financiera por valor de treinta y ocho millones de pesos.

Resolución número 2271 de noviembre 4 de 1998, impone multa a la entidad financiera por valor de once millones de pesos.

Resolución número 042 de enero 15 de 1999, impone multa a la entidad financiera por valor de doce millones de pesos.

Resolución número 0170 de febrero 12 de 1999, impone multa a la entidad financiera por valor de trece millones trescientos mil de pesos.

Resolución número 1018 de julio 2 de 1999, impone multa a la entidad financiera por valor de trece millones trescientos mil pesos.

Resolución número 1600 de octubre 20 de 1999, impone multa a la entidad financiera por valor de trece millones trescientos mil pesos.

Resolución número 0150 de enero 26 de 2000, impone multa a la entidad financiera por valor de trece millones trescientos mil pesos.

Resolución número 1034 de junio 30 de 2000, impone multa al gerente de una sucursal financiera por valor de tres millones de pesos.

Resolución número 1035 de junio 30 de 2000, impone multa al subgerente de una sucursal financiera por valor de dos millones de pesos.

Resolución número 1399 de septiembre 8 de 2000, impone multa a la entidad financiera por valor de cuarenta millones de pesos.

Resolución número 1562 de octubre 12 de 2000, impone multa a la entidad financiera por valor de quince millones de pesos.

Resolución número 1409 de diciembre 11 de 2001, impone multa a la entidad financiera por valor de once millones trescientos mil pesos.

Resolución número 0270 de marzo 5 de 2002, impone multa a la entidad financiera por valor de diecisiete millones de pesos.

Resolución número 0346 de marzo 21 de 2002, impone multa a la entidad financiera por valor de veinte millones de pesos.

Resolución número 0955 de agosto 27 de 2002, impone multa a un ex representante legal de una entidad financiera por valor de un millón de pesos.

Resolución número 1347 de noviembre 22 de 2002, impone multa a la entidad financiera por valor de veinticinco millones de pesos.

Resolución número 0279 de abril 7 de 2004, impone multa a la entidad financiera por valor de treinta millones de pesos.

Resolución número 1134 de agosto 8 de 2005, impone multa a un oficial de cumplimiento por valor de cinco millones de pesos.

Resolución número 1221 de agosto 25 de 2005, impone multa a la entidad financiera por valor de cuarenta millones de pesos.

Resolución número 038 de diciembre 7 de 2005, impone multa a la entidad financiera por valor de veinte millones de pesos.

Resolución número 0184 de diciembre 21 de 2005, impone multa a la entidad financiera por valor de ciento treinta millones de pesos.

3.2.2.1 Hallazgos de la Superintendencia. En ejercicio de las facultades de supervisión otorgadas por el literal a), del numeral 4º, del artículo 326 del EOSF, la Superintendencia practicó visitas a las entidades vigiladas, con el objetivo de verificar el adecuado cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, para los casos en estudio, en materia de lavado de activos.

Del análisis adelantado se identificó que la entidad de inspección, vigilancia y control, en relación con el tema de **lavado de activos**, sancionó las siguientes conductas por incumplimiento de los preceptos vigentes:

- Incumplimiento de las disposiciones en materia de conocimiento del cliente para su vinculación con la entidad vigilada a través de cualquier producto o servicio que ésta ofrezca, porque no se cumplía con el objetivo de brindar una información completa sobre las actividades y el origen de los recursos de los clientes. Este conocimiento es de utilidad

para las entidades a fin de prevenir que sean utilizadas para la comisión de actos ilegales que podrían llegar a comprometer su buen nombre; y porque se constituye en una colaboración para el gobierno en sus funciones policivas y de mantenimiento del orden institucional.

- Omisión en la adopción de procedimientos para la vinculación de clientes que manejan recursos públicos, detentan algún grado de poder público o gozan de reconocimiento público; y de un control detallado de sus operaciones.
- Incumplimiento de las disposiciones en materia de conocer adecuadamente la actividad económica de los clientes, así como la magnitud y las características básicas de las transacciones en las que se involucraban corrientemente; establecer la frecuencia, volumen y características de las transacciones financieras de sus usuarios, y que el volumen y movimientos de los fondos de sus clientes guardarán relación con la actividad económica de los mismos.
- Una vez revisados los formularios para vinculación de clientes se pudo establecer que en los modelos presentados faltaban algunas de las casillas para consignar la información requerida por la norma. En este sentido, los formatos que permiten el conocimiento del cliente, no se encontraba diligenciados completamente.
- Muchos de los clientes tanto personas naturales como jurídicas, no presentaban de forma completa los datos pertinentes, o los mismos se encontraban desactualizados. Se pudo establecer que existían varios formularios que carecían de la confirmación de la información.
- Incumplimiento de las disposiciones en materia de requisitos para la vinculación de clientes. La información del cliente, o bien no se encontraba completamente diligenciada y soportada al momento de su vinculación con la entidad financiera, o no era verificada y actualizadas posteriormente.
- Ausencia de constancia del diligenciamiento de los formularios de registro de transacciones en efectivo, y ausencia del reporte de las mismas a las autoridades por parte de los directivos de la entidad.
- No adopción del Sistema Integral para la Prevención de **Lavado de Activos** (SIPLA), de acuerdo con lo dispuesto con las normas vigentes.
- Ausencia de un seguimiento eficaz y eficiente del Oficial de Cumplimiento respecto a la verificación de los controles necesarios en la prevención de **lavado de activos**.
- Ausencia de tecnología que permita identificar y hacer seguimiento a las operaciones sospechosas e inusuales

- Ausencia de reportes de operaciones sospechosas e inusuales
- Ausencia de capacitación eficaz a los funcionarios para el adecuado conocimiento y cumplimiento de las normas sobre prevención de actividades delictivas.

3.2.2.2 Debilidades en el Proceso de Conocimiento de los Clientes. Siendo todas las disposiciones de gran importancia para el logro del objetivo, se concluye que las sanciones proceden es su mayoría por incumplimiento a los artículos 102 del EOSF referente al conocimiento de los clientes y 103 del mismo estatuto, sobre transacciones en efectivo. Es decir, el proceso de inspección realizado por el ente de control refleja debilidades generalizadas en la falta de aplicación de una política integral de conocimiento del cliente en sus tres etapas fundamentales, requisitos de vinculación, verificación y actualización de datos. Lo anterior determina un bajo ambiente de control y prevención de lavado de activos, sistema de autocontrol que basa su eficacia en la política de conocimiento del cliente.

El conocimiento de los clientes y del mercado le permite a una entidad protegerse adecuadamente del **lavado de activos** a través de sus operaciones. La normatividad da tal importancia al tema que entra al detalle de definir quién es cliente de una entidad vigilada, (aquellas personas naturales o jurídicas con las que se establece y/o se mantiene una relación contractual de carácter financiero), al igual que determina con precisión los diferentes mecanismos que deben desarrollarse al interior de la misma, los procedimientos y requisitos que han de cumplirse y solicitarse para obtener un conocimiento profundo de éste.

Profundiza la norma en las características particulares de los diferentes productos o servicios que ofrezcan las entidades, para lo cual cada una debe diseñar y poner en práctica mecanismos de control que le permitan alcanzar un conocimiento adecuado de todos sus clientes, en cuanto a su identificación y la determinación de su actividad económica, a efecto de definir su perfil financiero.

Así las cosas, el conocimiento del cliente debe empezar por el registro de entrada al sistema y el cumplimiento de los requisitos que determine la entidad con fundamento en la norma, para cada uno de los productos o servicios a través de los cuales se puede vincular. Las normas determinan unos requisitos básicos para cada producto financiero.

Es necesario que la entidad indague, por los medios que considere más eficaces, acerca de datos personales y comerciales relevantes.

Más aun, la entidad debe tenerse en cuenta que todos estas datos correspondientes al conocimiento del cliente, deben verificarse, estar soportados adecuadamente y actualizarse en forma permanente. La entidad deberá confirmar la información descrita dejando evidencia escrita de tal

confirmación en los términos que establezcan los manuales de procedimiento y deberá cancelar estos productos y dar por terminada la relación, cuando la información señalada no pueda verificarse.

Para el pleno y responsable acatamiento de lo anterior, se hace necesario implementar medidas de control para la prevención de actividades delictivas, también con respecto a transacciones en efectivo, en moneda legal o extranjera, donde igualmente fue frecuente el incumplimiento de la normatividad.

Las disposiciones legales son claras al señalar que el incumplimiento de las instrucciones impartidas sobre este tema en particular, se considera práctica insegura y no autorizada para las entidades vigiladas.

3.2.2.3 Debilidades en la Evaluación Tecnológica. Un segundo caso de incumplimiento generalizado evidenciado por la Superintendencia, corresponde al resultado negativo en la evaluación de la tecnología utilizada para el control de operaciones relacionadas con el lavado de activos; lo que permitió a este organismo de control evidenciar que las entidades no contaban con un mecanismo de segmentación de mercado o cualquier otro instrumento de similar eficacia, que le permitiera determinar el rango dentro del cual se desarrollaban normalmente las operaciones realizadas por sus clientes e identificar las operaciones inusuales. La segmentación con la que cuentan las diferentes entidades se encuentra relacionada efectivamente con el tema comercial y de mercadeo más no con el tema de la identificación y prevención de actividades delictivas.

Se evidenció que las entidades no contaban con un desarrollo tecnológico que les permitiera detectar operaciones inusuales oportunamente, pues los aplicativos no consolidan las operaciones por cliente, tampoco acumula transacciones múltiples que debieran ser consideradas como operaciones únicas.

3.2.2.4 Debilidades en los Compromisos y responsabilidades Adquiridos por los Funcionarios de las Entidades Vigiladas. Finalmente, un tercer gran tema de incumplimiento generalizado para las entidades vigiladas es el relacionado con el cumplimiento de las funciones del oficial de cumplimiento sobre verificar la adecuada observancia de la totalidad de los procedimientos diseñados por la institución con el fin de prevenir el lavado de activos y el reportar a los competentes las posibles faltas que comprometan la responsabilidad de los funcionarios, su equipo de trabajo e infraestructura tecnológica; y el referente a los programas de capacitaciones para empleados con el fin de instruirlos en el cumplimiento de las normas vigentes

3.2.2.5 Destinatarios de las Sanciones. Las sanciones analizadas fueron impuestas a bancos, entidades fiduciarias, compañías de financiamiento comercial, corporaciones financieras, casas de cambio y compañías de leasing.

En cuanto a las personas naturales, algunas resoluciones sancionaron conjuntamente a la entidad vigilada y a la persona natural en calidad de Gerente o Subgerente de sucursal, Gerente de Oficina Sucursal o ex gerente de las mismas.

3.2.2.6 Facultad Normativa para Sancionar. Las resoluciones fueron expedidas por la Superintendencia Bancaria de Colombia, a través de sus delegaturas de intermediación financiera, de entidades administradoras de pensiones y cesantías, servicios financieros y compañías, bancos y corporaciones, de servicios financieros y compañías de financiamiento comercial y para la seguridad social y otros servicios financieros.

De manera general, la Superintendencia señaló como fundamento legal de las sanciones impuestas las siguientes disposiciones legales:

- Artículos 102 a 107 del EOSF, referentes a la prevención de actividades delictivas;
- Artículo 209 del EOSF, referente a sanciones administrativas personales a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales, funcionarios y demás empleados de las entidades vigiladas;
- Artículo 211 del EOSF, referente a sanciones administrativas institucionales;
- Artículo 326 y siguientes del EOSF, sobre las funciones y facultades de la Superintendencia;
- El Capítulo IX, obligaciones especiales de las entidades vigiladas, del Título I, aspectos generales, de la Circular Básica Jurídica o Circular Externa 007 de 1996, proferida por la Superintendencia Bancaria.
- Circulares Externas 075 de 1992, 015 de 1993, 019 de 1993, 061 y 072 de 1996, 052 de 1998, 012 de 1999, 025 de 2003, 034 de 2004, 040 de 2004, expedidas por la Superintendencia Bancaria, que establecen que las entidades vigiladas deben adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.
- Capítulo Preliminar del Título III, disposiciones especiales, relativas a las operaciones de los establecimientos de crédito en particular, de la Circular Básica Jurídica o Circular Externa 007 de 1996, proferida por la Superintendencia Bancaria. Norma posteriormente derogada por la Circular Externa 046 de 2002 de esta misma entidad.
- Ley 222 de 1995, referente a la responsabilidad de los administradores.

De manera reiterativa, la Superintendencia examinó el numeral 1º y 2º del artículo 102 del EOSF, que determinan, primero, que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en

la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento, en cualquier forma, de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas. Y segundo que para los efectos del numeral anterior, esas instituciones deberán adoptar mecanismos y reglas de conducta que deberán observar sus representantes legales, directores, administradores y funcionarios, con los propósitos contenidos en los literales a), b), c) y d), que no son otros que conocer el cliente, su actividad, el volumen de sus transacciones, la frecuencia y características de estas.

En cuanto a las obligaciones de las entidades vigiladas referentes el registro y control de transacciones en efectivo, el sustento legal correspondió de manera generalizada, al Artículo 103 del EOSF, sobre Controles de las transacciones en efectivo, según el cual toda institución financiera deberá dejar constancia, en formulario especialmente diseñado al efecto, de la información relativa a las transacciones en efectivo que realice, en moneda legal o extranjera, cuyo valor sea superior a las cuantías que periódicamente señale la Superintendencia Bancaria.

Y concretamente, en cuanto al reporte de transacciones sospechosas, la entidad citó el Capítulo IX Título I de la Circular Externa 007 de 1996 o Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria, según la cual una vez se determine que una operación es sospechosa, deberá seguirse el trámite previo y debidamente reglamentado en el Manual de Procedimiento, para hacer el respectivo reporte a la Fiscalía General de la Nación. Para efectos del reporte, reiteró la Superintendencia que no se requiere que la institución vigilada tenga certeza de que se trata de una actividad delictiva, o que los recursos que maneja provienen de esas actividades, ni tampoco identificar el tipo penal; sólo se requiere que la entidad considere que las operaciones son sospechosas. Bajo el entendido de que el reporte de operaciones sospechosas a la Fiscalía no constituye denuncia penal, no se exige que deba estar suscrito por funcionario alguno de la entidad.

Al encontrarse demostrada la infracción de las normas que regulan los temas relacionados con la prevención y el control al **lavado de activos**, sin que se presentara causal exonerativa de responsabilidad que justifique su incumplimiento, se procedió a la imposición de la consecuencia jurídica establecida para el efecto, en desarrollo de las facultades otorgadas por el artículo 326 del EOSF; por cuya virtud correspondía a la Superintendencia Bancaria imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisor fiscal o empleados de la misma, previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable, las sanciones que sean pertinentes, por infracción a las leyes, a los estatutos o a cualquier otra norma legal a que deban sujetarse.

Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 211 del EOSF cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que éstos han violado una norma de

sus estatutos o reglamento, o cualquiera otra disposición legal a que deban estar sometidos, impondrá al establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional, graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores.

3.2.2.7 Análisis Realizado por la Superintendencia Bancaria y sus Argumentos para Sancionar

Conocimiento del Cliente.

- La Superintendencia ha considerado que las normas establecidas en el EOSF sobre el conocimiento del cliente constituyen una herramienta fundamental de colaboración hacia la labor fiscalizadora del gobierno nacional, por parte de las entidades que componen el sector financiero. Por lo tanto, explicaciones como las ofrecidas por las sociedades vigiladas, al manifestar que la mayoría de sus usuarios resultaban plenamente identificados y gozaban de su entera confianza, no son de recibo; puesto que las disposiciones del SIPLA se dirigen a cumplir primordialmente una labor de información para el Estado, para quien esos clientes son completamente extraños.

Así pues, los preceptos legales que rigen la materia tienen como fin inmediato que los agentes económicos presentes en la comunidad, como lo son las entidades del sector financiero, sirvan de sustento al Estado en la prevención del delito, y colaboren con la administración de justicia en sus actuaciones; de tal modo que no puede dejarse el ámbito discrecional el adoptar o no los adecuados mecanismos de control y las suficientes reglas de conducta ordenadas por la ley para tal finalidad. Dichas disposiciones, son por el contrario de ineludible observancia y exigen de todos sus destinatarios diligencia extrema en su aplicación.

Entendido lo anterior, los argumentos de defensa expuestos por las entidades vigiladas no resultaron apropiados para justificar el incumplimiento de las normas que rigen lo pertinente al conocimiento del cliente en materia de **lavado de activos**, pues en ellas no se establecía ningún tipo de excepción respecto a los documentos con que debían contar las entidades financieras para mantener un adecuado conocimiento de su clientela y el origen de sus fondos. La manifestación de los funcionarios de las entidades en el sentido que los clientes han sido preferenciales y que no comparten la información financiera por seguridad, no son argumentos validos.

- De otra parte, es importante mencionar, tal como lo hacen las comisiones de visita, que con frecuencia los contratos no cuentan con la cláusula de actualización de datos prevista en las disposiciones generales del capítulo preliminar del Título V de la Circular 007 de 1996 según la cual, con el objeto de conocer los cambios en los datos del constituyente o adherente de manera clara y oportuna, la entidad deberá procurar mantener siempre actualizada la información de los mismos,

para lo cual deberá incluir como cláusula adicional en los nuevos contratos de fiducia - procurando adicionarla en los ya existentes - la obligación por parte de aquellos de actualizar por lo menos anualmente, la información aquí señalada.

- El SIPLA debe contener procedimiento más estrictos de vinculación de clientes y de monitoreo de operaciones de personas que por su perfil o por las funciones que desempeñan podrían estar expuestos en un mayor grado al riesgo de lavado. En este sentido las entidades deben diseñar un control más detallado de las operaciones que realizan las personas que por su perfil, por razón de su cargo público manejan dineros públicos. Lo anterior exige procedimientos particulares para el control y monitoreo de clientes.
- La respuesta de la entidad, en la cual se afirma que los hechos fueron adecuadamente corregidos, no puede ser aceptada para justificar el desacato a normas de obligatoria observancia; pues la posterior rectificación no puede desvirtuar el incumplimiento en que se venía incurriendo.

Transacciones en Efectivo

- Para el tema del registro de las transacciones en efectivo, la Superintendencia reiteró que por transacciones en efectivo y para el propósito del artículo 103 del EOSF, se entiende únicamente aquellas que conllevan la presencia física de billetes o monedas en la ventanilla del cajero.

No está previsto en la ley que se excluya de este trámite a determinados clientes por el hecho exclusivo de ser conocidos como personas respetables, moralmente solventes, honorables o profesionalmente distinguidas, como se aduce en los descargos. No es la evaluación subjetiva de la idoneidad moral del cliente la que determina el nacimiento del deber de exigir el diligenciamiento del formulario de registro de transacciones en efectivo.

Para este propósito tampoco se requiere evaluar si existe sospecha respecto del eventual origen ilícito de los fondos. Los criterios son totalmente objetivos, esto es, que la transacción sea en efectivo y por valor igual o superior al monto fijado por la norma para cada periodo.

- Cosa distinta es que de acuerdo con lo contemplado en el numeral II del mismo artículo 103 del EOSF, pueda excluirse del diligenciamiento del formulario en comento, a aquellos clientes cuyos negocios de ordinario implican la realización corriente de numerosas transacciones en efectivo. Este régimen de excepción debe basarse en el estricto conocimiento del cliente, se señala categóricamente en el capítulo IX del título I de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Bancaria, que previamente se informe a la entidad de control el nombre de la persona

exonerada de llenar el formulario y que se lleve un registro especial sobre las características específicas y el volumen de los negocios de estos clientes.

Reporte de Operaciones Inusuales y Sospechosas.

- Las disposiciones vigentes en materia de **lavado de activos** también tienen el propósito de radicar en las entidades vigiladas, además de la obligación de detectar el ingreso o la transferencia de dineros de origen ilícito, la obligación de que adopten medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar o prevenir que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para dar apariencia de legalidad a transacciones vinculadas con actividades delictivas.

Con las circulares expedidas por la Superintendencia, se buscó recordar a las entidades vigiladas que deben realizar el reporte de las transacciones sospechosas detectadas en cada mes calendario, a la Fiscalía General de la Nación; dentro del mes siguiente y en un informe consolidado. En el evento en que una entidad vigilada no detecte operaciones sospechosas, deberá igualmente informarlo a la Fiscalía en el mismo plazo.

Resulta evidente que el propósito de estas normas es el de proteger o asegurar el interés general de la comunidad y la confianza pública en el sistema financiero del país, y que su fin inmediato es que toda entidad vigilada ayude con el Estado en la prevención del delito y colabore eficazmente con la administración de justicia.

- En los casos analizados y de acuerdo con los hallazgos de la entidad de control, se estableció que las entidades financieras fueron utilizadas como instrumento eficiente para depositar allí los recursos, mantenerlos seguros durante un buen lapso y disponer tranquilamente de ellos con la periodicidad y en la forma en que lo desearon terceros.

Baste reseñar que el desvío de los dineros habría sido imposible sin la utilización de la entidad bancaria y/o que éste habría logrado prevenirse oportunamente si los funcionarios de las entidades vigiladas hubiesen actuado de manera diligente, examinando las características de las transacciones y reportándolas internamente.

Los administradores, entre otras obligaciones, debían efectuar un adecuado seguimiento del movimiento de las operaciones de sus clientes y reportar internamente a la Unidad Especial Contra el **Lavado de Activos**, las operaciones inusuales al igual que las sospechosas.

No obstante, se evidencia que no se preocuparon por evaluar si los retiros de las cuentas eran normales o tenía una justificación conforme la actividad del cliente; si correspondían al objeto social del titular, si por su volumen, cuantía y asiduidad eran corrientes, entre otros temas. Al omitir esta evaluación, se

incumplió lo ordenado en el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

El debido cumplimiento de las obligaciones le habría permitido a los administradores establecer que la operación en conjunto era inusual – teniendo en cuenta los interrogantes sugeridos – y que en consecuencia, debía proceder de manera proactiva, alertando a las instancias superiores de la entidad financiera, a efecto que se pusieran en marcha los mecanismos de protección de la entidad tendientes a prevenir, detectar y/o reportar aquellas transacciones en virtud de las cuales se sospecha que se pretende utilizar a la entidad como instrumento para dar apariencia de legalidad a transacciones vinculadas con actividades delictivas.

- Cabe aquí señalar que la Superintendencia reitera que en el cumplimiento de esta obligación se exige especial diligencia, dada la vulnerabilidad que la omisión genera a la entidad vigilada y al sistema financiero en general, y que por ende la conducta de los administradores debe ofrecer suficiente garantía en cuanto a idoneidad y seguridad, como para considerar que en el ejercicio de sus funciones se garantice la tutela de la confianza que el público deposita en el conjunto de entidades financieras y en el manejo que requiere la industria como actividad de interés público.
- Resulta igualmente relevante para la Superintendencia en relación con la identificación de **operaciones inusuales** y **sospechosas**, que las entidades vigiladas cuenten con parámetros de segmentación del mercado, según lo señalado en el artículo 102 del EOSF, y el capítulo IX, título I de la Circular Externa 007 de 1996. Frecuentemente las comisiones visitadoras lograron establecer que las vigiladas no cuentan con parámetros de segmentación del mercado por niveles de riesgo, clases de producto y servicio, o por cualquier otro criterio, que permita identificar las operaciones inusuales o sospechosas que realizan sus clientes.

Los criterios de segmentación hallados obedecen a criterios y objetivos exclusivamente comerciales, no a una finalidad expedita y efectiva de prevenir que la entidad sea utilizada como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento de dineros provenientes de actividades delictivas.

Es pues necesario que la estructura de la segmentación, tal como se desprende del contenido de la norma que la consagra, divida el universo de los clientes que constituyen el mercado de cada entidad, según los criterios que ésta considere apropiados, de acuerdo con el tipo de clientes que posee, el tamaño de la entidad, los productos que ofrece, etc.; de tal manera que cada uno de ellos sea ubicado en el rango de mercado que le identifica según sus características, lo que permitirá visualizar ágilmente cuándo un cliente, que por sus particularidades debería realizar una clase de operaciones, está desarrollando otras diferentes (operación inusual). Todo ello en comparación

tanto con el universo de clientes que posee la entidad, como con el mercado general.

Desarrollos Tecnológicos

- En torno al tema tecnológico, la Superintendencia evidenció que las entidades no contaban con un adecuado control de las operaciones realizadas por sus clientes a través de la red de oficinas para las transacciones de recaudo, recepción y pago de operaciones; de forma que se permita consolidarlas y poner en práctica las señales de alerta establecidas, y detectar transacciones inusuales o determinar operaciones sospechosas, así como para el control de las transacciones en efectivo.

No se ha implementado un nivel de desarrollo tecnológico que permita asegurar una mayor cobertura y alcance de sus mecanismos de control sobre las operaciones celebradas directa o indirectamente por la sociedad vigilada, o través de la red de servicios contratada con su matriz.

Se encontró que con frecuencia las compañías no cuentan con un nivel de desarrollo tecnológico suficiente que asegure una mayor cobertura y alcance de los mecanismos de control para la detección de operaciones inusuales, toda vez que no puede desarrollar consolidaciones mes a mes de las transacciones que los clientes realizan por producto, bien sean ellos nuevos o antiguos.

- Con frecuencia, los contenidos del manual de Procedimientos no guardan relación con el soporte tecnológico de las entidades; encontrándose desactualizado el manual frente a los sistemas y frente a los nuevos productos y servicios que estructura la entidad.
- De otra parte la entidad debe diseñar mecanismos referentes al archivo y conservación de registros que contengan la información de operaciones inusuales y sospechosas, con el propósito de garantizar un mayor grado de colaboración con las autoridades; las entidades deben conservar los documentos relativos a la prevención de **lavado de activos** por un período no menor de 10 años.

Funciones del Oficial de Cumplimiento

- La obligación de adoptar los mecanismos de control adecuados para la prevención de actividades delictivas es una labor institucional, es así como la Circular Externa 007 de 1996, haciendo alusión al numeral 3º del artículo 102 del EOSF, señala que las entidades vigiladas tienen la obligación de designar un oficial de cumplimiento.

La labor del oficial de cumplimiento está orientada a verificar la adecuada observancia de la totalidad de los procedimientos internos diseñados por la entidad, con el objeto específico de lograr la detección y prevención de **lavado**

de activos, e igualmente reportar al competente las posibles faltas que comprometan la responsabilidad de los funcionarios.

- La Superintendencia en sus visitas de inspección encontró que este funcionario no permitió examinar a la comisión visitadora, los papeles de trabajo donde acredite que realizó la verificación de los procedimientos específicos establecidos por la entidad para prevenir que sea utilizada para el **lavado de activos**.

No aparece evidencia del seguimiento realizado por el oficial de cumplimiento de las normas sobre el conocimiento del cliente, verificación y actualización de la información; diseño y comprobación del funcionamiento de las señales de alerta; análisis de los resultados de las consolidaciones mensuales de las operaciones por cliente, ni de los informes presentados sobre su gestión a la Junta Directiva; desconociendo lo dispuesto en la Circular Externa 007 de 1996.

- Reitera la Superintendencia que la obligación de presentar informes a la Junta, deriva de la carga que tienen el oficial de cumplimiento de verificar si los procedimientos diseñados por la entidad para prevenir el **lavado de activos**, son comprensivos de todas las operaciones que la misma desarrolla, están conformes con la ley y los reglamentos y conducen de manera efectiva a evitar que la entidad sea utilizada para la realización de actividades delictivas.

Esos informes son por lo tanto fruto de un análisis y un seguimiento detallados y, aunque nada obsta para la planeación de actividades a desarrollar sobre el tema se someta a consideración de la Junta Directiva, esta exposición no implica que se ha cumplido con la obligación de presentar el informe mencionado puesto que el informe al que se hace referencia corresponde a la evaluación detallada del funcionamiento de los mecanismos implementados por la entidad, así como la evidencia escrita del cumplimiento de la gestión encomendada al oficial de cumplimiento.

- De igual forma, no se presentó un cronograma de revisiones periódicas, reportes a las diferentes áreas de las sociedades sobre las posibles fallas que comprometan la responsabilidad de los funcionarios, entre otros soportes. Así las cosas, no se evidencia cuáles han sido las medidas adoptadas por los oficiales de cumplimiento para verificar la adecuada observancia de la totalidad de los procedimientos específicos diseñados por las entidades, con el fin de prevenir el **lavado de activos**.
- La Superintendencia consideró que la gestión del oficial de cumplimiento y su soporte para posterior comprobación, no puede estar supeditada a que la entidad vigilada cuente o no con un funcionario que desempeñe el cargo de auditor, pues si bien la Circular Básica Jurídica prevé que dichos mecanismos deberán ser evaluados por la Auditoría Interna para verificar su aplicación, con base en los procedimientos de auditoría

generalmente aceptados; dicho examen no sustituye el realizado por el oficial de cumplimiento, más aun cuando la realización de éste constituye su función principalísima.

- Por otro lado, se evidenció en las visitas que el oficial de cumplimiento no cuenta con un equipo de trabajo humano y técnico que le permita cubrir las diferentes áreas de su gestión.

Relación Matriz - Filiales.

- Con frecuencia la Superintendencia evidenció que el sistema de información que posee la entidad vigilada, con base en el cual se pretende demostrar que se hace un seguimiento eficaz a los clientes, no es de ésta sino de su entidad matriz; circunstancia que debe resaltarse, puesto que aunque se trate de matriz y filial, éstas son entidades diferentes, cuyos productos difieren sustancialmente unos de otros y que por lo tanto, involucran riesgos diferentes para las entidades. En consecuencia, no puede extenderse indistintamente el sistema de control y pretender que funcione para las dos entidades con la misma eficacia.

El mecanismo de control de operaciones no puede depender de la sociedad matriz, puesto que contraviene de manera manifiesta la autonomía que debe guardar la filial frente a la matriz, tal como lo prevé el numeral 4º, artículo 119 del EOSF.

Es importante señalar que el desarrollo tecnológico constituye una herramienta fundamental en el adecuado control de operaciones, ayudando a prevenir la realización de actividades propias del **lavado de activos** a través de los productos y servicios ofrecidos por las entidades vigiladas, habida cuenta que con esta herramienta se pueden consolidar eficientemente las transacciones de cada uno de los clientes y, por sobre todo, detectar cuándo éstas son inusuales y sospechosas.

- Cuando la entidad vigilada opera a través de la red de su matriz para la vinculación de sus clientes, no puede delegar su responsabilidad legal en la matriz respecto a la exigencia y verificación de los documentos e información que permita conocer adecuadamente al cliente; como quiera que se trata de una obligación propia para cada entidad vigilada.
- La entidad de inspección, vigilancia y control hace énfasis en el artículo 23 de la ley 222 de 1995, referente a la obligación de los administradores de velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias; con lo cual determina la responsabilidad de los administradores frente al tema en estudio.
- Con frecuencia se observó que no se ha actualizado el manual de procedimientos de las entidades vigiladas, a medida que las disposiciones legales van cambiando. Algunas definiciones legales

sobre las que se estructuran los manuales han sido modificadas, por ejemplo la definición de cliente, las reglas sobre conocimiento de clientes, los requisitos de vinculación de clientes según los diferentes productos y servicios ofrecidos, entre otros. Algunos mecanismos de control han ido cambiando y los manuales no se ajustan en el tiempo.

- La Junta Directiva debe evaluar periódicamente el funcionamiento del SIPLA, y debe adoptar las medidas necesarias para ajustarlo a nuevas necesidades o corregir sus fallas. El SIPLA debe ser modificado, actualizado y readecuado periódicamente por la Junta Directiva.
- No se establecen en manuales internos, las funciones, responsabilidades y facultades de los administradores y demás funcionarios de la entidad encargados del cumplimiento de las normas sobre prevención de **lavado de activos**. No se establecen políticas coordinadas de control y canales de comunicación entre las oficinas centrales y sus sucursales y agencias e instancias de soporte y consulta entre el oficial de cumplimiento y las dependencias de la entidad. Los documentos internos no señalan los plazos y términos en los cuales los funcionarios deben cumplir los mecanismos e instrumentos de control y prevención.
- Las juntas directivas no realizan análisis, recomendaciones o simples pronunciamientos sobre los informes presentados por oficiales de cumplimiento, áreas de control interno o revisoría fiscal. La junta directiva no puede limitarse a los informes que presenta el oficial de cumplimiento pues la junta constituye un órgano de administración y debe solicitar los datos, estudios y conclusiones que requiera sobre el cumplimiento de las normas de prevención de lavado y corregir las fallas evidenciadas.
- No se encontró evidencia de que la Junta Directiva de las entidades hubieran adoptado un reglamento de funcionamiento para el Comité Auditoria.

Como puede concluirse de lo anterior, la Superintendencia procedió a analizar los hechos a la luz de las normas sobre Prevención de Actividades Delictivas, contenidas básicamente en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto 663 de 1999, y las Circulares Externas expedidas por la Superintendencia, entre ellas la Circular Básica Jurídica; normas expedidas en desarrollo de la atribución contemplada en el literal a), numeral 3 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en cuanto se refieren a la política de conocimiento del cliente y por ende, al acatamiento del Sistema Integral para la Prevención del **Lavado de Activos** (SIPLA).

Es claro que, de acuerdo a la normatividad vigente, este Sistema Integral debe comprender medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de cualquier operación en efectivo, documentaria, de

servicios financieros y otras, las entidades financieras sean utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento, en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.

3.2.2.8 Descargos y Argumentos de Defensa de las Entidades Vigiladas y/o sus Administradores

Conocimiento del cliente.

- Las entidades financieras argumentaron que muchos de los clientes para los cuales no se contaba con una información detallada, eran preferenciales y muy sigilosos con la información financiera por razones de seguridad; motivo por el cual no anexan ni diligencian ninguna información relacionada con el conocimiento del cliente, conocimiento que en la práctica la respectiva sucursal, sí tiene de estas personas.
- Las entidades consideran dentro de las normas de SIPLA, la solicitud al cliente de la copia de cédula de ciudadanía, documento que suministra toda la información requerida.
- Las operaciones fueron realizadas con la confianza que se genera entre las dos entidades financieras de un mismo grupo, toda vez que realizaban operaciones legalmente permitidas y con la creencia de que la otra entidad financiera había realizado a través de su red, el conocimiento de las personas suscriptoras de los pagarés; lo cual presumía el conocimiento del cliente, capacidad financiera, su liquidez y solvencia.
- Dentro del proceso que se ha llevado a cabo a partir de las disposiciones de la Superintendencia Bancaria, se ha realizado un esfuerzo importante para lograr la actualización de la información de los clientes. Al momento de las visitas de inspección, las entidades financieras argumentaban que se había logrado actualizar la información en porcentajes superiores al 50% de los clientes pasivos, a través de comunicaciones personales, telefónicas y escritas. Explicaron que en algunos casos críticos, en donde el cliente definitivamente no entrega la información, se aplicaba el artículo 1389 del Código del Comercio.
- Se ha difundido como política que ningún cliente nuevo podrá contar con los productos de la entidad si no entrega la información comercial, de hecho se están realizando cambios en los contratos para permitirle a la entidad desmontar al cliente que por un período establecido y prudencial, no entregue la actualización de su información comercial.

Reporte de Operaciones Inusuales o Sospechosas.

- En la generalidad de los casos se explicó que las entidades financieras se encontraban en proceso de implementación de una infraestructura tecnológica que consolide la información necesaria para la detección de operaciones inusuales y sospechosas de sus clientes de cartera de crédito, leasing, bonos, CDT's, y que esta revisión de consolidación de operaciones por producto y por cliente estará programada para realizarse a futuro; al momento de la visita de inspección las entidades no contaban con la infraestructura tecnológica que permitiera algunos reportes.
- La segmentación del mercado se realiza en su totalidad o se prepara conjuntamente con la sociedad matriz, quien prestará la colaboración inicialmente en lo concerniente a los clientes.

Funciones del Oficial de Cumplimiento.

- Adicionalmente señala que en un tema tan delicado como lo es la detección, prevención y control de **lavado de activos** es importante el factor sorpresa; de ahí que el oficial de cumplimiento pueda realizar indistintamente visitas a las diferentes áreas para verificar el cumplimiento de la normatividad vigente sobre **lavado de activos**, luego, dicha actividad no pueda estar sujeta a un cronograma específico.
- Con motivo de la visita, la administración ha efectuado una reasignación de funciones que permite hacer responsables a todos y cada uno de los funcionarios de la entidad frente a la prevención del riesgo de **lavado de activos**, medida con la que creen solucionar este problema de infraestructura humana y técnica como equipo de trabajo del oficial de cumplimiento.

3.2.2.9 Sanciones Impuestas. Como se mencionó inicialmente, las sanciones fueron impuestas con fundamento en el Artículo 211 del EOSF según el cual, cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que éstos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional, graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores.

Al encontrarse demostrada la infracción de las normas que regulan los temas en cuestión, sin que se presentara causal exonerativa de responsabilidad que justificara su incumplimiento, se procedió a la imposición de la consecuencia jurídica establecida para el efecto, en desarrollo de las facultades otorgadas por el literal i) del numeral 5º del artículo 326 del EOSF; por cuya virtud corresponde a la Superintendencia imponer a las instituciones vigiladas,

directores, revisor fiscal o empleados de la misma, previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las leyes, o a sus estatutos.

Las sanciones se graduaron por la entidad de control, atendiendo criterios como la dimensión del daño o peligro a los intereses jurídicos tutelados, el reconocimiento o aceptación expresa que la entidad y/o el investigado realice sobre la comisión de la infracción antes de la imposición de la sanción a que haya lugar, y la reincidencia en la comisión de la conducta.

Las sanciones fueron entonces, en la generalidad de los casos, multa a la entidad a favor del Tesoro Nacional; y a partir de la ejecutoria de resolución y hasta el día de su cancelación, un interés mensual fijado en las normas, sobre el valor insoluto de la sanción.

Como se señaló anteriormente, en un menor grado la Superintendencia impuso multas a los administradores y oficiales de cumplimiento.

Se considera que las multas impuestas fueron adecuadamente tasadas por la entidad de control, teniendo en cuenta que los eventos analizados se trataron de incumplimientos normativos en los que no se evidencia un lucro o un beneficio pecuniario para las entidades vigiladas y/o sus administradores. Se trató de incumplimientos en procedimientos legales, en mecanismos de control que deben implementar las entidades, pero que en momento alguno dieron origen a investigaciones penales.

La Superintendencia Bancaria tuvo presente que las normas relativas al sistema integral de prevención del **lavado de activos** deben ser observadas a cabalidad en la medida en que constituyen los requisitos mínimos que las entidades vigiladas deben observar a efectos de evitar ser utilizadas en operaciones relacionadas con actividades delictivas; por lo tanto se exige la máxima diligencia por parte de la entidad en la adopción y el empleo de todos los mecanismos necesarios para que las mismas funcionen adecuada y eficazmente. Se evalúa en cada caso si el establecimiento financiero estuvo en peligro de **lavado de activos**, si tal situación afectó la confianza pública, si se afectó el interés público y la estabilidad financiera del establecimiento.

Con posterioridad al año 2005, fecha de corte de información establecida para el presente trabajo investigativo, se encontraron Resoluciones Sanciones en firme, ubicadas en tres grandes grupos: Actos Administrativos en firme impuestos a entidades vigiladas, Actos administrativos en firme impuestos a directivos y Actos administrativos en firme impuestos a no vigilados.

De manejo general se puede afirmar que las causales que generaron la imposición de las sanciones guarda correspondencia con las causales detalladas anteriormente en este capítulo. Las entidades vigiladas y sus administradores continúan siendo sancionados por el incumplimiento al artículo 102 a 105 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Circular Externa

025 de 2003; y las conductas que motivan las sanciones consisten en la no implementación de mecanismos de control, la no designación de funcionarios responsables de verificar el cumplimiento de procedimientos antilavado, la omisión de reportar a la UIAF, fallas en las políticas de conocimiento del cliente y en los sistemas de información y consolidación de la misma.

A la fecha no son muchas las sanciones impuestas bajo la nueva normatividad expedida por la Superintendencia Financiera referente al SARLAFT dada su reciente expedición e implementación en las entidades.

3.3. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

Concluido la revisión y el análisis de la jurisprudencia para la realización de la presente investigación, se encontró que los pronunciamientos relevantes en relación con el tema en cuestión, por parte de las altas cortes colombianas, pueden ser clasificados en tres grupos.

El primero de ellos referente al examen de constitucionalidad por parte de la Corte, de algunas leyes, vinculadas con el tema del **lavado de activos** o, con los mecanismos jurídicos para su prevención y control.

El segundo grupo se encuentra constituido por la revisión constitucional realizada por la Corte, para la aprobación de convenciones y tratados internacionales; a través de los cuales Colombia se vincula en la lucha internacional contra el **lavado de activos**, adquiriendo frente a países determinados una serie bastante concreta de obligaciones y responsabilidades.

El último grupo de jurisprudencias se encuentra conformado por sentencias igualmente de la Corte Constitucional, en las cuales, por el mecanismo de revisión, la Corte conoce de acciones de tutela por el bloqueo económico al que son sometidos los ciudadanos incluidos en la denominada “Lista Clinton”, por **lavado de activos**.

3.3.1 Sentencias de Constitucionalidad. Como se señaló, componen el primer grupo de sentencias, las referentes al examen de constitucionalidad realizado por parte de la Corte, de algunas leyes, vinculadas con el tema del lavado de activos o, con los mecanismos jurídicos para su prevención y control.

A continuación realizamos una síntesis de las sentencias que pueden catalogarse como las más relevantes para la presente investigación; todas ellas corresponden a pronunciamientos de la Corte Constitucional. Los datos generales de dichas sentencias y las normas demandadas, brevemente se resumen a continuación:

Sentencia C-1161 de 2000, Expediente 2851, Magistrado Antonio Barrera Carbonell, de fecha 6 de septiembre de 2002; Sala Plena de la Corte

Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 52, 209 y 211 del EOSF.

- Sentencia C-851 de 2005, Expediente D-5618, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículos 42 de la Ley 190 de 1995, y el artículo 11 (parcial) de la misma ley.
- Sentencia C-560 de 1990, Expediente D-640. Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 3° parcial, 5,6, y 18 de la Ley 35 de 1993.
- Sentencia C-740 de 2003, Expediente D-4449. Magistrado Ponente Jaime Cordoba Treviño. Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 793 de 2002.

En este primer grupo de sentencias estudiadas, a juicio de la Corte Constitucional, las normas examinadas fueron declaradas exequibles en su totalidad. Se consideró que la Corte realizó en torno al tema de la presente investigación importantes análisis, entre ellos resaltamos los siguientes estudios y temas puntuales:

3.3.1.1. Límites de los funcionarios y entidades en el ejercicio de su actividad. La Sentencia C-1161 de 2000 de la Corte Constitucional resulta fundamental en la medida que precisó que en los artículos 209 a 211 del EOSF, artículos demandados, los funcionarios y las mismas entidades vigiladas se encuentran en el ejercicio de su actividad, limitados a las leyes que se refieren a la actividad financiera, bursátil y aseguradora y a los reglamentos expedidos por el gobierno nacional en desarrollo de las leyes marco previstas por el artículo 150, numeral 19, literal c); sin entenderse incluidos dentro de estos reglamentos las circulares externas o conceptos emitidos por la Superintendencia, estableciendo la diferencia entre la regulación de la actividad financiera y la imposición de sanciones para quienes infrinjan ésta regulación o reglamentación.

Con posterioridad al año 2005, la Corte Constitucional conoció en Sentencia C – 860 del 18 de octubre de 2006, expediente D – 6235, Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto, de una demanda de inconstitucionalidad contra las estas mismas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. La Corte determinó que la sentencia 1161 de 2000 no constituía un precedente o cosa juzgada dado que el texto normativo contenía un enunciado diferente a raíz de las modificaciones introducidas por la Ley 795 de 2003.

Resulta valioso este pronunciamiento toda vez que se determinó que el marco constitucional dentro del cual se deben analizar dichos preceptos es el relacionado con la intervención estatal en una actividad económica para asegurar los fines propios del Estado social de derecho por medio de entidades

que cumplen funciones de policía administrativa debido a específicos mandatos constitucionales de intervención. En esta medida acepta que en el derecho administrativo sancionatorio el principio de legalidad de las sanciones administrativas sólo exija que una norma con fuerza material de ley contemple una descripción genérica de las conductas sancionadas, las clases y cuantías de las sanciones pero con la posibilidad de remitir a los actos administrativos la descripción pormenorizada de las conductas reprochables.

En este sentido precisa la Corte que el ejercicio de la potestad sancionatoria debe contar con una configuración normativa previa y suficiente de los supuestos que dan lugar a la sanción y los destinatarios de la misma sin ser necesario que los elementos del tipo sancionatorio estén definidos en una norma con fuerza material de ley. Igualmente debe respetarse la proporcionalidad y razonabilidad entre la conducta y la sanción de manera que se asegure para todos los involucrados un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción.

No puede olvidarse el derecho al debido proceso y finalmente, las entidades como la Superintendencia, que ejercen conjuntamente las facultades de regulación y potestad sancionatoria, deben prever la separación de las dependencias o funcionarios encargados de tales competencias, para evitar que se confundan las competencias de expedición de formas o instrucciones con el ejercicio de la potestad sancionatoria por el incumplimiento de tales actos administrativos; de esta manera garantizar la neutralidad e independencia de los encargados de adelantar cada procedimiento.

3.3.1.2 La ausencia de responsabilidad de los directivos y empleados de las instituciones vigiladas por la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores. Han suministrado información sobre operaciones sospechosas de configurar el delito de lavado de activos a la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF); la reserva que se debe guardar sobre dichas operaciones: vulnera el orden justo, el debido proceso, el derecho de petición, el buen nombre y el derecho de habeas data de las personas involucradas en dichas operaciones. Llama la atención la preocupación de la Corte Constitucional al manifestar que desde la segunda mitad del siglo XX ha existido un incremento de las organizaciones criminales pero al mismo tiempo se ha presentado una incapacidad e insuficiencia en las legislaciones nacionales para combatirlos y para proteger a los sistemas financieros y económicos del volumen de recursos generados por su actividad ilícita, así como de las estrategias empleadas por estas organizaciones para esconder el origen ilícito de sus recursos, descrito por las expresiones lavado de activos, lavado de dinero, blanqueo de activos y blanqueo de dinero.

Dicho fenómeno ha atraído la atención de la comunidad internacional, que ha adoptado recomendaciones, instrumentos vinculantes, manuales y procedimientos para combatirlo, entre los cuales pueden señalarse, las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1980, que señalan por primera vez que el sistema financiero tiene un papel

determinante en la lucha contra el blanqueo de activos; la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrita en Viena en el año de 1988, que establece la obligación para los Estados parte de elevar a la categoría de delito autónomo el lavado de dinero; la declaración de Principios de Basilea en 1989, que establece las políticas y procedimientos que debe tener en cuenta el sector financiero para contribuir a la represión del lavado de dinero, a fin de impedir que los bancos y otras instituciones financieras sean utilizados para transferencias o depósitos de fondos de procedencia ilícita; la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 1991, que ratifica las recomendaciones de Basilea y adopta la tipificación de lavado de dinero y el deber de reporte de operaciones sospechosas, entre otras medidas; el Plan de Acción suscrito por los Jefes de Estado y de Gobierno asistentes a la Segunda Cumbre de las Américas, suscrito en Santiago de Chile a 19 días del mes de abril de 1998, que establece compromisos en materia de cooperación para el análisis, seguimiento e intercambio de información relativa al **lavado de activos**; la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, la cual complementa la citada Convención de Viena de 1988 y prevé en sus Artículos 6º y 7º la penalización del blanqueo del producto del delito y las medidas para combatir el blanqueo de dinero; las Recomendaciones de la Comisión Interamericana contra el abuso de las drogas (CICAD) que promueve la lucha hemisférica contra el narcotráfico y **lavado de activos**, a través de la adopción por los estados miembros de la CICAD de un Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves, desarrollado en 1992; la Declaración Política y Plan de Acción contra el Blanqueo de Dinero, aprobados en el vigésimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, dedicado a la acción común para contrarrestar el problema mundial de las drogas, en Nueva York, el 10 de junio de 1998, en el cual se estableció el compromiso de fortalecer la cooperación multilateral, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales y las encargadas de hacer cumplir la ley, en la prevención, persecución y sanción de **lavado de activos**; la Declaración del Plan de Acción III Cumbre de las Américas, suscrito en Abril de 2001 en Québec, Canadá, tendiente a fortalecer la cooperación internacional en la lucha contra el crimen organizado y el **lavado de activos**; el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que plantea 40 recomendaciones para prevenir el lavado de dinero, y establece responsabilidades específicas para el sistema financiero en cuanto al manejo y conservación de la información de sus clientes, y el reporte de actividades sospechosas; el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFIC), adoptadas en Aruba, en Junio de 1990, establece 19 recomendaciones en materia de lavado de dinero, para los países del Caribe, especialmente en materia de tipificación del delito de **lavado de activos** como delito autónomo, el levantamiento del secreto bancario, el seguimiento a transacciones financieras sospechosas y la eliminación de paraísos fiscales.

Adicionalmente, el estado colombiano ha celebrado acuerdos bilaterales de cooperación en materia de **lavado de activos**, con los Estados Unidos de América en 1992, el Paraguay en 1997, República Dominicana en 1998 y 2004 y Paraguay en 1998; tanto para el intercambio de información sobre casos específicos como para el estudio de tipologías y prácticas de **lavado de activos**.

Así mismo, el estado colombiano ha regulado la tipificación del **lavado de activos** en varias disposiciones, entre las que pueden citarse las disposiciones del Código Penal, el Decreto Ley 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que destina el Capítulo XVI, Artículos 102 a 107 a la prevención de actividades delictivas.

Concretamente, el Artículo 102 del Decreto ley 663 de 1993 establece que las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.

Este estatuto, indica igualmente que para tales efectos esas instituciones y sus representantes legales, directores, administradores y funcionarios deberán adoptar mecanismos y reglas de conducta con los propósitos de conocer adecuadamente las actividades económicas que desarrollan sus clientes, establecer su frecuencia, volumen y en general características de las mismas; y reportar de forma inmediata y suficiente a la UIAF cualquier información relevante.

La Ley 190 de 1995, en sus artículos establece mecanismos para prevenir que el sistema financiero sea empleado como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas. En virtud de lo dispuesto en el Artículo 39 de la Ley 190 de 1995, estas disposiciones son aplicables también a las personas sometidas a la inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Valores.

Por su parte, la Ley 526 de 1999 creó la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF)

En desarrollo de las anteriores disposiciones, la Superintendencia Bancaria ha expedido numerosas resoluciones que buscan prevenir que el sistema financiero sea empleado para la realización de actividades delictivas. Entre ellas se encuentra la Circular Externa 007 de 1996 o Circular Básica Jurídica, que es la principal directriz de la conducta de las entidades financieras y crea el "Sistema Integral para la Prevención del **Lavado de Activos** (SIPLA)",

actualmente Sistema Integral de Riesgo para la Prevención del **Lavado de Activos** y Financiación del Terrorismo (SIRLAFT). Esta disposición reglamenta el concepto de cliente, la forma de realizar el conocimiento del mismo y un conjunto de parámetros que alertan sobre la ocurrencia de operaciones por fuera de los rangos de normalidad de los clientes. Exige, además, que las entidades financieras adopten un código de conducta y un manual de procedimiento interno. Igualmente, establece los rangos a partir de los cuales se realizará el control y reporte de transacciones en efectivo.

Explica la Corte que, dada la complejidad que generalmente acompaña a las operaciones de **lavado de activos**, bien sea, por el número de cuentas, el tipo de transacciones, la velocidad de las transacciones, las instituciones y cuentas involucradas, la prevención y sanción de este delito requiere no sólo del control de operaciones individuales, sino del seguimiento permanente y del análisis del comportamiento histórico de los usuarios del sistema financiero, a fin de identificar movimientos inusuales que no correspondan al giro normal de los negocios de una persona, que pudieran ser el producto de operaciones delictivas.

Es por esto que la prevención, investigación y sanción efectiva del **lavado de activos**, especialmente en el contexto colombiano, demanda de la cooperación de las entidades financieras, del control y seguimiento por parte de las autoridades administrativas, de instrumentos de prevención, análisis y seguimiento de la información de los usuarios del sistema financiero, así como de medidas de carácter penal.

En este contexto se inscriben el Decreto 663 de 1993, la Ley 190 de 1995, y la Ley 526 de 1999, que regulan el sistema de reporte de transacciones sospechosas de estar incursas en el **lavado de activos**.

Como quiera que informar sobre transacciones financieras implica el reporte de información que la entidad obtiene en razón de la relación comercial que establece con sus clientes y respecto de la cual nuestro sistema jurídico establece el deber jurídico de reserva, se establece una exoneración de responsabilidad de las autoridades y entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria y por la Superintendencia de Valores, cuando reporten a la Unidad de Información y Análisis Financiero sobre estas operaciones y transacciones sospechosas. Este informe se debe hacer teniendo en cuenta los parámetros señalados en el artículo 102 del Decreto 663 de 1993, relativos al conocimiento previo y permanente que deben tener las entidades financieras de la actividad económica que desarrollan sus clientes, la magnitud y características de esas transacciones, para poder detectar aquellos movimientos y transacciones que por su volumen, su frecuencia, o su número resultan sospechosas de estar relacionadas con el **lavado de activos**.

Este tipo de informes no tienen un contenido incriminatorio, no suponen una acusación contra el cliente cuya cuenta o transacción se reporta, sino que se limitan a poner en conocimiento de la Unidad de Información y Análisis

Financiero información sobre cuentas y transacciones, con el fin de que esta entidad construya perfiles y patrones de comportamiento que puedan ser contrastados y así determinar si se está ante el **lavado de activos**, o frente a una operación legítima, propia de un negocio lícito.

En caso de que la actividad corresponda efectivamente al **lavado de activos**, la Fiscalía General de la Nación da, de conformidad con las normas penales vigentes, inicio a la investigación penal correspondiente.

Además de esta obligación, las entidades financieras también deberán reportar de forma inmediata y suficiente la información obtenida del seguimiento a las transacciones sospechosas cuando así lo soliciten los directores regionales o seccionales de la Fiscalía General de la Nación. Esta información debe permanecer reservada. Consagrándose dos tipos de reserva: la reserva de la información y documentos a que se refieren el Decreto 663 de 1993 (Artículos 102 a 107), la Ley 190 de 1995, y la Ley 526 de 1999, frente a terceros; y la reserva del reporte como operación sospechosa a la Unidad de Información y Análisis frente a quienes hayan efectuado o intenten efectuar este tipo de operaciones sospechosas.

Es de resaltar que las normas demandadas ante la Corte Constitucional cuestionan exclusivamente el segundo tipo de reserva; no el primero de los mencionados.

La Corte Constitucional analiza a profundidad que se establece una reserva sobre el reporte que se haga a la Unidad de Información y Análisis Financiero de las operaciones y transacciones reportadas como sospechosas frente a quien haya efectuado o intente efectuar la operación, con lo cual establece un mecanismo que asegura la posibilidad de prevenir la comisión de operaciones de lavado de activo, así como asegurar el éxito de una eventual investigación penal, como quiera que informarle a quien realiza la operación sospechosa sobre esta calificación podría poner en alerta a quienes emplean ilícitamente el sistema financiero para el **lavado de activos** y les permitiría borrar cualquier rastro de estas operaciones.

En el contexto colombiano, la protección del sistema financiero frente a actividades ilícitas, especialmente aquellas realizadas por el crimen organizado, constituye un fin imperioso. Dados los grandes volúmenes de dinero que las organizaciones criminales mueven a través de los sistemas financieros y el poderío que estas organizaciones adquieren y mantienen gracias a estos recursos, la prevención, control y sanción del **lavado de activos** constituye una prioridad nacional.

Esta finalidad justifica que el legislador haya establecido limitaciones especiales al derecho al hábeas data, como las que prevén las normas cuestionadas: la reserva del reporte de actividades sospechosas frente a quien ha realizado o intenta realizar la operación y la exoneración de responsabilidad de quien realiza el reporte.

Enfatiza la Corte en que la guarda de la reserva corresponde a unos fines legítimos y al cumplimiento de compromisos internacionales asumidos por el estado colombiano en la prevención del delito de lavados de activos. Además, la reserva del reporte de actividad sospechosa frente a quien la ha realizado o intenta realizarla, tiene una incidencia leve en el derecho al hábeas data en la medida en que no recae sobre un dato personal o familiar, sino que versa sobre información que está en el tráfico jurídico por voluntad del reportado.

Finalmente, los reportes a la Unidad de Información y Análisis Financiero no tienen el carácter de una imputación penal, sino el señalamiento preventivo de una transacción o transacciones que por sus características objetivas, razonablemente podrían llegar a estar relacionadas con el **lavado de activos**, para que a partir de allí, las autoridades administrativas y penales adopten las medidas que consideren necesarias para prevenir o sancionar una operación de **lavado de activos**. Dado que este tipo de informes también tienen un carácter preventivo, si tal información tuviera que ser revelada inmediatamente a quien intenta realizar una operación que podría ser calificada como sospechosa, todas las medidas para la prevención, control y sanción del **lavado de activos** resultarían inocuas.

La reserva que establece la norma constituye una limitación temporal del derecho al hábeas data, que sólo opera durante el manejo administrativo de la información y en relación con los reportes de actividades sospechosas en manos de la Unidad de Información y Análisis Financiero. Esta reserva no cobija la etapa penal de la persecución del delito de **lavado de activos**. Por lo cual, esta reserva no contradice los artículos 15 y 29 de la Constitución, en la medida en que se refiere al acopio de información sobre manejo de fondos que permita detectar operaciones sospechosas, sin que implique por sí misma el adelantamiento de una investigación penal, por lo que tampoco afecta la presunción de inocencia. La calificación de sospechosa recae sobre la operación, no sobre una persona.

3.3.1.3 Validez de la Acción de Extinción de Dominio. Explica la Corte Constitucional que la Constitución de 1991 suministró un nuevo fundamento para la contextualización de los derechos y, entre ellos, del derecho a la propiedad. Lo hizo no sólo al consagrar los pilares de toda democracia constitucional, la dignidad humana, y democracia pluralista, sino también al fijar los principios sobre los que se funda el orden político constituido y entre ellos los de trabajo, solidaridad y prevalencia del interés general.

De acuerdo con esto, afincó el trabajo como fuente lícita de realización y de riqueza, descartó el individualismo como fundamento del orden constituido y relegó al interés privado a un plano secundario respecto del interés general.

La propiedad está contenida en el Título II, "*De los derechos, las garantías y los deberes*". En particular, en el capítulo II. Éste regula una serie de instituciones como la protección de la propiedad privada y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, la procedencia de la expropiación, la promoción

estatal del acceso a la propiedad, la protección de la propiedad intelectual, la imposibilidad de variar el destino de las donaciones, la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes de uso público y la promoción del acceso progresivo a la propiedad de la tierra.

Aparte de ello, la Carta, en el capítulo I del Título II, protege el derecho de propiedad mediante la proscripción de la pena de confiscación y consagra una institución directamente relacionada con el derecho de propiedad: la declaración de la extinción del dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

Estas normas son un desarrollo del artículo 34 de la Constitución Política, disposición superior que consagra la acción de extinción de dominio en los siguientes términos: Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

Concreta la Corte que, el constituyente de 1991 podía deferir a la instancia legislativa la creación y regulación de la acción de extinción de dominio. Sin embargo, valoró de tal manera los hechos que estaban llamados a ser interferidos por ella y las implicaciones que tendría en la comunidad política y jurídica, que la sustrajo del ámbito de configuración del legislador y la reguló de forma directa y expresa.

En virtud de esa decisión del constituyente originario, la acción de extinción de dominio se dotó de una particular naturaleza, pues se trata de una acción constitucional pública, jurisdiccional, autónoma, directa y expresamente regulada por el constituyente y relacionada con el régimen constitucional del derecho de propiedad.

Vale la pena precisarlo como lo hace la Corte, esta es una acción autónoma e independiente tanto del *ius puniendi* del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público. Y es una acción directa porque su procedencia está supeditada únicamente a la demostración de uno de los supuestos consagrados por el constituyente: enriquecimiento ilícito, perjuicio del tesoro público o grave deterioro de la moral social.

Analizado lo anterior, la Corte realiza algunas precisiones en torno al tema en las que es necesario detenerse:

De acuerdo con la norma, los bienes adquiridos directa o indirectamente de una actividad ilícita son susceptibles de extinción de dominio, con pleno soporte en el artículo 34 de la Constitución, que a su vez desarrolla el principio general del derecho que indica que a nadie le está permitido obtener provecho o ventaja, ni derivar derecho alguno del crimen o el fraude.

En relación con los bienes, la Corte advierte que el constituyente no estableció restricción alguna y por ello la extinción de dominio procede sobre todos aquellos bienes ligados a cualquiera de las fuentes constitucionales de la acción. En tal virtud, no reporta problemas de constitucionalidad una norma legal que dispone que sean bienes sujetos a la extinción de dominio todos los que sean susceptibles de valoración económica, aquellos sobre los que pueda recaer el derecho de propiedad y los frutos y rendimientos de los mismos.

Ahora, quien adquirió bienes gracias al ejercicio de actividades ilícitas, intentara darles apariencia de licitud transfiriéndolos a terceros y adquiriendo con su producto otros no vinculados directamente al ejercicio de tales actividades; debe ser sometido a la extinción de dominio sobre los mismos. Lo anterior dado que de no proceder la extinción sobre bienes equivalentes, se estaría permitiendo la consolidación de un patrimonio adquirido mediante títulos injustos y este efecto, desde luego, es contrario a la pretensión del constituyente de que sólo goce de protección el patrimonio que es fruto del trabajo honesto.

Mediante sentencia T – 001 de 2007, expediente T – 1417365, Magistrado ponente Nelson Pinilla Pinilla, la Corte Constitucional en revisión del fallo de tutela, aclara que dada la finalidad de la acción de extinción de dominio, no es válido ni procedente oponerle los derechos a la vivienda digna ni al mínimo vital, porque éstos no pueden ser satisfechos como resultado del enriquecimiento ilícito, ni de explotaciones al tesoro público, ni conllevando grave deterioro de la moral social.

3.3.1.4 Las atribuciones de intervención y regulación estatal en las actividades financiera, bursátil y aseguradora. La necesidad de preservar la confianza pública en el sistema financiero. La Corte Constitucional diferencia las funciones que aluden a la adopción de medidas de regulación económica tanto en el campo crediticio como en el cambiario y en el monetario, de las que corresponde ejercer al Estado respecto de las actividades financiera, bursátil y aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; atribuciones éstas que la Constitución Política no ha confiado a la Junta Directiva del Banco Central sino que, mediante el sistema de ley marco, ha dejado en cabeza del Congreso y del Presidente de la República, encargando al primero las responsabilidades de expedir normas o pautas generales y de señalar objetivos y criterios, y encomendando al segundo el ejercicio concreto de la función interventora, con arreglo a la ley.

Reitera la Corte que no se puede asimilar, ni siquiera en parte, la facultad reguladora del crédito, que es función propia del Banco de la República, con la potestad de intervención del Gobierno, a él asignada por la Carta Política para el ordenamiento y control de las actividades en referencia.

La ausencia de una autoridad que, con conocimiento de causa y sobre estimativos técnicos fundados, defina el rumbo del sistema financiero en su conjunto representaría la entronización del caos en dicha actividad; implicaría la pérdida de la confianza pública en su manejo y conduciría a la ruptura de las necesarias políticas estatales en lo concerniente a la dirección y estabilización de la economía.

La Corte estima indispensable recalcar que, a la luz de la preceptiva constitucional vigente y siguiendo el criterio de la prevalencia del interés público en ella consagrado, no puede permitirse que aspectos tales como los límites de endeudamiento de las instituciones financieras, los topes de los créditos que ellas otorgan, las clases y requisitos de las garantías exigidas a los deudores, o los niveles de patrimonio mínimo de quienes ejercen la gestión financiera, queden librados a la más absoluta discreción de los entes participantes o dependan en forma exclusiva de las fuerzas del mercado y del incontrolado juego de la oferta y la demanda. La presencia estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto.

Estos temas deben ser objeto de la permanente vigilancia del Ejecutivo, pues las operaciones de inversión que se efectúen con tales recursos no interesan solamente al establecimiento crediticio que las lleva a cabo, sino primordialmente a los depositantes, asegurados e inversionistas y, en general, afectan la integridad del componente financiero de la economía y, por tanto, el interés público. Por ello deben marchar dentro de los cauces que trace el Gobierno con arreglo a la ley, bajo la perspectiva de garantizar la solidez operacional de todo el conjunto sometido a control, la adecuada inversión de los fondos captados del público y la transparencia del mercado.

Ahora bien y nuevamente citando la Sentencia C – 860 de 2006, la función de vigilancia y control apuntan a asegurar el respeto de la reglamentación expedida por las entidades competentes. En términos de la Corte Constitucional, se presenta una unidad en la misión de prevención y sanción encomendada a la Superintendencia Financiera de Colombia la cual se cumple mediante el ejercicio de la facultad de reglamentación, instrucción, investigación, requerimiento y sanción; existiendo un complemento entre las facultades punitivas y preventivas puesto que las segundas son ejercidas cuando las primeras resultan ser insuficientes y es necesario sancionar a los infractores para asegurar la protección eficiente del sector económico encomendado. Así las cosas las facultades de reglamentación y sancionatoria de las entidades administrativas se encuentran íntimamente ligadas.

3.3.2 Sentencias Aprobatorias de Acuerdos y Tratados Internacionales. El segundo grupo de jurisprudencias, como se precisó, se encuentra conformado por la revisión constitucional realizada por la Corte, para la aprobación de convenciones y tratados internacionales, mediante los cuales Colombia adquiere obligaciones frente al tema de la prevención y el control del lavado de activos.

La Corte Constitucional conoció de manera oficiosa la revisión de los siguientes acuerdos internacionales, a través de las sentencias que se relacionan a continuación:

- Sentencia C – 176 de 1994, Expediente L.A.T.- 021, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero; revisión constitucional de la Ley 67 de 23 de agosto de 1993 por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrito en Viena el 20 de diciembre de 1988.
- Sentencia C-326 de 2000, Expediente LAT 153, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra; revisión constitucional de la Ley 517 de 1999, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Cooperación para la prevención, Control y Represión del **lavado de Activos** Derivado de Cualquier Actividad Ilícita entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Paraguay.
- Sentencia C-288 de 2002, Expediente LAT 211, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil; Revisión constitucional de la Ley 674 de julio 30 de 2001, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Cooperación para la prevención, control y represión del **lavado de activos** derivado de cualquier actividad ilícita entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Dominicana, suscrito en Santo Domingo, el 27 de junio de 1998.
- Sentencia C-962 de 2003, Expediente LAT 234, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra; revisión constitucional de la Ley 800 de 2003, por medio de la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y sancionar la Trata de Personas Especialmente Mujeres y Niños que Complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional Adoptada por las Naciones Unida el quince de noviembre de 2000.
- Sentencia C-619 de 2004, Expediente LAT-262, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; revisión oficiosa de la Ley 879 de 2004, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Dominicana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal.

A través de las sentencias analizadas, la Corte aprobó los documentos antes reseñados, y aceptó de esta manera las obligaciones que Colombia adquiriría en los mismos a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional en cada caso.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ésta en especial constituye un gran avance en la lucha frontal contra aquellas organizaciones delictivas que más daño causan a la sociedad y a la humanidad, al canalizar los esfuerzos de sus miembros; observando al mismo tiempo un estricto respeto por la legislación interna de cada uno de los Estados Parte de la Organización de las Naciones Unidas.

La finalidad de esta Convención guarda armonía y concordancia con la filosofía, valores y postulados del Estado Social de Derecho que nos rige, modelo de organización jurídica y política consagrado por la Carta Política de 1991, el cual tiene su fundamento en los principios de soberanía y de respeto por la autodeterminación de los pueblos. Igualmente, la Convención, inspirada en principios del Derecho Internacional, recoge, entre otros, el respeto de la soberanía de cada Estado, la no intervención, la autonomía de los Estados, el respeto de los derechos fundamentales, las garantías procesales de todas las personas, la promoción de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas y sociales, teniendo como sustento los principios de equidad, igualdad, reciprocidad y conveniencia nacional.

El trabajo de Naciones Unidas para fortalecer la cooperación internacional contra el crimen organizado data de hace más de veinte años. Este tema ha sido debatido y analizado en los Congresos de Naciones Unidas sobre la prevención del crimen y el tratamiento de delincuentes, empezando con el 5° Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del Crimen que tuvo lugar en 1975.

Estos antecedentes culminaron en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional que representa la cooperación internacional para la lucha contra el crimen organizado, así como evitar la impunidad de las conductas descritas en la mencionada Convención.

La Convención y el Protocolo desarrollan los principios de derecho internacional, adoptados en nuestra Carta Constitucional, con el fin de prevenir y combatir la delincuencia organizada transnacional.

En desarrollo de esta Convención, Colombia ha suscrito los distintos acuerdos bilaterales encaminados a combatir y prevenir la delincuencia organizada y el lavado de dinero. El objeto de los acuerdos en revisión, consisten precisamente en sentar los marcos de cooperación entre estados para lograr una acción conjunta para la represión, prevención y control del **lavado de activos**. Dejando en claro que hoy, ya no sólo el sector financiero y el bursátil están siendo utilizados como instrumentos para la realización de este delito, dado que se han descubierto otras modalidades para el blanqueo de activos, tales

como las operaciones de comercio nacional o internacional de bienes y servicios, la transferencia de tecnología y los movimientos de capital en las zonas de frontera.

En algunos eventos en que fue necesario hacerlo, dada la figura jurídica, la Corte Constitucional aclaró, para efectos de interpretación y correcta aplicación, el alcance de aquellas dentro de la Constitución Política, los derechos y garantías reconocidas por la Constitución y el procedimiento que, conforme al ordenamiento jurídico colombiano y con respeto de las garantías procesales, se tenga establecidas. Es el caso por ejemplo de la protección de los intereses sobre los bienes decomisados o confiscados de terceras personas de buena fe, donde el Estado requerido determinará, de acuerdo a su ordenamiento interno, las medidas necesarias. Se consagra la posibilidad de que los terceros afectados interpongan recursos para la no ejecución de las medidas de decomiso sobre un bien. Temas estos estudiados a profundidad por la Corte Constitucional en la sentencia C – 176 de 1994.

En este mismo sentido, se precisa que no se podrán ejercer en territorio extranjero competencias reservadas para las autoridades de la otra parte, según el derecho interno de ésta.

De manera general, los acuerdo revisados buscan fortalecer los mecanismos de cooperación judicial y asistencia mutua para prevenir el incremento de las actividades delictivas y permitir la toma de medidas cautelares o definitivas sobre los instrumentos o productos del hecho punible.

Ante esta situación, resulta claro que, frente al poder desestabilizador que poseen las organizaciones criminales, es necesario que el Estado adopte medidas contundentes y eficaces en materia de Política Criminal, que permitan desvertebrar estas empresas y colocar a sus integrantes las condignas sanciones, todo lo cual se constituye en una herramienta que permitirá aunar esfuerzos y contar con la cooperación de la Comunidad Internacional.

A continuación se incluyen algunos temas tratados en este grupo de sentencias:

3.3.2.1 Asistencia mutua. La asistencia mutua en investigación y juzgamiento de todo tipo de hechos punibles, a excepción de contravenciones, extradición, y ejecución de sentencias penales.

Asistencia mutua en el intercambio de pruebas y realización de actuaciones judiciales que puedan utilizarse en las respectivas investigaciones, procesos o enjuiciamientos por el delito de **lavado de activos**. Dicha asistencia comprenderá, la localización e identificación de personas y bienes o sus equivalentes; la notificación de actos judiciales; la remisión de documentos e informaciones sobre las transacciones financieras sometidas a control; la ejecución de registros domiciliarios e inspecciones judiciales; la recepción de testimonios y ejecución de peritajes; la citación y traslado voluntario de

personas en calidad de imputados, testigos o peritos; y el embargo, secuestro y decomiso de bienes.

En pronunciamientos de la Corte Constitucional posteriores al año 2005 se observó cómo el alcance de los acuerdos internacionales suscritos por el estado Colombiano ha sido más estricto y concreto en relación con el tema en estudio pues en la ley 1165 de 2007, mediante la cual se aprueba el Acuerdo de Cooperación para la prevención, el control y la represión del lavado de activos derivados de cualquier actividad ilícita entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República del Perú; el compromiso que adquieren los estados es la más amplia cooperación técnica, el intercambio de experiencias, capacitación, y en general establecer mecanismos de cooperación y asistencia mutua para prevenir, controlar y reprimir el **lavado de activos** a través de la inversión, la comercialización internacional de bienes, servicios o transferencias de tecnología. Igualmente nace la obligación para los Estados de alentar a las instituciones financieras en el establecimiento de mecanismos para el conocimiento de clientes y el control de operaciones.

En este mismo sentido y mediante Sentencia C – 939 de 2008, expediente LAT – 320, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Treviño, en revisión de constitucionalidad de la Ley 1179 del 31 de diciembre de 1997, por medio de la cual se aprueba el protocolo Adicional al Convenio de Cooperación Judicial en Materia Penal entre la Pública de Colombia y el Reino de España, de 29 de mayo de 1997, suscrito en Madrid el 12 de julio de 2005; esta entidad encontró ajustado al ordenamiento la adopción de nuevos instrumentos como los equipos conjuntos de investigación, las entregas vigiladas y las operaciones encubiertas, como mecanismos de asistencia mutua.

3.3.2.2 Manejo de información reservada. Establecimiento de los límites derivados del requerimiento de información reservada y las condiciones necesarias para levantar tal reserva; además, se establece el campo permitido para la utilización de la información obtenida a través de requerimiento.

La solicitud de información y pruebas, las condiciones necesarias para posponer la entrega de los bienes y pruebas solicitadas.

Concretamente, sobre el secreto bancario, en Sentencia C- 841 de 2008 la Corte Constitucional determina que es ajustado al ordenamiento que el mismo no pueda alegarse para negar la asistencia entre países, incluyendo el secreto tributario y bursátil. Explica que en sentencias anteriores, entre ellas la sentencia C – 397 de 1998 mediante la cual se revisó la constitucionalidad de la Convención Internacional contra la Corrupción, la entidad aceptó que el derecho a la intimidad no es absoluto puesto que las entidades financieras como receptoras de la información de sus clientes no están obligadas a un silencio pleno toda vez que cuando se cumplan determinadas condiciones, deben permitir el acceso a la misma, por ejemplo, por parte del Estado. En esta medida el secreto bancario no podrá invocarse por parte del Estado Colombiano, sin embargo es necesaria la existencia de una norma interna que establezca la revelación.

Ahora bien, para el tema de intercambio de información relevante, resulta importante analizar la Sentencia C - 931 de 2005, expediente LAT - 277, magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, en proceso de revisión de la ley 946 del 17 de febrero de 2005, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Cooperación Mutua entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Federativa del Brasil para combatir el tráfico de Aeronaves Comprometidas en Actividades ilícitas Transnacionales, celebrado en Cartagena de Indias el 7 de noviembre de 1997; pronunciamiento mediante el cual la Corte Constitucional considera que el intercambio de información y las diferentes actividades de cooperación en esta materia resultan ajustadas a la Constitución siempre que se realicen respetando lo previsto en el ordenamiento interno.

3.3.2.3 Solicitud de medidas cautelares. La posibilidad de solicitar medidas cautelares sobre bienes para su disponibilidad al momento de ejecución de una orden de decomiso.

Sin embargo resulta importante ahondar un poco en la posición de la Corte sobre la figura del decomiso. En Sentencias C – 326 de 2000 y C-288 de 2002, la Corte Constitucional valoró la figura jurídica del decomiso y considero que el mismo se ajusta al ordenamiento jurídico dado que es diferente a la confiscación.

En este mismo sentido la Corte Constitucional en Sentencia C – 841 de 2008, sentencia por medio de la cual se aprueba el Acuerdo de Cooperación para la Prevención, control y represión del lavado de activos derivados de cualquier actividad ilícita entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Perú, hecho en Bogotá el 20 de febrero de 2004, concluye que la medida resulta constitucional puesto que no se equipara a la restricción constitucional del artículo 34 de la Constitución, que prohíbe la pena de confiscación; además de establecer que la orden de decomiso debe provenir de un tribunal o de otra autoridad competente, lo que hace que la medida sea aplicada sólo por las autoridades que de acuerdo con la legislación penal y sancionatoria del Estado Colombiano, tiene la competencia para adoptar esta clase de medidas.

3.3.2.4 Descripción de técnicas delictivas en materia de lavado de activos, medidas de prevención y control. Se instruye sobre las diversas formas de la delincuencia organizada que actúa a nivel transnacional y se prescriben medidas eficaces para combatirla, como la extradición de delincuentes cuando no existan tratados al respecto.

Sobre medidas preventivas y de control para el sector financiero y bursátil, se instruye sobre la conservación y reporte de la información pertinente a cada transacción sometida a control y en especial, cualquier transacción sospechosa realizada por alguno de sus clientes.

Se alerta a que las instituciones financieras, de acuerdo con su ordenamiento interno, para que establezcan mecanismos de conocimiento del cliente y su actividad económica, así como el volumen, frecuencia y características de sus transacciones financieras.

Se crea la posibilidad de construir redes de información financiera, cuyo objetivo sea colaborar con las autoridades encargadas de la investigación de las operaciones del **lavado de activos**.

Incentiva a la más amplia cooperación técnica sobre los métodos y mecanismos más efectivos para prevenir, detectar, controlar, investigar y sancionar los actos de **lavado de activos** realizados a través del sector financiero.

Permite que se adopten las medidas necesarias para realizar los controles a la movilización de moneda en efectivo, cheques de viajeros, órdenes de pago y demás medios que puedan ser utilizados para transferir recursos del territorio de un país a otro.

3.3.2.5 Constitucionalidad de los Acuerdos. El Convenio y el Protocolo analizado por la Corte Constitucional desarrollan el mandato de la internacionalización de las relaciones exteriores, el respeto a la autodeterminación, la internacionalización de las relaciones políticas, económicas sociales sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (artículo 226 de la Carta Política)

En general en los pronunciamientos la Corte reconoce la importancia de luchar contra la delincuencia nacional y transnacional, así como de establecer formas de cooperación entre Estados, objetivos estos que, al ser perseguidos por los acuerdos examinados, desarrollan de varias maneras los preceptos constitucionales.

Los acuerdos bajo examen se inscriben claramente dentro de los parámetros de respeto a la soberanía nacional y a la autodeterminación de los pueblos.

Por otro lado, conforme a lo preceptuado por el artículo 93 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos prevalecen en el orden jurídico interno.

Es decir, que al interpretar y darle aplicación a los Convenios revisados por la Corte, no puede desconocerse el bloque de constitucionalidad del cual forman parte, entre otras disposiciones, las contenidas en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 16 de 1972).

3.3.3 Sentencias en revisión de acciones de tutela por el bloqueo económico al que son sometidos los ciudadanos incluidos en la denominada “Lista Clinton”, por lavado de activos. En el tercer grupo de sentencias analizadas se encuentran las correspondientes a acciones de tutela contra entidades bancarias particulares, revisadas por la Corte Constitucional.

Las sentencias analizadas fueron las siguientes:

- Sentencia SU-157 de 1999, Expediente T-153.327 y T.152.413 (acumulados), Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia SU-166 de 1999, Expediente T-155.055, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero
- Sentencia SU-167 de 1999, Expediente T-176.083, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T – 493 de 2003, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

En estos pronunciamientos se evaluaron diferentes temas entre ellos:

- Implicaciones de la calificación de la actividad bancaria, bursátil y aseguradora como de interés público;
- Libertad económica como derecho fundamental conexo y garantía efectiva del Estado;
- El bloqueo económico y necesidad de la prueba de la imposibilidad para acceder a la actividad bursátil; y
- La inclusión en la Lista Clinton como una causal objetiva que justifica la terminación unilateral de contratos.

La Corte Constitucional de manera general determinó en sus pronunciamientos, tutelar los derechos a la personalidad jurídica e igualdad de los diferentes actores y ordenó al defensor del pueblo para que inicie las gestiones necesarias para presentar las acciones pertinentes ante las autoridades judiciales o administrativas competentes de los Estados Unidos de América, destinadas a proteger los derechos de los accionantes, sin que ellos deban hacer erogación por ese aspecto. Ordenó igualmente al ministerio de relaciones exteriores colaborar con el defensor del pueblo en la defensa judicial o administrativa de los derechos de los accionantes, para lo cual deberá ejercitar las gestiones diplomáticas pertinentes ante el gobierno de los Estados Unidos de América.

Explicó a las entidades financieras colombianas que la Orden Ejecutiva 12978 expedida por el Presidente de Estados Unidos de América Bill Clinton, no tiene efectos vinculantes en el Estado Colombiano, razón por la cual no es norma que deba aplicarse coercitivamente en nuestro país.

Algunos temas relevantes para el presente trabajo investigativo que surgen concluido el análisis jurisprudencial anterior, son los siguientes:

3.3.3.1 Procedencia de la acción de tutela contra entidades financieras particulares y el carácter de servicio público de la actividad bancaria y financiera. En el derecho Colombiano es claro que la actividad bancaria es un servicio público, pues sus nítidas características así lo determinan: la importancia de la labor que desempeña para una comunidad económicamente organizada en el sistema de mercado, el interés comunitario que le es implícito, o interés público de la actividad y la necesidad de permanencia, continuidad, regularidad y generalidad de su acción, indican que la actividad bancaria es indispensablemente un servicio público.

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

3.3.3.2 Autonomía de la voluntad privada. Para el tema de la autonomía de la voluntad privada en el sector bancario la Corte fue más allá del análisis del tema bajo un enfoque dentro del derecho civil, pues consideró que, dada la función especial y la calificación de los prestadores del servicio público de la actividad bancaria, el análisis de la incidencia constitucional de la autonomía privada, que se manifiesta en la libertad contractual de las entidades financieras, y derechos constitucionales de los usuarios del servicio, tales como la personalidad jurídica, la igualdad, las libertades económicas y el derecho al buen nombre; lo hacían necesario.

La Corte analizó que la autonomía de la voluntad negocial de las entidades financieras, en muchos aspectos, está más restringida que la del resto de particulares, pues se encuentra especialmente limitada en razón a la función que desempeñan, a la especialidad de la actividad que prestan y a su condición de instrumento para garantizar derechos individuales, como quiera que la libertad negocial también se limita por la prohibición de afectar desproporcionadamente derechos fundamentales y por el impedimento del abuso del derecho propio.

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

En los pronunciamientos, la Corte buscó identificar el núcleo esencial de los derechos en conflicto y evaluar si el ser incluido en la denominada lista Clinton, constituye una causal objetiva que restringe el derecho a acceder y a mantenerse en el sistema financiero.

Los derechos que se identificaron en conflicto fueron el derecho a la autonomía negocial de las entidades del sector financiero y como derechos fundamentales de los peticionarios el derecho a la igualdad de condiciones para acceder al servicio público bancario y financiero en general, y la libertad económica, derecho fundamental conexo a los anteriores, que se encuentran en conflicto, y que quedan sometidos a limitaciones que los hacen impracticables, los dificultan más allá de lo razonable o los despojan de la necesaria protección.

La Corte analiza las afirmaciones de los peticionarios referentes a que están sometidos a bloqueos financieros, en vista de la negativa reiterada e injustificada ausencia de prestación de servicios bancarios. Por lo tanto, la Corte Constitucional considera que si bien la autonomía de la voluntad de los bancos está amparada constitucionalmente, ellos anulan derechos de los clientes o bloquean comercialmente a una persona cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de los bancos. Por lo tanto, no constituye una situación de bloqueo financiero si existen medios administrativos o jurídicos que le permitan acceder al sistema financiero.

También se presenta el bloqueo financiero cuando el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario. Por consiguiente, se transgrede desproporcionadamente los derechos del cliente, las decisiones en cadena o reiteradas indefinidamente que impiden hacer uso de la banca. Si la mayor parte de la banca rechaza las relaciones comerciales con una misma persona, sin causa objetiva válida que le permita desplegar una actividad razonable para evitarlo, se transgrede no sólo el núcleo esencial del derecho a la personalidad jurídica sino el derecho a acceder en igualdad de condiciones, al servicio público bancario.

Por lo tanto, las entidades financieras pueden negar el acceso al sistema financiero o puede terminar contratos bancarios cuando se presentan causales objetivas que amparan la decisión. Por consiguiente, no existe bloqueo financiero cuando las entidades financieras fundamentan su decisión razonablemente. En otras palabras, no se transgrede derechos del cliente

cuando existe una causa objetiva que explique la desvinculación o la negativa de negociación. Por el contrario, sería evidente el abuso de la libertad negocial privada, opuesto a los principios del Estado Social, si se niega el acceso a la actividad bancaria sin justificación legal o económica alguna. Cabe anotar que no constituye causal objetiva que autoricen la negativa para el acceso a la actividad financiera, la utilización de criterios de diferenciación prohibidos constitucionalmente. Por ende, no es factible negar el servicio público bancario por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión u opinión.

En la mayoría de las ocasiones, el motivo de terminación unilateral de los contratos bancarios es la inclusión en un documento elaborado por un gobierno extranjero. Con un aspecto que indudablemente disminuye la confianza que el sistema bancario deposita en su cliente, constituyéndose así en una causal objetiva que justifica la negativa a la negociación. Sin embargo, vale la pena que la Superintendencia reglamente el tema de la negociación con las personas que se encuentran sindicadas o condenadas por delitos relacionados con el narcotráfico.

La banca Colombiana considera que la lista Clinton sí es una causal objetiva, como quiera que el riesgo bancario derivado de la relación comercial con los peticionarios es muy alto, puesto que Estados Unidos sanciona a los Norteamericanos que negocian con quienes figuran en la lista. Por ende, si la entidad bancaria colombiana desea mantener relaciones comerciales con personas de esa nacionalidad, no debe ofrecer sus servicios a los presuntos traficantes de narcóticos.

La Corte resalta que, en efecto, la mayoría de las entidades financieras Colombianas mantienen relaciones comerciales muy importantes con la banca Norteamericana, por lo que las medidas adoptadas en nuestro país se dirigen a proteger a las instituciones financieras colombianas de riesgos inminentes propiciados por la fuerte capacidad de intimidación que tiene la banca norteamericana sobre el mercado financiero colombiano. En consecuencia, los efectos reflejos de la lista Clinton producen un estado de indefensión indudable para la banca colombiana, por lo que se considera que ella debe defender el interés general de los ahorradores.

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

Recientemente, en sentencia T – 329 de 2008, con Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, en proceso de revisión de tutela, la Corte Constitucional expresó que a las entidades financieras no les asiste la obligación de aprobar

automáticamente toda solicitud de servicio financiera pues se debe en todo caso asegurar la estabilidad económica del sector y garantizar el interés general de los ahorradores. Igualmente es permitido a las entidades financieras definir libremente los segmentos del mercado donde van a desarrollar su actividad.

En esta oportunidad la Corte reiteró lo señalado ya en la sentencia T – 493 de 2003, respecto a la configuración del bloqueo financiero injustificado el cual se presenta cuando al cliente le es imposible actuar de manera efectiva para neutralizar los efectos de las decisiones de las entidades financieras, no existiendo bloqueo si existen medios que le permitan acceder al sistema financiero. Igualmente expresó la Corte Constitucional que se configura situación de bloqueo injustificada si el usuario está frente a la imposibilidad de ingreso al servicio público bancario, cuando la decisión de las entidades produce consecuencias graves para la capacidad jurídica del usuario del servicio y cuando la negativa de las entidades financieras no se fundamenta en una causal objetiva y razonable que justifique la decisión.

3.3.3.3 La libertad económica como derecho fundamental y la intervención estatal. Por último, la Corte consideró que el artículo 334 de la Constitución preceptúa la intervención del Estado en la economía, lo cual implica el abandono del modelo de economía absolutamente libre y se adopta el de economía intervenida que implica una limitación para la actividad de los particulares.

El carácter social del Estado amplía la capacidad interventora, tanto en la ordenación de la economía como en su propia realización. Por lo tanto, es evidente que el Estado tiene a su cargo la tarea de preservar el interés público en materia económica. De igual manera, le corresponde al Estado garantizar la efectividad de las libertades y derechos individuales, facilitar la participación de todos en la vida económica y, de acuerdo con el artículo 333 de la Constitución, es deber del Estado impedir la obstrucción o restricción de la libertad económica.

Sin embargo, en el ámbito económico, debido a la dirección general de la economía por parte del Estado, las posibilidades de restricción de la libertad son mayores. No puede desconocer que la intervención norteamericana en la actividad financiera origina consecuencias económicas graves para ella. Por lo tanto, es obligación salvaguardar la eficacia normativa de la Constitución para todas las personas, lo que incluye a quienes prestan el servicio público bancario, cuya actividad goza de protección constitucional. Pero la Carta también obliga a respetar los derechos fundamentales que son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos, lo cual exige el respeto por los derechos de los clientes del sistema financiero.

Por lo anterior la Corte buscó una solución congruente con la constitución, y consideró que la protección efectiva de los derechos de los accionantes se debe brindar a través de la intervención oportuna del defensor del pueblo, a quien, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 282 de la Carta corresponde defender a los colombianos en el exterior. Por lo tanto, la defensoría del pueblo, a través de apoderado especial, deberá presentar las acciones judiciales pertinentes ante las autoridades norteamericanas, para la defensa de los derechos de los accionantes, lo cual debe ser costeado por el Estado colombiano.

Por su parte, también es necesario que, ante la situación excepcional de interferencia de un gobierno extranjero en las decisiones internas del sistema bancario colombiano, lo cual produce trasgresión de derechos fundamentales de los accionantes, el Ministerio de Relaciones Exteriores colabore con el defensor del pueblo en la protección de los derechos de los peticionarios en el extranjero.

Finalmente, la Corte Constitucional consideró que cuando se presentan conflictos entre el derecho a la información y los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad, en el caso de las personas y los hechos de importancia públicos, predomina *prima facie* el primero.

En este contexto, la divulgación de la información, tanto por los medios de comunicación como por las entidades particulares, se dirigió a revelar la existencia de un documento que compromete intereses nacionales, como quiera que determina sanciones económicas en Norteamérica para quienes negocien con personas allí señaladas. Así las cosas, se impone la conclusión de que los medios de comunicación no actuaron de manera contraria a la Constitución sino en ejercicio de la libertad de prensa y, las entidades particulares actuaron en ejercicio de su derecho a informar. Como consecuencia de ello tampoco vulneró derechos fundamentales el ministerio de comunicaciones.

3.3.4 Otras Pronunciamientos Importantes Relacionadas con el Lavado de Activos

3.3.4.1 Concepto del Consejo de Estado. El 14 de marzo de 2002 la Viceministra Técnica encargada de las funciones del Ministro de Hacienda y Crédito Público, se dirige formalmente a través del mecanismo de la consulta, a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; con la finalidad de formular la siguiente consulta:

"Debe entenderse, a la luz de la ley 526 de 1999, la frase "autoridades competentes", como todas aquellas autoridades que soliciten la información, o bien todas aquellas autoridades, que en razón de sus funciones relacionadas con el lavado de activos, estén legitimadas para acceder a la información que reposa en la

Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF), teniendo en cuenta el carácter reservado de la información".

El Consejo de Estado consideró en su respuesta identificada con el Radicado Número 1.405 de fecha 14 de marzo de 2002, Consejero Ponente Dr. Cesar Hoyos Salazar; que son autoridades competentes para conocer la información que reposa en la Unidad de Información y Análisis Financiero, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, aquellas a las cuales la Constitución o la ley les atribuya funciones relacionadas con el **lavado de activos**.

Por tanto, las autoridades que soliciten información a la citada Unidad, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 9° de la ley 526 de 1999, deberán indicar claramente la función para cuyo ejercicio requieren la información y la norma de la Constitución y la ley que se las atribuye.

Así mismo, corresponde a los funcionarios de la mencionada Unidad establecer frente a cada solicitud si existe fundamento Jurídico para acceder a ella o, en caso contrario, mantener la reserva que la misma norma atrás citada impone.

Se consideró que este pronunciamiento es relevante para la presente investigación, pues en ella el Consejo de Estado procedió primero, a precisar qué es la Unidad de Información y Análisis Financiero, sus funciones y el alcance de éstas.

Luego, realizó un planteamiento general sobre qué se entiende por competencia y cuándo y para qué una autoridad es competente. Después hizo el análisis de las actividades y entidades que deben proporcionar información a la Unidad; por último, examinó cuáles son las autoridades competentes y las legitimadas, a las que la Unidad debe comunicar la información recaudada, sistematizada y analizada.

La UIAF fue definida entonces por el Consejo de Estado como una unidad administrativa especial, creada por medio de la ley 526 de 1999, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio independiente y regímenes especiales en materia de administración de personal, nomenclatura, clasificación, salarios y prestaciones, de carácter técnico, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En consecuencia, conforme a los artículos, 38.2.c y 39 inciso 3°, de la ley 489 de 1998, dicha unidad forma parte del sector descentralizado de la administración pública nacional.

Las funciones de la Unidad de Información y Análisis Financiero están encaminadas, de manera general, a luchar contra el delito de **lavado de activos** en todas las actividades económicas, tema regulado actualmente por el Código Penal.

La Ley 526 de 1999 estatuye varias clases de funciones para la Unidad, que por razones metodológicas pueden enumerarse así:

- a) Centralizar, sistematizar y analizar la información recaudada en desarrollo de lo previsto en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus normas remisorias, las normas tributarias, aduaneras y demás información que conozcan las entidades del Estado o privadas que pueda resultar vinculada con operaciones de **lavado de activos**.
- b) Solicitar la información que pueda resultar vinculada con operaciones de **lavado de activos** a las entidades del Estados o privadas.
- c) Recibir información de la misma calidad de personas naturales.
- d) Comunicar a las "autoridades competentes" y a las entidades legitimadas para ejercitar la acción de extinción del dominio cualquier información pertinente.
- e) Hacer el seguimiento de capitales en el extranjero en coordinación con las entidades de similar naturaleza en otros Estados.
- f) Celebrar convenios de cooperación con entidades de similar naturaleza de otros Estados y con las instituciones nacionales públicas o privadas a que hubiere lugar, sin perjuicio de las obligaciones consagradas en la ley 526 de 1999.

Para que la Unidad de Información y Análisis Financiero pueda cumplir las funciones antes reseñadas, la Ley 526 impone obligaciones especiales a entidades públicas y privadas. Veamos:

- I. Para las entidades obligadas a cumplir con lo previsto en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, esto es, las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, establece las siguientes obligaciones:
 - La obligación de colocar en forma inmediata, a disposición de la Unidad, la información atinente al conocimiento de un determinado cliente o transacción u operación cuando se les solicite.
 - La obligación de reportar de forma inmediata y suficiente a la Unidad, cualquier información relevante sobre manejo de fondos cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes; o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que los mismos están usando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas.
- II. Para las entidades del Estado o privadas se establece la obligación especial de suministrar, de oficio o a solicitud de la Unidad, la

información que conozcan que pueda resultar vinculada con operaciones de **lavado de activos**.

- III. Las autoridades que ejerzan funciones de inspección, vigilancia y control, instruirán a sus vigilados sobre las características, periodicidad y controles en relación con la información a recaudar para la Unidad de Información y Análisis Financiero, de acuerdo con los criterios e indicaciones que reciban de ésta sobre el particular.

De acuerdo con el anterior análisis, concluye el Consejo de Estado que la Unidad de Información y Análisis Financiero puede solicitar información relacionada con **lavado de activos** a cualquier entidad pública, incluso a la Fiscalía General de la Nación, siempre y cuando la información solicitada se refiera a asuntos que conciernan a la UIAF; a cualquier entidad privada que pueda resultar vinculada con operaciones de **lavado de activos**, particularmente las sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria; y finalmente a personas naturales relacionada con **lavado de activos**.

Igualmente en esta consulta al Consejo de Estado, dicho órgano evalúa el alcance de las funciones de la Unidad, estudiando detalladamente el contenido de la ley que le da origen. De acuerdo con la norma, no es oponible la reserva bancaria, cambiaria y tributaria respecto de las bases gravables y la determinación privada de los impuestos que figuren en las declaraciones tributarias. Y, la información que recaude la Unidad, en cumplimiento de sus funciones y la que se produzca como resultado de su análisis, estará sujeta a reserva; salvo solicitud de las entidades enumeradas en los artículos, 3° y 4° de la ley 526 de 1999.

De manera muy precisa expresa el Consejo de Estado que las funciones de la UIAF involucran diferentes etapas: etapa de recaudo, recolección o recibo de información, una etapa de centralización y análisis de información y etapa de comunicación a autoridades competentes.

- **La primera etapa es de recaudo, recolección o recibo de la información**, para lo cual el legislador establece la obligación para las entidades públicas y privadas que tengan información sobre actividades relacionadas con **lavado de activos**, de suministrarla de oficio, y la posibilidad de que la Unidad solicite la información que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones.

Si bien el carácter reservado de los documentos e informaciones, que garantiza la Constitución, no es oponible a la Unidad de Información y Análisis Financiero para el debido ejercicio de sus funciones, esto no significa que una vez conocidos u obtenidos los documentos e informaciones pierdan tal carácter de reservados; sino que el mismo se mantiene, y corresponde a dicha Unidad asegurar la reserva de tales documentos e informaciones.

- **Una segunda etapa, en la cual la Dirección General de la Unidad debe centralizar, sistematizar y analizar la información** suministrada por quienes están obligados a cumplir con lo establecido en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y sus normas remisorias, las normas tributarias, aduaneras, cambiarias y demás información que conozcan las entidades del Estado y privadas que puedan resultar vinculadas con operaciones de **lavado de activos**, la cual puede reposar en cada entidad, si no fuere necesario que la Unidad la mantenga de manera permanente.
- **La tercera etapa se refiere a que, una vez acopiada la información, la ley impone a la Unidad el deber de comunicar**, a las autoridades competentes y a las entidades legitimadas para ejercitar la acción de extinción del dominio, cualquier información pertinente dentro del marco de la lucha integral contra el **lavado de activos** y las actividades descritas en el artículo 2° de la ley 333 de 1996.

Así mismo, la Unidad debe evaluar y decidir sobre la pertinencia de enviar a la Fiscalía General de la Nación, a las demás autoridades competentes y a las entidades legitimadas para ejercitar la acción de extinción del dominio, la información que conozca en desarrollo de su objeto.

Lo anterior indica que la obligación de comunicación de la información, por ley especial, está referida a aquellas entidades que tienen competencias relacionadas con operaciones que puedan resultar vinculadas con el **lavado de activos**, como lo señala el artículo 3° de la ley 526; lo cual resulta congruente con la inoponibilidad de la reserva a las autoridades que la soliciten para el debido ejercicio de sus funciones.

Se establece entonces un criterio legislativo relevante para el acceso a la información, representado por las propias competencias de cada una de las entidades, de manera tal que solamente aquellas entidades que tengan asignadas funciones relacionadas con la lucha contra el **lavado de activos**, pueden invocar tales disposiciones para tener conocimiento de la información de que dispone la Unidad; como puede ser el caso de las autoridades judiciales, dentro de sus respectivas competencias.

3.3.4.2 Sentencia confirmatoria de una sanción impuesta por la Superintendencia en temas de lavado de activos. El Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, en enero de 2000, con radicado número 25000-23-24-000-7692-01-9445, Consejero Ponente Dr. Julio E. Correa Restrepo, conoció del recurso de apelación interpuesto contra sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimatoria de las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por una entidad del sector financiero contra las Resoluciones mediante las cuales la Superintendencia Bancaria impuso una multa por incumplimiento a las normas especiales para la prevención de

actividades delictivas, concretamente lo dispuesto por los artículos 102 a 106 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; en concordancia con las Circulares Externas 075 de 1992, 15 y 19 de 1993 de la Superintendencia Bancaria.

De las investigaciones adelantadas por la Superintendencia Bancaria se levantó el respectivo informe en el que consta el estudio realizado sobre diversas cuentas de clientes que por su actividad y movimientos en cuenta, debieron haberse reportado.

Explicó la entidad sancionada que la actuación de la Superintendencia Bancaria debió dirigirse contra los funcionarios y empleados por cuanto la contravención se debió a hechos aislados de personas inescrupulosas que alejándose del compromiso adquirido con la Institución, participaron, por acción o por omisión, en la materialización de los hechos; y que la entidad se ha preocupado porque cada circular, cada manual o cada Instructivo emitido por la misma, se someta a lectura, análisis y comprensión de todos los funcionarios, debe constar que estos manuales e instructivos fueron leídos y comprendidos por los funcionarios encargados de su estricta observancia.

Sin embargo, la Sala consideró que la responsabilidad de tipo personal que pueda recaer sobre los funcionarios directamente implicados en la comisión de la contravención, no exime de la responsabilidad institucional a la entidad, pues la obligaciones contenida en las normas están dirigidas en primer lugar a la institución vigilada, por lo tanto es ella la que debe cerciorarse de que sus representantes legales, directores, administradores y funcionarios, han observado las reglas de conducta adoptadas.

En efecto, independientemente de la gran responsabilidad que ha delegado la entidad en sus gerentes y subgerentes, en relación con la evaluación de los aspectos concernientes a la vinculación de clientes; no cesa la responsabilidad de la Institución como tal ni la exime de las obligaciones legales que tiene para con la política del Estado en la prevención de las actividades delictivas, por lo tanto se requiere de una oportuna y diligente actuación por parte de ella, para así cumplir con el propósito de las normas que la contienen.

Estimó la Sala que si bien la Institución pudo haber no sabido o aceptado los hechos que ocurrieron en su interior, sí se expuso a que se le utilizara como intermediario para la transferencia y depósito de recursos provenientes de actividades delictivas, pues debido a su negligencia y falta de cuidado y a su omisión en el control y verificación de las instrucciones impartidas por ella misma, se ocasionó la contravención que se sanciona.

La obligación de controlar se hace aún más relevante de acuerdo a la especial responsabilidad que implica el allanamiento a la política trazada por el Estado en cuanto a la prevención de dichas actividades delictivas; por lo tanto, la implementación de mecanismos de control efectivos para la prevención del **lavado de activos** implica, para la Sala, hacer una cobertura de las

operaciones realizadas en todas sus oficinas y mediante los cuales se pueda tener un parámetro que indique transacciones sospechosas de sus clientes.

A juicio de la Sala, el hecho de sospechar respecto de una determinada transacción no significa que se dé por realizada una actividad ilícita pues eso sólo puede establecerlo la autoridad judicial competente, por lo tanto la obligación que se impone a las entidades financieras, es que reporten cualquier información relevante sobre manejo de fondos; obligación que está en capacidad de cumplir la institución, quien a través de sus empleados, tiene un conocimiento especial del cliente y puede determinar en cada caso, si la transacción resulta desproporcionada en relación con sus ingresos y su patrimonio.

3.4 CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO ACOGIDO

Como se planteó anteriormente, es fundamental para el presente trabajo investigativo, identificar el concepto de orden público económico acogido por las diferentes disposiciones, en este caso legales y reglamentarias a fin de evaluar si son coherentes con las directrices constitucionales y el desarrollo jurisprudencial que en torno al tema se ha alcanzado. Igualmente resulta necesario identificar el concepto de orden público económico acogido en los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales a fin de evaluar si resultan coherentes con las máximas directrices constitucionales.

En las leyes analizadas no se determina expresamente el concepto de orden público económico acogido, sin embargo es factible deducirlo de la simple lectura de las mismas toda vez que es marcada la tendencia hacia un intervencionismo estatal en el sistema financiero, mediante el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control ejercidas por la Superintendencia.

Se entiende que dicha intervención estatal se justifica dado el objetivo de brindar confianza y estabilidad al Sistema Financiero, como características importantes y determinantes para los usuarios e inversionistas.

Es posible concluir que existe coherencia en la generalidad de las disposiciones legales estudiadas, de cara a los artículos 333, 334 y 335 de la Constitución Política. De conformidad con lo anteriores artículos constitucionales, es el Estado quien se encarga de la intervención en los sectores financiero, bursátil, asegurador y cualquier otro relacionado con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; por ser estos sectores de interés público y de gran importancia en el modelo económico acogido por Colombia. Así las cosas, estas actividades sólo podrán ser ejercidas previa autorización del Estado y de acuerdo con la intervención que éste realice.

Se resalta la aplicación del mandato constitucional consagrado en el artículo 333 de la Constitución, referente a la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, siempre dentro de los límites del bien común. Se destaca la forma en que las leyes analizadas, entre ellas la ley 526 de 1999, al dejar sin efecto la oponibilidad de la reserva bancaria, cambiaria, bursátil y tributaria, la ley 793 de 2002, al desarrollar la acción de extinción de dominio, y la ley 795 de 2002 al imponer obligaciones de información periódica a la UIAF sobre transacciones financieras, imponen límites a la autonomía de la voluntad privada de las entidades que conforman el sector financiero a fin de garantizar la prevalencia del interés general de evitar y prevenir el lavado de dinero, sobre los intereses particulares.

Se observa también en este sentido una relevante preocupación del legislador al expedir la ley 190 de 1995, por ejercer el control sobre sus servidores públicos al interior de la entidad estatal, buscando la realización de los valores y principios constitucionales en materia económica, con miras a la realización de los objetivos del Estado Social de Derecho.

Retomando los conceptos doctrinales de orden público analizados en el presente trabajo investigativo, y frente a las leyes revisadas en este capítulo, es posible concluir que éstas desarrollan el mandato constitucional que establece que la facultad de regular el orden público – institución es propia de la ley. Se observa coherencia en el desarrollo y aplicación de importantes principios constitucionales como lo son el principio de orden público – institución, intervención estatal en materia económica y específicamente en el sistema financiero, el principio de libertad de empresa y libre iniciativa privada y el principio del bien común.

De igual forma se observa coherencia en el desarrollo y aplicación de las directrices de tratados internacionales sobre la cooperación contra la corrupción, delincuencia, el blanqueo de dinero, y en general el desarrollo de directrices para combatir la problemática desde lo transnacional, con fundamento en los principios constitucionales ya mencionados.

Los convenios y leyes supranacionales recalcan de manera enfática, que está en manos de cada Estado, en este caso Colombia, tener o crear las medidas legislativas y administrativas necesarias para hacer un efectivo combate a un fenómeno que agobia a la sociedad en general, **El Lavado de Activos**. Y en este sentido ha procedido el Estado Colombiano, dentro de los principios constitucionales imperantes.

Se observó igualmente que el poder Ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República y sus Ministros, en desarrollo de atribuciones constitucionales y legales, en los decretos analizados crearon diferentes mecanismos con el fin de tomar medidas para impedir que se utilicen instituciones y actividades legítimas para canalizar, ocultar o dar apariencia de legalidad a activos habidos del delito, entre estos, el **lavado de activos**.

Es así como de manera general se establecen los lineamientos que deben tener presente las entidades financieras para mantener estable la economía del país, y generar confianza en el mercado financiero nacional e internacional. Se ve entonces como, en razón de alcanzar un manejo pacífico de la convivencia, se hace uso de la función política, toda vez que hay una acción preventiva y de anticipación por parte del Gobierno para hacerle frente a tan grave problema social, y poder de éste modo, esperar una intervención más eficiente y eficaz por parte de las autoridades competentes en esta área.

Las anotaciones anteriormente expuestas en las circulares expedidas por la Superintendencia sobre los contenidos del SIPLA, actual SARLAFT el suministro de información a la UIAF, los reportes periódicos de información, la obligatoriedad de constituir un comité de auditoría y las funciones asignadas a éste, la adopción de un código de conducta, la designación del oficial de cumplimiento, entre otras, se dirigen a controlar el sector financiero, en desarrollo de principios establecidos en la Constitución Nacional. En esta forma, el control de la economía está en cabeza del Estado y, de acuerdo con la Constitución y sus desarrollos legislativos, a través de las instituciones mencionadas (Superintendencia y la Unidad Especial de Información y Análisis para el Control del **Lavado de Activos** del Ministerio de Hacienda), se hace efectivo dicha función.

En desarrollo de este intervencionismo estatal, los diferentes entes de control llegan incluso a limitar la autonomía de la voluntad de las entidades vigiladas para contratar libremente; es el caso por ejemplo, de la desvinculación de clientes, la terminación unilateral de contratos por causales objetivas, el análisis permanente de los movimientos financieros que éstos realizan, y la información y declaraciones que deben solicitar a los clientes al momento de contratar.

Se concluye que evoluciona tanto el concepto de orden público económico-objeto, al señalarse un objeto de protección específico y desde allí desarrollarse una normatividad concreta; como el concepto de orden público económico-institución, al plantearse límites a la autonomía de la voluntad, obedeciendo a normas constitucionales y legales como por ejemplo la prevalencia de los intereses generales sobre los intereses de los particulares

Sin embargo y en aras de alcanzar tendencias y acatar lineamientos internacionales tanto en materia administrativa como en legal, no debe olvidarse que la responsabilidad en mayor medida se encuentra en las entidades vigiladas, pues estas deben acoger todas las recomendaciones de la Superintendencia e implementar mejores prácticas, con el fin que la función de prevención sea integral y se vea reflejada en procedimientos e instructivos internos, para poder hacer uso de los mecanismos sugeridos en aras a que se dé un ambiente tranquilo en la economía y se preserve el interés general.

Ahora bien, analizadas las sentencias de constitucionalidad y estudiados los planteamientos de la Corte Constitucional, resulta aún más claro entender que las disposiciones legales consagran acertadamente unas limitaciones al

ejercicio de los derechos de los particulares. Es el caso de la acción de extinción de dominio respecto del derecho a la propiedad, donde se limita la autonomía de la voluntad de los particulares para garantizar los intereses comunes. Es igualmente el caso de la excepción a la reserva y el derecho al habeas data.

Lo anterior no es otra cosa que estructurar el concepto de orden público institución, justificado éste en el fin de preservar el interés general por encima de intereses particulares, y de este modo tener un equilibrio en el orden económico, confianza en el sistema financiero del país y las buenas costumbres en la comunidad.

4. ANÁLISIS Y RECOMENDACIONES EN LA RELACIÓN ENTRE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA Y LAS ENTIDADES VIGILADAS EN EL TEMA DEL LAVADO DE ACTIVOS

4.1 ACIERTOS EN EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN ENTRE LA SUPERINTENDENCIA Y LAS ENTIDADES VIGILADAS EN EL TEMA DEL LAVADO DE ACTIVOS

4.1.1 Fundamento y finalidad de la reglamentación expedida por la entidad de control. Resulta claro que el objeto fundamental de la Superintendencia Bancaria de Colombia, hoy Superintendencia Financiera, como lo consagra el artículo 325 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su numeral 1° literal a), continúa siendo el de asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficiente de liquidez apropiados para atender sus obligaciones. Todas las demás funciones y facultades legales de que está investida la Superintendencia tienen por propósito y finalidad contribuir al logro permanente de estos dos objetivos.

El **lavado de activos** se vincula al riesgo legal y reputacional al que se exponen las entidades vigiladas, con el consecuente efecto económico negativo que ello puede representar para su estabilidad financiera, al ser utilizada entre otros para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento, en cualquier forma, de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a los mismos.

El **lavado de activos** afecta al sector financiero en la medida en que genera a las entidades que lo conforman, la pérdida de su reputación al ser incluidas en listas internacionales, la pérdida de acceso a los servicios y productos del sistema financiero internacional y la pérdida de relaciones comerciales con entidades de otros países. La confianza del público en las entidades del sector financiero y su estabilidad pueden verse perjudicadas por la publicidad negativa derivada de una asociación con la criminalidad; pueden exponerse a pérdidas económicas por operaciones fraudulentas originadas en la vinculación de clientes indeseables, o la integridad de sus propios funcionarios puede verse alterada dada la asociación con criminales.

Las consecuencias del **lavado de activos** innegablemente minan la confianza del público en el sector financiero con el consecuente deterioro en el coeficiente de liquidez y solidez económica que les impediría atender sus obligaciones. Por el contrario, políticas efectivas para la prevención y control del **lavado de activos** resultan de suma importancia pues contribuye al aseguramiento de la confianza del público en el sector, cuyo control y vigilancia corresponde a la Superintendencia; y al adecuado funcionamiento del sistema de pago de la economía.

Las consecuencias del lavado de dinero generan un efecto corrosivo en la economía de un país y por ende en el bienestar social. En la práctica, se distorsiona las decisiones comerciales, aumenta el riesgo de la quiebra bancaria, le quita al gobierno central el control de la política económica, daña la reputación del país, expone a los ciudadanos al tráfico de drogas, contrabando y otras actividades delictivas. Pero lo más grave es que el lavado de dinero puede erosionar la integridad de las instituciones financieras.

Se ha observado que las instituciones financieras que dependen de ganancias ilícitas tienen como tarea la difícil y acertada administración de sus bienes, pues grandes sumas de dinero lavado llegan a la entidad y luego desaparecen repentinamente, mediante traslados rápidos, inmediatos y anónimos que generan problemas de liquidez y pánico en el mercado.

Si bien a nivel internacional no existe una fórmula eficaz para proteger las entidades financieras, sí se han establecido unas buenas prácticas que éstas pueden adoptar; por ejemplo mecanismos de conocimiento del cliente y el mercado, tecnología que permita determinar clientes, mercados y operaciones riesgosas, documentación de todas las operaciones que se realicen, monitoreo de operaciones especialmente aquellas de alto riesgo, identificación de señales de alerta, verificación de información, actualización de manuales de procedimiento, controles en los procesos, capacitación y entrenamiento de personal, códigos de conducta que identifiquen situaciones de riesgo y la forma en la que deben actuar los empleados de las entidades.

La reglamentación expedida por la Superintendencia establece esas buenas prácticas, esos criterios que las entidades que conforman nuestro sistema financiero deben tener en cuenta e implementar para contar con un eficiente sistema de control al **lavado de activos**. Dicha reglamentación constituye el medio a través del cual se da aplicación a las disposiciones de carácter superior, contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De acuerdo al marco legal existente en Colombia sobre el tema de prevención y control del lavado, se busca desarrollar sistemas que permitan a los distintos sectores de la economía prevenir que, a través de las instituciones que lo integran, sean utilizados para dar apariencia de legalidad a activos provenientes de actividades delictivas y así protegerse contra el riesgo legal y reputacional que el no hacerlo implica.

Así las cosas es factible concluir, tal como puede hacerse igualmente de los capítulos anteriores de la presente investigación, que la finalidad y la orientación del marco reglamentario, expedido por la Superintendencia en materia de control y prevención del **lavado de activos**, guarda coherencia con el direccionamiento del marco constitucional y con el posterior y consecuente marco legal.

Constitucional y legalmente, el papel de la Superintendencia en esta materia es el de verificar que las entidades vigiladas cumplan lo establecido en el marco legal, es decir, consiste en velar porque las entidades adopten sistemas adecuados de prevención y control del riesgo de lavado y que tales sistemas operen correctamente. Para tal fin, el supervisor efectúa un análisis global de los sistemas adoptados por las entidades vigiladas y establece la efectividad general de los mismos; no siendo su objeto hacer seguimiento a la realización de actividades delictivas ni investigar éstas, toda vez que esta es materia de las autoridades de policía.

4.1.2 El ejercicio de la facultad sancionatoria de la Superintendencia. Del análisis de las resoluciones sanciones estudiadas en el presente trabajo investigativo, es posible concluir que las sanciones administrativas institucionales y personales que debía y tenía que imponer la Superintendencia en cada caso, por violación de una norma del Estatuto, una ley o decreto; se constituyeron en una importante herramienta para asegurar la confianza del público en el sector financiero.

Queda claro del análisis realizado que no se hace responsable a los administradores de todas las infracciones que se puedan cometer al interior de las entidades; se evidenció que ello ocurre sólo cuando existe nexo causal entre la conducta infractora del administrador, y la infracción misma.

Este proceder de la Superintendencia como entidad de inspección, vigilancia y control, guarda coherencia con los principios del Comité de Basilea que determinan que no sólo se sanciona a quien ejecutó la conducta infractora, sino que las conductas infractoras que representen o comporten un mayor riesgo real o potencial para el sistema financiero, serán sancionadas con mayor drasticidad. Criterio acogido tanto por la legislación colombiana como por la Superintendencia para la imposición y graduación de las sanciones.

En relación con el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Superintendencia, se considera acertado el desarrollo de tres temas en particular; definidos o ajustados por ésta en el transcurso del tiempo y ratificados por la jurisprudencia:

- La diferencia entre la normatividad que se expide en desarrollo de la potestad de reglamentar la actividad financiera bursátil, aseguradora, de la facultad sancionatoria por el incumplimiento a la reglamentación;
- El efecto general inmediato de las normas; y
- El principio de legalidad.

4.1.2.1 Potestad de Reglamentar y Facultad Sancionatoria. El primero de los temas al que se hace referencia es a la diferencia entre la normatividad que se expide en desarrollo de la potestad de reglamentar la actividad financiera, bursátil, aseguradora; de la facultad sancionatoria por el incumplimiento a la

reglamentación. Lo anterior dado que puede confundirse la potestad sancionatoria del Estado en esta materia con la potestad de intervención y regulación en el sector financiero; potestad a la que se refiere el artículo 189 numeral 25 de la Constitución. Sin embargo se trata de dos fenómenos jurídicos diferentes.

Como fue analizado en capítulos anteriores, la regulación de la intervención del Estado en esta actividad se concreta a través de una ley marco mediante la cual el Congreso establece las pautas generales dentro de las cuales el Gobierno debe desarrollar su facultad reglamentaria, ejecutando unos principios en una forma dinámica y de fácil modificación para ser adaptados a los movimientos económicos nacionales e internacionales.

Por otro lado, la creación de las sanciones en esta misma materia exige que éstas deban estar contenidas en una ley de carácter general y permanente para brindar seguridad jurídica y proteger los derechos de las personas y de los diferentes actores del sistema.

Como se señaló, las actividades financiera, bursátil, aseguradora o cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación del público, son definidas por el artículo 335 de la Constitución como de interés público por lo tanto las sanciones que se establecen por el incumplimiento de las normas que la rigen tiene como propósito lograr un objetivo del estado, como es el orden público económico.

En este sentido, la jurisprudencia colombiana ha entendido que esta facultad sancionatoria en cabeza de las superintendencias, en este caso la Bancaria hoy Superintendencia Financiera, es la expresión de la vigilancia y control ejercido por autoridades especializadas buscando la promoción y el control del sector financiero en concreto, y armonizar el ejercicio de libertades y derechos, con el interés general. Al respecto, la jurisprudencia hace mención a una “policía administrativa”.

La jurisprudencia fundamentó la facultad de control y sanción de la superintendencia, en una función de policía, ligada a la limitación y regulación de derechos y libertades para preservar el orden público económico. Esa limitación toma forma a través de la expedición de regulaciones generales o reglamentos, supone la expedición de actos jurídicos concretos y se desarrolla mediante operaciones materiales del uso de la fuerza pública que se traduce en un cuerpo de funcionarios especializados a través de los cuales se ejecuta la función.

Concretamente, el Consejo de Estado ha reiterado que el derecho administrativo sancionatorio tiene facultades propias, que en el campo económico consultan al orden público económico y por lo mismo utiliza mecanismos para hacer cumplir sus preceptos que en general tiene que ver con sanciones de índole patrimonial.

Ha señalado el Consejo de Estado que las sanciones en materia administrativa en general y en particular respecto a las entidades del sector financiero, llevan implícitas finalidades propias como son la preservación y seguridad del orden público económico y la protección de los intereses patrimoniales de quienes de buena fe, confían sus ahorros a entidades facultadas por la ley y autorizadas por el Gobierno para captar dineros del público; entidades que están sujetas a la vigilancia del estado y se rigen por principios que regulan la actividad financiera.

Al respecto, llama la atención la sentencia del Consejo de Estado de fecha noviembre 10 de 2000, expediente 10092, con ponencia del Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, en la que se precisó que en búsqueda del objetivo orden público económico, el Estado, de una parte, impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejercen la actividad financiera; y de otra, ejerce un control para que el cumplimiento de las obligaciones sea oportuno y eficaz; sin que de manera alguna pudiera quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos propios de la conducta humana, dolo o culpa. Las sanciones en esta materia buscan lograr un objetivo político del Estado cual es el orden público económico.

4.1.2.2 Efecto General Inmediato de las Normas. El segundo tema se relaciona con la posición del Consejo de Estado de exigir que en esta materia las normas tengan efecto general inmediato; lo anterior dadas las modificaciones normativas tan frecuentes, por cuanto dependen de las circunstancias económicas del momento.

Así las cosas, la derogatoria posterior de las normas que sirven de fundamento a un acto administrativo que impone una sanción, no conducen a la inexistencia de la conducta infractora y a que ésta deba quedar sin sanción, porque las normas aplicables son las vigentes en la fecha en que se incurre en la conducta sancionable, independientemente de que el acto administrativo sancionatorio se expida con posterioridad a la vigencia de las normas en que se fundamenta la respectiva sanción.

Como lo señala la propia jurisprudencia, las razones por las cuales la jurisprudencia no ha cambiado con el correr del tiempo su posición en torno a este aspecto, es considerar que la comisión de una conducta infractora en el momento en que la misma es censurada por razones de política monetaria, puede degenerar en la pérdida de la confianza del público en su sistema financiero; lo cual el mismo sistema no está dispuesto a soportar.

4.1.2.3 Principio de Legalidad. El tercer y último tema a destacar es el principio de legalidad. Las sanciones administrativas deben estar fundadas en la ley; no es permitido que el Gobierno Nacional imponga sanciones por infracciones de las entidades vigiladas a las disposiciones dictadas en ejercicio de su función de regulación de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con dineros captados del público.

En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C-1161 de 2000, con Magistrado Antonio Barrera Carbonell, de fecha seis de septiembre de dos mil; Sala Plena de la Corte Constitucional, al estudiar los artículos 52, 209 y 211 del EOSF, precisó que en estos artículos debe entenderse que los funcionarios y las mismas entidades vigiladas se encuentran en el ejercicio de su actividad, limitados a las leyes que se refieren a la actividad financiera, bursátil y aseguradora y a los reglamentos expedidos por el gobierno nacional en desarrollo de las leyes marco previstas por el artículo 150, numeral 19, literal c); sin entenderse incluidos dentro de estos reglamentos las circulares externas o conceptos emitidos por la Superintendencia.

Transcribimos en esta parte del trabajo de investigación, apartes de la sentencia en mención por la relevancia que se considera tiene frente a las resoluciones sanciones analizadas y por considerar que profundiza suficientemente temas tratados anteriormente:

(...)

6- Con todo, podría argumentarse, como lo hace el actor, que la sanción de esos comportamientos es una forma de intervención y regulación en el sector financiero, por cuanto esas disposiciones castigan a aquellos funcionarios e instituciones que vulneran las reglamentaciones que gobiernan el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

La Corte no niega que existe una cierta conexidad temática entre la regulación de la actividad financiera y la imposición de sanciones a quienes vulneren esas reglamentaciones. Sin embargo, no por ello debe inferirse que esas sanciones tienen reserva de ley marco, pues esa conclusión es inaceptable por las siguientes razones:

De un lado, esa tesis implica una confusión entre la reglamentación de una actividad y la sanción por el incumplimiento de esas reglamentaciones, que son fenómenos jurídicos relacionados pero diversos. Ahora bien, la ley marco existe para aquellas materias, que por su propia naturaleza y dinámica, están sujetas a cambios rápidos, por lo cual la Carta establece un particular reparto de competencias entre el Congreso y el Gobierno. El primero se limita a establecer "las pautas generales dentro de las cuales éste último debe desarrollar en concreto su facultad reglamentaria ejecutando esos principios en una forma dinámica y de fácil modificación Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Este reparto competencial es razonable para el ejercicio de la facultad reglamentaria en esos ámbitos, pero no tiene por qué extenderse al diseño de las sanciones en esos mismos campos, puesto que, por razones de seguridad jurídica y

protección de los derechos de las personas, la definición de las infracciones debe ser más permanente y estar incorporada en la propia ley.

De otro lado, la tesis del actor ampliaría indebidamente el campo de la ley marco, pues implicaría que el establecimiento de cualquier infracción o tipo penal vinculado con los ámbitos de ese tipo de leyes, debería también estar contenido en una ley marco. Llegaríamos entonces al absurdo de que, como es propio de ley marco el régimen de aduanas y de cambio internacional (CP art. 150-19, lits b y c) entonces las infracciones cambiarias o el delito de contrabando deberían igualmente estar contenidas en una ley marco. Esta conclusión es irrazonable, por lo cual, conforme a una clásica reducción al absurdo, debemos inferir que estas sanciones carecen de reserva de ley marco.

En tercer término, y directamente ligado a lo anterior, la tesis del demandante olvida que la ley marco representa una excepción a la cláusula general de competencia del Congreso y al reparto ordinario de competencias entre el Legislador y el Ejecutivo, puesto que limita el ámbito normativo de la ley. Conforme a lo anterior, al ser una excepción, y conforme a clásicas reglas hermenéuticas, la reserva de ley marco debe ser interpretada de manera estricta, por lo cual se entiende que ella cubre exclusivamente las actividades expresamente señaladas por la Constitución. Por ello esta Corte había señalado "que la Carta Política resultaría violada si se 'deslegalizaran' por esta vía asuntos que son de competencia exclusiva del Congreso y que jamás pueden ser modificadas por el Gobierno Nacional sin grave peligro para la seguridad jurídica y para la debida estructura de las jerarquías normativas, según la separación funcional que establece el artículo 113 de la Constitución Sentencia C-428 de 1997. MP José Gregorio Hernández, criterio reiterado en la sentencia C-955 de 2000. MP José Gregorio Hernández Galindo.

Finalmente, la tesis del actor resulta paradójicamente contraria a los otros cargos que el mismo demandante formula contra esas disposiciones. En efecto, según su parecer, otra de las razones por las cuales estos artículos son inconstitucionales es porque ellos vulneran el principio de legalidad, en la medida en que no definen con precisión cuáles son los comportamientos castigados y cuáles son las respectivas sanciones. Sin embargo, si uno exige que las faltas administrativas y los delitos deben estar determinados en la ley -como lo hace con razón el actor-, mal podría uno igualmente sostener que esas normas tienen reserva de ley marco, por cuanto, como ya se indicó, en esas materias corresponde a la ley únicamente señalar unas pautas generales, que guían la reglamentación concreta, que corresponde expedir al

Ejecutivo. Por ende, es inadmisibile la tesis según la cual las infracciones en la actividad financiera deben ser objeto de una ley marco, pues la ley únicamente indicaría las pautas generales, mientras que correspondería al Gobierno establecer en concreto esas infracciones, lo cual obviamente contradice el principio de legalidad punitiva, que el actor mismo defiende.
(...)

Estudio de la constitucionalidad de las conductas sancionadas por los artículos 209 y 211 del EOSF.

12- Entra la Corte a examinar si los otros dos artículos acusados respetan o no los principios constitucionales del derecho sancionador.

Ahora bien, el artículo 209 del EOSF establece que el sujeto activo de la infracción es el "director, gerente, revisor fiscal u otro funcionario o empleado de una entidad sujeta a la vigilancia del Superintendente Bancario". Por ende, como la ley define a su vez cuáles son las entidades sujetas a control (ver art 2º del decreto 1284/94), el sujeto activo se encuentra suficientemente determinado.

13- La disposición indica que el comportamiento castigado consiste en que alguno de esos funcionarios "autorice o ejecute actos violatorios del estatuto de la entidad, de alguna ley o reglamento, o de cualquier norma legal a que el establecimiento deba sujetarse". La Corte considera que el núcleo rector del comportamiento está claramente determinado, pues consiste en ejecutar o autorizar determinados actos, por lo cual, por este aspecto, la descripción típica es precisa.

Por el contrario, a primera vista existe una cierta indeterminación sobre el tipo de acto sobre el que recae la ejecución o autorización, pues este artículo 209 remite genéricamente a otras normas, ya que la infracción consiste en autorizar o realizar actos que sean contrarios a otras disposiciones. Por consiguiente, podría argumentarse, como lo hace el demandante, que esa remisión normativa hace que la conducta sancionada quede totalmente indeterminada, de suerte que incluso podrían castigarse comportamientos tan inocuos, como botar un papel o cerrar muy fuertemente una puerta.

Para examinar ese reparo, la Corte recuerda que el sólo hecho de que exista una remisión normativa no es en sí mismo inconstitucional, pues incluso en materia penal, que es el campo en donde opera con mayor rigor el principio de legalidad, debido a

la importancia de los derechos que pueden ser afectados por la imposición de una pena, son admisibles los tipos en blanco. Así, ha dicho esta Corporación que "los tipos penales en blanco son a veces criticados por algunos sectores de la doctrina que consideran que no representan la mejor técnica legislativa y generan inseguridad jurídica, lo cual es particularmente grave en materia penal". Sin embargo, precisó la Corte, "esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente Sentencia C-559 de 1999. MP Alejandro Martínez Caballero. Fundamento 5. . Por consiguiente, la pregunta que surge es si la remisión normativa es en el presente caso lo suficientemente precisa para que el artículo acusado no desconozca el principio de legalidad.

14- Ahora bien, para responder a este interrogante, la Corte recuerda que la actividad relacionada con la captación y manejo de ahorro es de interés público (CP art. 335) y está sometida a un especial control del Estado, no sólo por cuanto se trata de entidades que trabajan con dineros que no son propios sino del público, sino además por la importancia estratégica de este sector para la suerte global de la economía. Por ello, en este ámbito, la libertad económica se encuentra más limitada que en otros campos, no sólo porque esas actividades, para ser ejercidas, requieren de previa autorización estatal (CP art. 335) sino además porque la propia Carta señala que el gobierno debe reglamentar, inspeccionar y controlar ese sector (CP arts 150-19 y 189-24).

Por ende, debido a esa especialidad del sector financiero, los funcionarios y directivos de las entidades de este sector se encuentran sometidos a un régimen legal especial de deberes, que deben conocer y respetar, con el fin de proteger los dineros del público. Y en particular las entidades, para funcionar, deben lograr la aprobación de sus estatutos, que deben entonces ser protocolizados y registrados (art. 53 del EOSF). Por consiguiente, es obvio que constituye una carga elemental para quienes laboran en ese sector conocer los estatutos de la entidad en donde son directivos o empleados, así como el régimen legal especial al cual están sometidas esas instituciones. Por ello la Corte considera que la obligación que impone la norma acusada a los directivos y funcionarios de esas entidades de no realizar ni autorizar actos contrarios a los estatutos de las entidades y a las normas legales a que el establecimiento deba sujetarse, es no sólo suficientemente precisa, sino que además se encuentra justificada, debido a las particularidades de este sector, que, se repite, no sólo maneja dineros ajenos sino que, además, tiene una

incidencia decisiva en el desarrollo económico del país. Por ende, esas expresiones son claramente exequibles.

15- Por el contrario, la imposición de la multa por la realización o autorización de actos violatorios "de alguna ley o reglamento" es en principio ambigua, por cuanto esa expresión podría interpretarse, si se acoge su sentido literal, en el siguiente sentido: si un funcionario de una entidad sometida a la vigilancia de la Superintendencia autoriza un acto que viole cualquier ley de la República, o cualquier reglamento, podría ser sancionado con una multa de hasta un millón de pesos. Entendida de esa forma, la disposición es no sólo ambigua, pues no se sabe a que leyes se refiere, sino que puede ser incluso desproporcionada y conducir a conclusiones absurdas: así, podría incluso sostenerse, como lo hace el actor, que si el directivo de una entidad financiera desconoce una norma de tránsito, contenida en cualquier ley o reglamento, entonces la Superintendencia Bancaria podría sancionarlo con una multa de hasta un millón de pesos constantes de 1982, lo cual es a todas luces irrazonable.

¿Significa lo anterior que la expresión "de alguna ley o reglamento" debe ser retirada del ordenamiento, debido a su ambigüedad? La Corte considera que no, pues una interpretación sistemática de ese aparte permite no sólo conferirle un sentido razonable, sino que posibilita superar sus ambigüedades. Así, es obvio que si esas sanciones son impuestas por la Superintendencia Bancaria, entonces debe tratarse de intervenciones de esa entidad en ejercicio de su labor básica de policía administrativa, en virtud de la cual, le corresponde inspeccionar, vigilar y controlar a las entidades que manejen recursos captados al público, de conformidad con las normas legales pertinentes, como los artículos 325 y ss del EOSF, que definen la naturaleza, los objetivos, las funciones y las facultades de esa superintendencia. Por ello la Corte entiende que debe tratarse de leyes y reglamentos que operen en ese ámbito. Así, en cuanto a las leyes, deben ser únicamente aquellas que se refieran explícitamente a las labores de esos funcionarios. Y en cuanto a los reglamentos, a fin de respetar el principio de legalidad, para la Corte es claro que debe tratarse de los reglamentos por medio de los cuales el Presidente, en desarrollo de sus facultades constitucionales, y de conformidad con la correspondiente ley marco, regula y ejerce la intervención en ese sector. Y obviamente no deben entenderse incluidos dentro de esos reglamentos las circulares o conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria.

(...)

La sentencia resulta importante en el presente estudio porque señala que todos los actores del sector financiero, bursátil y asegurador es decir, tanto las entidades del sector financiero como los funcionarios que ejercen la vigilancia, el control y la inspección sobre éstas, se encuentran delimitados por las leyes que rigen este sector y por los reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional.

Ilustra igualmente la sentencia la tangencial diferencia existente entre la regulación de la actividad financiera a la cual hacíamos mención anteriormente, y la imposición de sanciones para quienes infrinjan ésta regulación o reglamentación. En este sentido la sentencia deja en claro que las infracciones y sanciones de la actividad financiera no pueden ser objeto de una ley marco dado que ésta sólo determina las generalidades para el ejercicio de la actividad, siendo el Gobierno el responsable de la regulación sancionatoria.

Se llama la atención en la parte transcrita de la sentencia pues es posible también allí identificar la relevancia que se da al control ejercido por el Estado sobre la actividad relacionada con la captación y manejo de dinero del público; en este pronunciamiento se hace mención a la importancia estratégica del sector para la suerte global de la economía.

4.1.3 Acatamiento de las Convenciones Internacionales y Acciones del Sector Financiero Colombiano. Al evaluar el grado o el nivel de cumplimiento de Colombia, a las diferentes medidas y direccionamientos establecidos por convenciones y disposiciones internacionales, se ha encontrado que el resultado es satisfactorio, por lo siguiente:

* De forma general, las obligaciones básicas que se plantean en la normatividad de los más importantes países y en las recomendaciones de organismos multilaterales, en relación con el tema de la prevención y el control al **lavado de activos**, son:

- El declarar delito el lavado de ganancias procedentes de crímenes graves y poner en práctica medidas para decomisar y confiscar las ganancias procedentes del crimen;
- Requerir a las instituciones financieras que identifiquen a todos sus clientes, incluyendo a cualquier dueño de propiedades y conservar las constancias apropiadas;
- Requerir a las instituciones financieras que informen a las autoridades nacionales competentes las transacciones sospechosas y que coloquen en vigencia una gama abarcadora de medidas de control interno;
- Asegurar que haya sistemas adecuados de control y supervisión de instituciones financieras;
- Finalmente establecer tratados o acuerdos internacionales y aprobar leyes nacionales que permitan a los países ofrecer cooperación pronta y efectiva a todos los niveles.

Estas obligaciones y recomendaciones en su totalidad han sido acogidas por nuestro país y de manera satisfactoria.

Nuestras disposiciones legales y reglamentarios internas en cuanto a procedimientos de identificación de clientes, procedimiento de identidad de actividad comercial, fuentes de ingresos del cliente, sus activos, fuentes específicas de dinero sujeto a transacciones, procedimiento de observación de operaciones sospechosas ajenas a la actividad del cliente, o a los parámetros establecidos por la entidad financiera, procedimientos de observación de transacciones individuales o en serie que excedan una suma umbral, aumentos significativos en la actividad, procedimientos de adiestramiento o programas continuos de educación para que el personal repase técnicas de prevención de lavado y se capacite en nuevas disposiciones legales y reglamentarias, auditoria internas y en general las disposiciones que establecen las obligaciones de las entidades financieras en torno al tema, guardan similitud con la normatividad interna de un gran número de países.

* Colombia, a través de las entidades de inspección, vigilancia y control, ha implementado igualmente las principales medidas y cambios que los grupos de trabajo internacionales implementan periódicamente, por ejemplo:

- La especificación de una lista de crímenes relacionados con el delito de lavado de dinero,
- La expansión del proceso de debida vigilancia de los clientes para las instituciones financieras,
- La ampliación de medidas para transacciones y clientes de alto riesgo,
- La expansión de medidas contra ciertas empresa y profesiones no financieras como casinos, finca raíz;
- Medidas de cooperación internacional,
- Mejoramiento de requisitos de transparencia a través de información adecuada y oportuna sobre personas beneficiarias,
- Extensión de medidas y requisitos contra el **lavado de activos** para cubrir la financiación del terrorismo y prohibición de bancos ficticios.

* Se considera acertado el hecho de que el sector financiero colombiano haya acogido en su integridad el Acuerdo de Basilea, mediante la aprobación del Acuerdo Interbancario sobre el Papel del Sistema Financiero en la Detección, Prevención y Represión del Movimiento Ilícito de Capitales, de fecha 21 de octubre de 1992.

El Acuerdo consiste en la adhesión a un conjunto de principios para las entidades financieras inspirados en la Convención de Viena de 1988 y la Declaración de Principios de Basilea, entre ellos:

- Adopción de una política de conocimiento de cliente, para la selección de la clientela y conocimiento de sus actividades económicas.
- Conocimiento del cliente y de sus operaciones con la entidad financiera

- Registro y documentación de las transacciones en efectivo
- Colaboración con las autoridades mediante el suministro de información para fines investigativos y probatorios

Esta iniciativa fue de gran trascendencia en la lucha nacional contra el **lavado de activos** porque constituyó la base y punto de partida de la normatividad colombiana contra el delito, al ser utilizado su contenido para la expedición de normas posteriormente incorporadas al EOSF, artículos 102 y siguientes.

* De igual forma se considera acertado tanto por parte de las entidades que conforman el sector financiero como por parte de las entidades de inspección, vigilancia y control; el reconocimiento de la importancia al rastro documental ordenado por la ley. Con el tiempo se ha entendido que es un instrumento decisivo en la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de **lavado de activos**.

Las instituciones financieras deberán conservar todos los documentos necesarios sobre las operaciones realizadas, tanto nacionales como internacionales, que les permitan cumplir rápidamente con las solicitudes de información de la autoridades competentes. Esos documentos deberían permitir reconstruir las diferentes operaciones (incluidas las cuantías y los tipos de moneda utilizados, en su caso) con el fin de aportar pruebas, si fuera necesario, en caso de acciones judiciales por conductas delictivas.

Estos datos de identificación y los registros de operaciones deberían estar a disposición de las autoridades nacionales competentes con la autorización adecuada.

*Colombia, como lo señalan las disposiciones internacionales a los diferentes países, tipificó como delito el **lavado de activos**, en base a la Convención de 1988 de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefaciente y Sustancias Psicotrópicas (Convención de Viena) y la Convención de 2000 de Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).

*Aplica a las personas la responsabilidad penal y, en los casos en que no es posible, la responsabilidad civil o administrativa. Las personas jurídicas están sujetas a sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas. Estas medidas se aplicarían sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas.

Se ha establecido legalmente que las instituciones financieras serán responsables, conforme a derecho, por los actos de sus empleados, funcionarios, directores, propietarios u otros representantes autorizados que, actuando como tales, tengan participación en la comisión de cualquier delito de **lavado de activos**. Esa responsabilidad puede determinar, entre otras medidas, la imposición de una multa, la prohibición temporal de realizar transacciones o la suspensión. Comete delito penal los empleados,

funcionarios, directores, propietarios y otros representantes autorizados que, actuando como tales, deliberadamente no cumplan con las obligaciones establecidas para el control y la prevención del lavado. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiera corresponder.

*Se tienen previstas medidas similares a las establecidas en las Convenciones de Viena y de Palermo, incluyendo medidas legales, para que sus autoridades competentes puedan decomisar los activos lavados, el producto del lavado o de delitos subyacentes, los instrumentos utilizados o destinados al uso en la comisión de estos delitos, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

*Se utilizan diferentes informes para seguir la pista de las transacciones financieras, informe de transacciones en efectivo para operaciones de más ciertos montos fijados por la reglamentación, informe de actividades sospechosas, informe de divisas e instrumentos monetarios, entre otros. A futuro, los esfuerzos de los diferentes actores deben encaminarse a recoger información valiosa sin generar informes innecesarios.

*Nuestra UIAF ejerce liderazgo en los grupos internacionales al aglutinar y facilitar el intercambio de información entre cerca de 101 Unidades de inteligencia financiera; igualmente cerca 100 analistas de 40 unidades de diferentes partes del mundo se han capacitado en nuestra UIAF. Los métodos y publicaciones colombianas han servido de modelo para el desarrollo de sistemas anti-lavado en países de la región.

*Se prohíbe a las instituciones financieras mantener cuentas anónimas o cuentas bajo nombres evidentes ficticios. Las instituciones financieras deben tomar medidas para llevar a cabo procedimientos de debida diligencia respecto del cliente, entre ellas la identificación y verificación de la identidad de sus clientes, cuando se inicien relaciones comerciales; se lleven a cabo operaciones ocasionales por encima del lumbral designado aplicable; exista la sospecha de **lavado de activos** o financiamiento del terrorismo; o la institución financiera tenga dudas acerca de la veracidad o congruencia de la información de identificación del cliente obtenida anteriormente.

Las medidas a tomar sobre procedimientos de debida diligencia respecto del cliente son identificar al beneficiario final, y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final de modo que la institución financiera quede convencida de que conoce al beneficiario final. En caso de las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, las instituciones financieras deberían, además, tomar medidas razonables para conocer la estructura de propiedad y control del cliente; llevar a cabo un proceso continuo de debida diligencia respecto de la relación comercial, así como un examen detallado de las operaciones realizadas durante todo el curso de esa relación, con el fin de asegurar que las operaciones que se están haciendo son compatibles con lo que la institución sabe del cliente, sus negocios y perfil de riesgo, incluso el origen de los fondos, en caso necesario.

*En relación con las personas expuestas políticamente, las instituciones financieras, además de implementar las medidas sobre procedimientos de debida diligencia normales, por ejemplo contar con sistemas de gestión de riesgos apropiados para determinar si el cliente es una persona políticamente expuesta; obtener la aprobación de los directivos de mayor jerarquía para establecer relaciones comerciales con estos clientes; tomar medidas razonables para determinar cuál es el origen de la riqueza y el origen de los fondos; deben llevar a cabo una vigilancia permanente más exhaustiva de la relación comercial.

*Se ha entendido y aceptado que las instituciones financieras, así como sus directivos y empleados, no podrán comunicar a los clientes afectados o a terceros que se ha transmitido información a las autoridades que están realizando investigaciones sobre blanqueo de dinero.

*Se ha entendido y aceptado que la divulgación, de buena fe, a las autoridades responsables de la lucha contra el lavado de capitales por un empleado o un director de una institución financiera, no construirá una violación a las restricciones impuestas a la divulgación de información por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa y no implicará para la entidad o sus directivos o empleados, ningún tipo de responsabilidad.

En general, Colombia ha acatado las recomendaciones especiales que se establecen en normas internacionales para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo, evalúa sus medidas e implementa planes de acción e intercambio de información y brinda cooperación con entidades internacionales. Se trabaja con entidades internacionales homólogas de la fiscalía específicamente la Unidad de **Lavado de Activos** y Extinción de Dominio, Unidad de Información y Análisis Financiero, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, Fuerzas Armadas, y DIAN.

Sin embargo y tal como fue manifestado anteriormente, además de las normas existentes y de las directrices señaladas por los órganos de inspección y control; son las entidades financieras las responsables de que el sistema financiero colombiano brinde niveles óptimos de seguridad para los inversionistas al implementar mejores prácticas en materia de **lavado de activos**. Cada entidad es responsable de adquirir la transparencia, fortaleza y seguridad que pueda ofrecer como una mayor cualidad de su servicio; o debe asumir las consecuencias económicas de una mala calificación en riesgo reputacional.

4.1.4 Acción comunitaria y relación con otros países. Es ampliamente reiterado en las disposiciones de carácter internacional, la necesidad de una acción comunitaria contra el lavado de activos, que permita a los distintos países proteger su sistema financiero, y sin limitarse exclusivamente al enfoque penal.

Se considera que la activación de medidas comunitarias en los sistemas financieros puede desempeñar una función eficaz en la prevención de la utilización de los sistemas financieros para los fines de lavado.

Algunas de las más importantes disposiciones acogidas por Colombia son:

- La convención de Viena de 1988. En diciembre 20 de 1988, se aprobó en Viena la “Convención de Naciones Unidas Contra el Trafico de Narcóticos y Sustancias Psicotrópicas”, la cual entro en vigencia en Colombia, con la expedición de la ley 63 de 1993.

Con este convenio se busca principalmente promover la cooperación internacional en la lucha contra el narcotráfico, estableciendo la obligación para los países suscritos de consagrar el **lavado de activos** como delito autónomo. Así mismo esta Convención hace énfasis en las repercusiones de tipo político, económico y cultural del tráfico de estupefacientes.

- El Comité de Basilea, es una organización formada en 1975. En diciembre de 1988, en la Declaración de esta fecha, se establecen principalmente la importancia del conocimiento del cliente por parte de las diferentes instituciones financieras, implantándose la política de “Conozca su Cliente”.
- El Grupo de Trabajo de Acción Financiera Internacional G-7. Los jefes de estado del grupo de los siete (G-7) conformado por Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, el Reino Unido, Italia y Canadá y el Presidente de la Comisión de las Comunidades Europeas reunidos en Paris en julio de 1989, crearon el Grupo de Trabajo de Acción Financiera (FATF o GAFI), conformado por miembros de los países participantes y de otros interesados en los problemas del **lavado de activos**, para evaluar los resultados logrados en la prevención y lucha contra el lavado y estudiar medidas adicionales en el mismo campo.

El Grupo de trabajo presento su informe el 7 de agosto de 1990, en el que se dieron 40 recomendaciones que constituyen los principios de acción en materia de blanqueo de capitales que los países deben aplicar, de acuerdo con sus circunstancias particulares y su marco constitucional. Las recomendaciones buscan prioritariamente la identificación del cliente, la criminalización del lavado de dinero, el incentivo para el denuncia de transacciones sospechosas, reforzar los controles internos de auditoría y la capacitación del personal bancario, reforzar la cooperación internacional en el control de esta actividad, penalizar la conducta del **lavado de activos**, expedir normas internacionales conjuntas, crear unidades de Inteligencia Financiera y establecer estrategias de regiones de alto riesgo (Caribe, Europa Oriental y Pacifico)

Las Cuarenta Recomendaciones revisadas se aplican ahora no solamente al **lavado de activos** sino también al financiamiento del terrorismo, y al combinarse con Ocho Recomendaciones Especiales sobre Financiamiento del

Terrorismo proporcionan un esquema de medidas ampliado, global y coherente para combatir el **lavado de activos** y el financiamiento del terrorismo.

El GAFI reconoce que los países tienen sistemas legales y financieros diferentes y, por ello, no todos pueden tomar medidas idénticas para alcanzar el objetivo común, especialmente en el terreno de los detalles. Por ello, las Recomendaciones establecen patrones mínimos para la acción de los países en la implementación de los detalles de acuerdo a sus circunstancias particulares y esquemas constitucionales.

Un elemento clave en la lucha contra el **lavado de activos** y el financiamiento del terrorismo es la necesidad de que los sistemas de los países sean objeto de seguimiento y evaluación en contraste con estos estándares internacionales. Las evaluaciones mutuas conducidas por el GAFI y los grupos regionales estilo GAFI, así como las evaluaciones conducidas por el FMI y el Banco Mundial, son un instrumento capital para asegurar que las Recomendaciones del GAFI son efectivamente implementadas por todos los países.

- Grupo de Acción Financiera Del Caribe (GAFIC). Reunión efectuada en Aruba, en junio de 1990, en donde participaron no solo representantes del Caribe, sino también del Centro, Sur y Norteamérica, así como de Europa.

Los miembros de esta conferencia proponen 21 recomendaciones para la lucha contra el lavado de dinero, adicionales a las 40 recomendaciones dadas por el Grupo de Acción Financiera Internacional G-7.

La meta de GAFIC es fomentar el acercamiento regional al problema de lavado de dinero y para ello viene trabajando en la variedad de iniciativas que incluyen la autorregulación y mutua evaluación de sus miembros para identificar problemas y para asegurar el proceso de lucha contra el lavado de dinero.

- Organización de los Estados Americanos (OEA). En el seno de la OEA se formó la CICAD (Comisión Interamericana Contra el Abuso de Drogas), la cual en 1992 emitió recomendaciones para orientar a los países miembros en la adopción de la legislación en materia de narcotráfico y de lavado de dinero; Colombia participó en este evento con un delegado.

Este modelo legal establece procedimientos para congelar y embargar bienes, procura impedir el uso del sistema financiero para el lavado, limitar la apertura de cuentas ficticias o a nombre de testaferros, recomienda la total identificación del cliente y establece que la documentación de las instituciones financieras debe conservarse por lo menos 5 años, de tal manera que se puedan reconstruir las operaciones en caso de eventuales investigaciones.

- Grupo EGMONT. El Grupo EGMONT es un foro Internacional para la cooperación entre las Unidades de Información y Análisis Financiero. Desde su primera reunión en junio de 1995, en el Palacio Egmont, de Bruselas. El Grupo Egmont, ha definido las funciones que desempeñan las Unidades de Información y Análisis Financiero, ha colaborado para que haya más entendimiento acerca de esas entidades en todo el mundo y ha establecido un buen mecanismo para el intercambio de información entre ellas. Este grupo acordó crear tres grupos de trabajo sobre los siguientes temas: materias legales relacionadas con el intercambio de Información, temas tecnológicos relacionados con las comunicaciones multilaterales y desarrollo de herramientas para análisis financiero.
- La Organización Para La Cooperación Y Desarrollo Económico (OCDE). La Organización Para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), es una organización internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados de economía de mercado. En la OCDE, los países representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros.

En los temas que maneja el OCDE se encuentra el tema tributario y el de prevención y control de **lavado de activos**.

Bajo influencia de todas las disposiciones internacionales anteriores, Colombia comenzó la lucha legal específica contra el blanqueo de capitales con la Ley 190 de junio de 1995 (Estatuto Anticorrupción), en la que se define como delito autónomo el **lavado de activos**. Sin embargo, en los años anteriores a la expedición de esa ley, el país tuvo que recurrir a varias figuras para atacar este mal, tales como el enriquecimiento ilícito, el testaferrato, el concierto para delinquir, el encubrimiento, en particular los delitos de favorecimiento y receptación y la complicidad, todas ellas contempladas en el Código Penal.

La Ley 190 concentra especial atención en las personas y entidades vinculadas al sector financiero y al mercado bursátil, por considerarse desde entonces de suma vulnerabilidad. Las primeras actividades económicas en ser alcanzadas por las decisiones preventivas de las autoridades fueron, además de las dos anteriores, las casas de cambio y los juegos de azar. El Decreto 1872 de 1992 impuso la obligación a todas las entidades vigiladas por la desaparecida Superintendencia Bancaria de conocer las actividades económicas de sus clientes y de llevar registros por escrito de las operaciones en efectivo.

Del mismo modo, las casas de cambio quedaron bajo el control de la Superintendencia y se les conmino a constituirse como empresas formales. Entre tanto, las loterías y los casinos tuvieron que empezar a llevar registros de los ganadores de grandes cuantías de dinero.

4.2 RECOMENDACIONES EN EL DESARROLLO DE LA RELACIÓN ENTRE LA SUPERINTENDENCIA Y LAS ENTIDADES VIGILADAS EN EL TEMA DEL LAVADO DE ACTIVOS

4.2.1 Medidas adoptadas en el riesgo de lavado de activos

- De manera general, tanto en las disposiciones legales nacionales como en las de orden internacional, resulta claro que lo que interesa a los estados es garantizar que las entidades vigiladas por la Superintendencia, que se constituyen en un canal de los recursos del público, a través del cual se realizan operaciones comerciales con actores desconocidos, identifiquen, individualicen y conozcan sus clientes. Ello se traduce en tener capacidad de establecer si los recursos aportados a las operaciones, son lícitos; pues es evidente que el riesgo que las entidades asumen, es el de ser utilizadas para el blanqueamiento de recursos.

En todos los órdenes, nacional e internacional, en desarrollo del principio legal, las normas deben ser aplicadas a todas las entidades vigiladas por la respectiva entidad de vigilancia y control sin excepción, y todas deben adoptar mecanismos de protección contra el **lavado de activos**.

Sin embargo no es posible exigir que las normas vigentes sean aplicadas con el mismo rigor en todas las entidades, exigiendo idénticos niveles de inversión en desarrollos, procesos, tecnología, capacitación, contratación; pues el nivel o grado de protección frente al riesgo de lavado que debe existir en cada entidad debe establecerse en función directa del nivel o grado de exposición que se tenga al riesgo de **lavado de activos**. En cada caso, para cada actividad, línea de negocio, producto, será necesario evaluar las exigencias, las mejores prácticas, las necesidades de protección frente a la exposición al riesgo y las excepciones.

- Entre algunos temas que pueden mencionarse acá, es factible incluir el de los informes pues se considera necesario crear el equilibrio apropiado entre, de una parte, las necesidades que tiene el cumplimiento de la normatividad para obtener información lo más exacta posible sobre clientes, actividades, propiedades; y de otra parte, la preocupación de evitar a las entidades financieras la implementación de medidas consagradas en reglamentaciones que resultan costosa, innecesaria, compleja e inútiles para las autoridades judiciales.

Se ha cuestionado, por ejemplo en el caso de los informes, el costo de los recursos tecnológico y humano; frente a su eficacia pues el volumen de información frente a los casos en los cuales ha sido posible procesar y enjuiciar efectivamente personas y/o entidades no es proporcional. Sin embargo los defensores de éstos argumentan que la finalidad de los mismos no ha sido iniciar investigaciones o procesos penales, sino prevenir la realización de operaciones de lavado.

Se considera necesario encontrar el justo medio, teniendo presente en cada caso la exposición al riesgo y la utilidad de los informes; se considera que será un buen sistema de administración del riesgo el que ayude a conciliar las dos posiciones.

La falta de estandarización en la información enviada a la UIAF se debe en gran parte a las diferentes formas en que se puede interpretar una variable. Para unificar los criterios, la UIAF presentó recomendaciones cuya aplicación contribuye a la optimización en la elaboración, entrega y recepción de la información por parte de las entidades vigiladas; lo que demuestra que el tema de los informes ha ido evolucionando con una importante tendencia a mejorar en beneficio de una mejor relación entre las partes involucradas.

La UIAF ha señalado que es necesario mejorar los reportes del ROS para que sea una herramienta efectiva, aunque debe aceptarse que el volumen de reportes ha disminuido lo cual demuestra un mejor entendimiento de la naturaleza de la operación sospechosa, y que los reportes demuestran un mayor grado de detalle y cuidado en la elaboración de los mismos.

Las recomendaciones internacionales sobre la materia, resaltan la misión de una Unidad de Inteligencia Financiera en el sentido de brindar retroalimentación a las entidades reportantes para que ellas puedan hacer mejor su trabajo de prevenir el **lavado de activos** e informar sobre su posible ocurrencia. Es necesario continuar con las acciones de retroalimentación por parte de la UIAF a las entidades financieras, con énfasis en aquellos sectores que presenten especiales problemas en la calidad de la información y mayor riesgo de lavado.

La UIAF ha dado prioridad a esta tarea creando espacios de retroalimentación a todos los niveles, lo cual incluye desde reuniones individuales con entidades específicas para examinar la calidad y utilidad de los reportes enviados hasta la publicación de documentos que sinteticen el saber acumulado, particularmente a nivel local en torno a la detección de operaciones de **lavado de activos** y financiación del terrorismo.

Se ha entendido que los reportes son de buena calidad si se encuentran diligenciados todos los campos, si hay consistencia en la forma de reportar los distintos datos que identifican las transacciones, si los datos y la información es clara, y si hay soportes de la información.

- Por otro lado, de manera generalizada se ha criticado lo cambiante de la legislación en esta materia, sin embargo como en pocos casos resulta apenas aceptable que la legislación encaminada a prevenir el lavado de dinero sea cambiante puesto que esta legislación surge como respuesta o como resultado de la necesidad de combatir las ingeniosas y siempre nuevas formas y técnicas de lavar dinero. Por lo tanto lo menos que debe esperarse es que sea estática. Condición para la cual deben estar preparados tanto las entidades del sector financiero como la entidad de inspección, vigilancia y control.

- Igualmente se considera que es necesario educar a los clientes de las entidades financieras, en el reconocimiento y la valoración hacia su entidad, del desempeño que ésta presenta en su labor de prevención del lavado de dinero; siendo necesario que el cumplimiento de las disposiciones y mecanismos establecidos por la entidad, se constituyan en una mejor cualidad para ser seleccionada entre otras del sector; cualidad tan importante como una tasa de interés o un plazo por ejemplo. La entidad financiera deberá ser mejor valorada si su probabilidad de dar cumplimiento a las normas vigentes es alta, si se identifica como remoto el riesgo de ser utilizada en el lavado de dinero. Es hora de que el usuario financiero incluya en sus criterios a parte de su interés económico, la cualidad de la seguridad de la entidad.

El usuario del sector financiero debe entender que la administración del riesgo de lavado tiene una naturaleza diferente a la de los procesos de administración de los riesgos típicamente financieros (créditos, técnicos de los seguros, mercados, liquidez, etc.), pues mientras que los mecanismos para la administración del primero se dirigen a prevenirlo, detectarlo y reportarlo (oportuna y eficazmente), los mecanismos para la administración de los segundos se dirigen a asumirlos íntegra o parcialmente en función del perfil de riesgo de la entidad y la relación rentabilidad / riesgo.

- Se ha incluido en la reglamentación de La Superintendencia acertadamente el concepto de “personas públicamente expuestas”, relacionado con los procedimientos que las entidades deben prever para la vinculación de clientes y de monitoreo de operaciones de personas nacionales o extranjeras que por su perfil o por las funciones que desempeñan pueden exponer en mayor grado a la entidad al riesgo de lavado. Es el caso de personas que por razón de su cargo manejan recursos públicos, detentan algún grado de poder público o gozan de reconocimiento público. Sin embargo, para estas personas la entidad debe desarrollar mecanismos más efectivos, eficientes y oportunos que permitan identificar clientes que responden a tales perfiles, así como procedimientos de control y monitoreo mucho más exigentes respecto de las operaciones que realizan. Se considera que se requiere desarrollo en esta materia.
- Si bien es cierto que las entidades deben contar con una infraestructura tecnológica y con los sistemas necesarios para garantizar la adecuada administración del riesgo de lavado; ésta deben ser acorde con las actividades, productos, operaciones, riesgo y tamaño de la entidad vigilada.

Fue posible evidenciar que un número importante de sanciones tuvieron origen en el incumplimiento por parte de las entidades vigiladas, de esta obligación. En algunos casos los desarrollos tecnológicos no consolidan las operaciones de distintos factores de riesgo y en forma particular a cada uno de los clientes.

Al respecto, se comparte la posición de la entidad de vigilancia en el sentido de resaltar que el factor tecnológico es fundamental para alcanzar una efectiva administración, siendo elemental para el efecto, la consolidación de las operaciones por cliente. Sin embargo debe tenerse en cuenta si la imposición de medidas especiales al respecto, dará lugar a una desventaja competitiva importante, dado sus costos o cargas indebidos y dada la efectividad de las mismas. Nuevamente es necesario encontrar el justo medio o punto de equilibrio dado por la exposición al riesgo de lavado en cada caso.

- Existen casos en los cuales resulta inoperante diligenciar un formulario con antelación a la vinculación de la persona con la entidad, porque es prácticamente indeterminable la persona o porque es inexistente el riesgo de lavado. A pesar de que la norma ha sido modificada y radica en cabeza de las entidades, la responsabilidad de determinar -en función de aspectos tales como el nivel de exposición al riesgo de lavado por el tipo de producto o servicio que se ofrece, el nicho de mercado al que pertenece o el tipo de cliente de que se trate- qué documentos deben solicitar, para así tener un sistema eficiente de control; continúan presentándose situaciones complejas e inoperantes frente al negocio.

Se considera que no le corresponde a la autoridad administrativa determinar qué tipo de documentos son necesarios para la vinculación de un cliente, pues éstos deben solicitarse en cada caso, según la gestión de este riesgo que realice cada entidad financiera, lo cual pone de relieve la importancia que reviste un ejercicio responsable de dicha facultad, al ser ella uno de los pilares en la prevención del **lavado de activos**. La regulación actúa como guía a tener en cuenta cuando se haga la lista de documentos necesarios para el conocimiento del cliente.

- Para algunos negocios específicos como los relacionados con productos de la seguridad social y la ley 100 de 1993, productos de cuantía pequeña y de comercialización masiva, debe estudiarse la obligatoriedad de adoptar todas las disposiciones de las normas sobre **lavado de activos** pues el riesgo de lavado a través de esta clase de negocios es bajo y las exigencias legales pueden llegar a hacer costosa y compleja su comercialización.

4.2.2 Manejo de las cuentas de corresponsalía y cuentas de banca privada. En relación con las cuentas de corresponsalía y de la banca privada, se hace más contundente la necesidad de exigir la verificación de la identidad de toda persona que pretenda abrir una cuenta, mantener registros de la información utilizada para verificar la identidad de una persona, incluyendo su nombre, domicilio y demás información identificatoria; y consultar listados internacionales de lavadores de activos confirmandos o sospechosos, entregados a la entidad financiera por los organismos gubernamentales con el fin de determinar si una persona que pretende abrir una cuenta aparece en dichos listados.

Al respecto se considera necesario que las medidas establecidas por la reglamentación sean más exigentes, al nivel de reglamentaciones internacionales. Se considera que existe poca investigación en cuanto al tema del lavado bajo esta modalidad, lo que hace que no sea muy contundente la reglamentación y el grado de inspección por parte del órgano de control.

Las entidades que mantengan, administren o manejen cuentas de corresponsalías y de la banca privada en beneficio de una persona no nacional colombiana, deben establecer políticas, procedimientos y controles de debida diligencia apropiados, específicos y de ser necesario, más exigentes, razonablemente diseñados a fin de detectar e informar casos de lavado de dinero a través de dichas cuentas.

Las operaciones de esta naturaleza resultan peligrosas por la alta posibilidad de ser empleadas en el lavado de dinero; especialmente cuando se trata de entidades clientes sin presencia física en algún país.

4.2.3 Efectividad en la labor de inspección, vigilancia y control. Ha de tenerse presente que los objetivos de intervención estatal no se garantizan con la sola fijación de criterios técnicos ni con el seguimiento de prácticas internacionales. El ejercicio responsable de la supervisión estatal exige adecuar dichos requerimientos a las particularidades del sistema financiero colombiano; y en términos más generales, de la economía y mercados del país. También impone el deber de evaluar caso por caso.

Las autoridades de supervisión colombianas han seguido muy de cerca los planteamientos del Comité de Basilea, implementando las principales directrices en lo que tiene que ver con el riesgo de lavado. Se ha buscado garantizar el desarrollo de buenas prácticas al interior de la Superintendencia para buscar que las entidades vigiladas desarrollen y utilicen a su vez mejores prácticas y técnicas en la gestión del riesgo de lavado.

Solamente un programa integral contra el lavado de dinero que incluya leyes, reglamentos y otras normas aplicadas eficazmente, contribuirá en la prevención, investigación y el enjuiciamiento de los delitos de lavado de dinero y la identificación, la incautación y el decomiso del producto de dichos delitos.

Se observa que en Colombia, al igual que en la mayoría de países del mundo, el organismo regulador tiene facultades suficientes para formular e implementar normas y procedimientos generales contra el lavado de dinero, llevar a cabo la fiscalización y supervisión adecuadas de las instituciones financieras y, donde sea aplicable, la autoridad necesaria para imponer sanciones administrativas cuando la institución no cumpla con las normas y procedimientos señalados.

Los representantes del Gobierno, las autoridades encargadas de hacer cumplir las leyes, y las instituciones financieras, deben periódicamente estudiar las normas contra el lavado de dinero y evaluar las nuevas tecnologías que puedan ser utilizadas para ello, formulando recomendaciones para la acción.

Deberá generarse un mejor dialogo entre el ente de supervisión y control y las entidades vigiladas; así como una mejor capacitación y competencia del ente supervisor. Lo anterior como desarrollo del Comité de Basilea pues este recomienda mayor transparencia en la relación entre las entidades, el ente de control y los usuarios, buscando mejorar la información suministrada y recoger un mejor perfil de riesgo de clientes y por ende de la entidad. Ello permitirá actuar tempranamente en la detección y mitigación del riesgo de lavado.

Las entidades vigiladas deberán tener presente al momento de entablar sus quejas y críticas contra el organismo de control, que la tendencia mundial es que la contrapartida de la aplicación de sistemas de regulación y supervisión menos inmiscuidos en las decisiones empresariales, es la asunción de un mayor grado o nivel de responsabilidad por parte de los administradores financieros en el desarrollo e implementación de mecanismos de control de riesgos.

Las entidades vigiladas deben entender que los lineamientos en materia de prevención y control del **lavado de activos** establecidos por la Superintendencia deben ser interpretados como instrumentos para favorecer la estabilidad de las entidades financieras y su sostenibilidad. Es necesario entender que la Superintendencia ha buscado un complemento de los criterios técnicos y su gestión está en el mejoramiento de los procesos de supervisión in situ y extra situ.

La Superintendencia ha venido adecuando los mecanismos e indicadores para el análisis de las cifras remitidas por las entidades vigiladas, adelantando procesos de capacitación internos y orientando las prácticas de supervisión hacia la adecuación de los procesos y políticas internas a favor de la administración del riesgo. Sin embargo, la supervisión debe estar en capacidad de evaluar si los procesos de valoración del lavado como riesgos son adecuados en cada entidad, lo anterior en relación con la complejidad y el perfil de riesgo de ésta, si hay esfuerzos para mejorar el proceso, si se han superado las deficiencias existentes, entre otros aspectos.

Se considera fundamental que la Superintendencia corrija y fortalezca en las entidades del sector financiero, conceptos errados hoy en día altamente difundidos, a fin de que las entidades finalmente se ubiquen en el tema del control y la prevención del lavado e activos. Por ejemplo es indispensable que se cree conciencia en que el riesgo de lavado existe aún en las entidades que no manejan efectivo, y aún en las entidades cuyos clientes son otras entidades no vigiladas por la Superintendencia Financiera.

La Superintendencia debe convocar periódicamente semanarios, talleres y reuniones donde se realicen estudios de métodos empleados para lavar activos, que sirvan como foro para que las autoridades competentes y las entidades vigiladas, puedan intercambiar experiencias en la lucha contra delitos de lavado, difundir información al respecto, y discutir nuevas tendencias y técnicas.

Otras instituciones financieras deberían ser registradas, reguladas apropiadamente y estar sujetas a la supervisión o el control a los fines de lucha contra el **lavado de activos**, teniendo en cuenta el riesgo que constituye el **lavado de activos** o el financiamiento del terrorismo en dicho sector. Como mínimo, las entidades que presten el servicio de transferencias de dinero o valor, o de cambio de moneda o divisas, deberían recibir autorización o ser registradas y estar sujetas a sistemas efectivos de vigilancia y garantía del cumplimiento de los requisitos nacionales destinados a combatir el lavado y financiamiento del terrorismo.

La mejor protección que tiene una organización financiera contra las actividades criminales son sus propias políticas y procedimientos concebidos para identificar y luego rechazar transacciones potencialmente ilegales o perjudiciales. Es función de la Superintendencia evaluar la efectividad de los controles y procedimientos de cada organización financiera, y ofrecer direccionamiento sobre las tendencias más recientes en materia de **lavado de activos** y sobre técnicas para identificar transacciones sospechosas o no habituales.

Es necesario fomentar la cooperación entre las instituciones financieras y la Superintendencia. Es necesario una visión integral de la forma de abordar estos fenómenos, lo que implica el fortalecimiento de los espacios de cooperación entre las autoridades competentes, mediante la consolidación de canales operativos por medio de una estrategia que centre su atención no sólo en la represión sino que parta de identificar unos pasos e insumos útiles para la construcción de la cadena de valor en la actuación de las entidades estatales: cultura, prevención, detección, investigación y sanción.

Dado el carácter transnacional de las conductas es imperativo contar con una eficaz cooperación internacional, por lo que es necesario velar y hacer seguimiento permanente al cumplimiento de estándares internacionales y apoyo a las instancias de coordinación o de contacto con organismos, instancias o foros internacionales relativos al lavado y al enriquecimiento y financiación de organizaciones criminales.

Finalmente y como fue manifestado anteriormente, algunos temas continúan siendo débiles para el control del **lavado de activos**, tanto de parte de las entidades de vigilancia y control como de las entidades del sector financiero; por ejemplo los sectores de reportes, el control a los sistemas de giros y divisas, las cuentas corresponsalías; las entidades cuentan con sistemas precarios de consultas de información, estrategias de capacitación y cultura antilavado. A nivel internacional y lógicamente a nivel interno, es altamente preocupante para el tema del **lavado de activos**, la ampliación de los sistemas de pago por Internet para facilitar las transacciones electrónicas, donde existe rapidez y anonimato.

Si Colombia se propone atacar el lavado de dinero necesita continuar perfeccionando una infraestructura legal, financiera y de ejecución de la ley; además la cooperación entre el sector público y privado es esencial, conjuntamente con la interacción con otros países.

4.2.4 Mejores prácticas en materia de prevención y control al lavado de dinero. Dentro de las mejores prácticas en materia prevención y control al lavado de dinero es posible encontrar temas de fundamental importancia, algunos altamente técnicos, otros con una gran relevancia en materia económica pues impactan directamente el costo en las entidades vigiladas, otros definitivamente vinculados y dependientes con la alta gerencia, otros que resultan ser más exigencia de la entidad de vigilancia y control que una consecuente necesidad vinculada directamente al riesgo de la actividad y de unos productos ofrecidos al público.

Lo que es claro en cada una de ellas es la necesidad de evaluar previamente, por parte de la entidad vigilada la relación costo – beneficio, a la vez que la obligatoriedad de su implementación por parte de la entidad de inspección y control.

De manera general, dentro de las mejores prácticas en materia de prevención y control al lavado de dinero se encuentran las siguientes:

- Un buen programa de identificación de clientes
- El mejor entrenamiento a empleados en materia de lavado de activos y los requisitos legales propios de este tema. La capacitación debe ser personalizada de acuerdo al nivel de riesgo manejados en los roles de cada trabajo.
- Utilización al máximo de tecnología. Se requiere un software automatizado para capturar y procesar la información sobre clientes y transacciones.
- La verificación de la información suministrada por los clientes, no necesariamente fundamentarlo en procesos documentales, puede acudirse a control de nombres en listas, cruces de información con facturas de servicios, otras cuentas bancarias, etc.
- Acudir al ente de inspección y vigilancia y demás autoridades, en nuestro caso a la Superintendencia Financiera, a la fiscalía y a la UIAF para solucionar toda clase de dudas de cualquier naturaleza.
- Un excelente conocimiento de los empleados, son fundamentales los métodos de selección, entrenamiento y capacitación.
- Desarrollo de metodologías y seguridades para garantizar la confidencialidad de la información, lo anterior dada la delgada línea entre la información que se conoce sobre el cliente en cumplimiento de las políticas de conocimiento del mismo, y su derecho a la confidencialidad de la información suministrada a la entidad vigilada.
- Implementación de monitoreos de actividades sospechosas de acuerdo a la actividad de la entidad; algunas resultan más complejas como en seguros, valores, tarjetas de crédito, el comercio internacional.

- Estudio permanente del equipo de lavado de activos de la entidad, de los casos representativos; de esta manera los equipos aprenden de procesos reales y se anticipan e identifican posibles deficiencias.
- Una buena regulación para los sistemas de pagos a través de teléfonos celulares, móviles, tarjetas virtuales y en general nuevos productos y sistemas electrónicos de pago. Son sistemas novedosos que se han extendido rápidamente por el mundo; se constituyen en el reto para los sistemas antilavado.
- Las organizaciones deben tener como objetivo en la materia un enfoque basado en el riesgo y extendido a toda la organización. Se debe demostrar una visión generalizada de la organización que integre y evalúe todos los sectores y todas las líneas de negocios.
- Para las organizaciones más pequeñas es necesario diseñar un programa antilavado con controles, buscando que los recursos económicos estén bien distribuidos y buscando que la operación antilavado sea eficiente, pero al mismo tiempo incluyendo en el programa todas las partes que lo componen, monitoreo, reportes, políticas, procedimientos. Si el recurso económico no es suficiente, se requiere inteligencia y organización.
- Capacitación en la correcta elaboración de reportes, entre ellos ROS. Es fundamental determinar cuándo se presentan, e implementar un proceso de reporte de actividades sospechosas eficiente y seguro, con la tranquilidad de la confidencialidad.

Lograr el adecuado nivel de diligencia debida tanto a clientes, cuentas y productos. Específicamente deberá utilizarse este criterio para identificar el beneficiario final de toda transacción. La identificación del nivel de diligencia debida y las áreas o productos de mayor riesgo a los que debe aplicarse, facilitan la protección de las entidades.

5. CONCLUSIONES

Recapitulando, en relación con el orden público económico y la intervención en el sistema financiero, temas tratados en nuestros primeros capítulos, es posible afirmar la coherencia en la generalidad de las disposiciones legales estudiadas, de cara a los artículos 333, 334 y 335 de la Constitución Política. De conformidad con lo anteriores artículos constitucionales, es el Estado quien se encarga de la intervención en los sectores financiero, bursátil, asegurador y cualquier otro relacionado con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público; por ser estos sectores de interés público y de gran importancia en el modelo económico acogido por Colombia.

En Colombia se presenta un intervencionismo estatal en el sistema financiero, desarrollado mediante el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia. Dicha intervención estatal se justifica dado el objetivo de brindar confianza y estabilidad al Sistema Financiero, como características importantes y determinantes para los usuarios e inversionistas.

En relación con el capítulo tercero, referente a la **prevención y el control del lavado de activos**, se concluye que las disposiciones estudiadas expedidas por la Superintendencia Financiera en su generalidad desarrollan el mandato constitucional que establece que la facultad de regular el orden público – institución es propia de la ley. Se observa coherencia e interrelación entre éstas y el desarrollo y aplicación de importantes principios constitucionales como lo son el principio de orden público – institución, intervención estatal en materia económica y específicamente en el sistema financiero, el principio de libertad de empresa y libre iniciativa privada y el principio del bien común.

Los mandatos expuestos en las circulares expedidas por la Superintendencia sobre los contenidos del SIPLA, actual SARLAFT, el suministro de información a la UIAF, los reportes periódicos de información, la obligatoriedad de constituir un comité de auditoría y las funciones asignadas a éste, la adopción de un código de conducta, la designación del oficial de cumplimiento, entre otras, se dirigen a controlar el sector financiero, en desarrollo de principios establecidos en la Constitución Nacional. En esta forma, el control de la economía está en cabeza del Estado y, de acuerdo con la Constitución y sus desarrollos legislativos, a través de las instituciones mencionadas (Superintendencia y la Unidad Especial de Información y Análisis para el Control del **Lavado de Activos** del Ministerio de Hacienda), se hace efectivo dicha función.

Finalmente y resaltando las ideas planteadas en el capítulo final, no puedo olvidarse que en aras de alcanzar tendencias y acatar lineamientos internacionales tanto en materia administrativa como legal, la responsabilidad en mayor medida se encuentra en las entidades vigiladas, pues estas deben acoger todas las recomendaciones de la Superintendencia e implementar

mejores prácticas, con el fin que la función de **prevención del lavado de activos** sea integral y se vea reflejada en procedimientos e instructivos internos, para poder hacer uso de los mecanismos sugeridos en aras a que se dé un ambiente tranquilo en la economía y se preserve el interés general.

Principios como la autogestión, el autocontrol y la autorregulación por parte de las entidades financieras será determinante para la implementación de aquellas mejores prácticas que las llevarán a evitar ser utilizadas como medios para la realización de actividades ilícitas que puedan desestabilizar el sistema financiero y económico del país. Son estos principios los que permitirán controlar su riesgo reputacional y la sostenibilidad del negocio financiero en particular.

En este mismo sentido ha de tenerse presente que los objetivos de intervención estatal no se garantizan con la sola fijación de criterios técnicos ni con el seguimiento de prácticas internacionales. El ejercicio responsable de la supervisión estatal exige adecuar dichos requerimientos a las particularidades del sistema financiero colombiano; y en términos más generales, de la economía y mercados del país. También impone el deber de evaluar caso por caso y en forma concreta la relación costo – beneficio de una específica implementación, de cara al riesgo de la actividad y del producto financiero de cada entidad.

BIBLIOGRAFÍA

BELISARIO VELLEAS, Héctor. Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. 9 ed. Buenos Aires: Astrea, 2005. 940 p.

CABALLERO ARGÁEZ, Carlos y URRUTIA MONTOYA, Miguel. Historia del sector financiero colombiano en el Siglo XX. Ensayos sobre su desarrollo y sus crisis. Bogotá: Norma, 2006. 178 p.

CISNEROS FARIAS, Germán. Metodología jurídica. Quito: Jurídica Cevallos, 2003. 201 p.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA. Sentencia del 18 de agosto de 1989. Bogotá: El Autor, 1989.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA Y SERVICIOS CIVIL. Radicado 1276. Sentencia del cinco de julio de 2000. C. P. Dr. Cesar Hoyos Salazar. Bogotá: El Autor, 2000.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia Exp. 11001-03-27-000-1998-0109-00-8971. Fallo del 5 de Marzo de 1999. C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán. Bogotá: El Autor, 1999.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. SALA PLENAL. Sentencia C- 1161 de 2000. Expediente 2851. Septiembre 6 de 2000. M.P Dr.. Antonio Barrera Carbonell. Bogotá: El Autor, 2000.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-851 de 2005. Expediente D-5618. M.P. Dr. Manuel José Cepéda. Bogotá: El Autor, 2005.

----- . Sentencia C- 560 de 1990. Expediente D-640. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá: El Autor, 1990.

----- . Sentencia C- 740 de 2003. Expediente D-4449. M.P. Dr. Jaime Cordoba Treviño. Bogotá: El Autor, 2003.

----- . Sentencia C- 176 de 1994. Expediente L.A.T. – 021. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: El Autor, 1994.

----- . Sentencia C-326 2000. Expediente L.A.T. – 153. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá: El Autor, 2000.

----- . Sentencia C-288 de 2004. Expediente L.A.T. – 211. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: El Autor, 2004.

----- . Sentencia C- 962 de 2003. Expediente L.A.T. – 234. M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra. Bogotá: El Autor, 2003.

----- . Sentencia C- 619 de 2004. Expediente L.A.T. –262. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá: El Autor, 2004.

----- . Sentencia S.U. – 157 de 1999. Expediente T. – 153.327 Y T.- 152.413 (acumulados). M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: El Autor, 1999.

----- . Sentencia S.U. – 166 de 1999. Expediente T. – 155.055. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: El Autor, 1999.

----- . Sentencia S.U. – 167 de 1999. Expediente T. – 176.083. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Bogotá: El Autor, 1999.

----- . Sentencia T.–493 de 2003. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá: El Autor, 2003.

----- . Sentencia C-021 de 1994. Bogotá: El Autor, 1994.

----- . Sentencia C-074 de 1993. Proceso D-119. M.P. Ciro Angarita Baron. 25 de febrero de 1993. Bogotá: El Autor, 1993.

----- . Sentencia C-083 de 1999. Expediente D.- 2144. M.S. Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá: El Autor, 1999.

----- . Sentencia C-1062/03. Expediente D- 4647. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Noviembre 11 de 2003. Bogotá: El Autor, 2003.

----- . Sentencia C-1191 de 2000. Bogotá: El Autor, 2000.

----- . Sentencia C-122 del 1º de marzo de 1999. Expediente R.E. – 103. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Bogotá: El Autor, 1999.

----- . Sentencia C-126 de 2003. Bogotá: El Autor, 2003.

----- . Sentencia C-179 de 1994. Bogotá: El Autor, 1994.

----- . Sentencia C-397 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. 7 de Septiembre de 1995. Bogotá: El Autor, 1995.

----- . Sentencia C-487 de 1992. Bogotá: El Autor, 1992.

------. Sentencia C-560 de 1994. Expediente D-640. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. 6 de Diciembre de 1994. Bogotá: El Autor, 1994.

------. Sentencia C-713 de 1998. Bogotá: El Autor, 1998.

------. Sentencia C-860 de 2006. Expediente D-6235. Octubre 8 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: El Autor, 2006.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso 25219 de enero de 2007. Bogotá: El Autor, 2007.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Proceso 23881 de febrero de 2008. Bogotá: El Autor, 2008.

COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Concepto 3685. Expediente D-5381- Concepto del 22 de Octubre de 2004. M.S. Dr. Jaime Cordoba Triviño

DECRETO 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero Colombiano.

COLOMBIA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 950 de 1995. Bogotá: El autor, 1995.

------. Decreto 1552 de 1995. Bogotá: El autor, 1995.

------. Decreto 1368 de 1998. Bogotá: El autor, 1998.

------. Decreto 1964 de 1998. Bogotá: El autor, 1998.

------. Decreto 1957 de 2001. Bogotá: El autor, 2001.

------. Decreto 1497 de 2002. Bogotá: El autor, 2002.

------. Decreto 1975 de 2002. Bogotá: El autor, 2002.

------. Decreto 129 de 2004. Bogotá: El autor, 2004.

------. Decreto 3420 de 2004. Bogotá: El autor, 2004.

------. Decreto 1400 de 2005. Bogotá: El autor, 2005.

------. Decreto 4327 de 2005. Bogotá: El autor, 1995.

DE LA FUENTE, Horacio H. Orden Público. Figuras Afines. Clases. Efectos Jurídicos. Impretividad de las Normas y renuncia de Derechos. Aplicación de Oficio de las Leyes de orden Público. Sanciones por Violación. Nulidades. Buenos Aires: ASTREA de Alfredo y Ricardo Desalma, 2003. 155 p.

ECO, Humberto. Como se hace una tesis. Técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura. 8 ed. Barcelona: Gedisa, 1991. 267 p. (Colección Libertad y Cambio. Serie Práctica)

HOYOS BOTERO, Consuelo. Un modelo para investigación documental. Guía teórico- práctica sobre construcción de estados del arte con importantes reflexiones sobre la investigación. Medellín: Señal Editora, 2000. 119 p.

BOGOTÁ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 190 de 1995. Bogotá: El autor, 1995.

-----. Ley 365 de 1997. Bogotá: El autor, 1997.

-----. Ley 454 de 1998. Bogotá: El autor, 1998.

-----. Ley 526 de 1999. Bogotá: El autor, 1999.

-----. Ley 793 de 2002. Bogotá: El autor, 2002.

-----. Ley 795 de 2003. Bogotá: El autor, 2003.

-----. Ley 970 de 2005. Bogotá: El autor, 2005.

-----. Ley 964 de 2005. Bogotá: El autor, 2005.

-----. Ley 1121 de 2006. Bogotá: El autor, 2006.

LOPEZ GARAVITO, Luis Fernando y LOPEZ ANGARITA, David Fernando. Estrategias de la regulación financiera. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004. 238 p.

MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto. Cátedra de derecho bancario colombiano. 2 ed. Bogotá: Legis, 2004. 774 p.

OBSERVATORIO DE POLÍTICAS, EJECUCIÓN Y RESULTADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (OPERA). La Constitución de 1991. Bogotá: Centro de Investigación y Proyectos Especiales (CIPE); Universidad Externado de Colombia, 2001. 345 p.

PARRA – PEÑA, Isidro. Del neoliberalismo a la posmodernidad. Bogotá: Academia Colombiana de Ciencias Económicas, 1996. 107 p.

SIERRA BRAVO, Restituto. Tesis contorales y trabajos de investigación científica. Metodología general de su elaboración y documentación. 4 ed. Madrid: Paraninfo, 1996. 497p.

BOGOTÁ. SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA. Circular externa 009 de 1998. Bogotá: El autor, 1998.

----- Circular externa 052 de 1998. Bogotá: El autor, 1998.

----- Resolución número 28 de enero 15 de 1997. Bogotá: El autor, 1997.

----- Resolución número 29 de enero 15 de 1997. Bogotá: El autor, 1997.

----- Resolución número 068 de enero 28 de 1997. Bogotá: El autor, 1997.

----- Resolución número 0346 de abril 10 de 1997. Bogotá: El autor, 1997.

----- Resolución número 0564 de junio 10 de 1997. Bogotá: El autor, 1997.

----- Resolución número 0192 de febrero 19 de 1998. Bogotá: El autor, 1998.

----- Resolución número 2271 de noviembre 4 de 1998. Bogotá: El autor, 1998.

----- Resolución número 042 de enero 15 de 1999. Bogotá: El autor, 1999.

----- Resolución número 0170 de febrero 12 de 1999. Bogotá: El autor, 1999.

----- Resolución número 1018 de julio 2 de 1999. Bogotá: El autor, 1999.

----- Resolución número 1600 de octubre 20 de 1999. Bogotá: El autor, 1999.

----- Resolución número 0150 de enero 26 de 2000. Bogotá: El autor, 2000.

----- Resolución número 1034 de junio 30 de 2000. Bogotá: El autor, 2000.

----- Resolución número 1035 de junio 30 de 2000. Bogotá: El autor, 2000.

----- Resolución número 1399 de septiembre 8 de 2000. Bogotá: El autor, 2000.

----- Resolución número 1562 de octubre 12 de 2000. Bogotá: El autor, 2000.

----- Resolución número 1409 de diciembre 11 de 2001. Bogotá: El autor, 2001.

----- Resolución número 0270 de marzo 5 de 2002. Bogotá: El autor, 2002.

----- Resolución número 0346 de marzo 21 de 2002. Bogotá: El autor, 2002.

----- Resolución número 0955 de agosto 27 de 2002. Bogotá: El autor, 2002.

----- Resolución número 1347 de noviembre 22 de 2002. Bogotá: El autor, 2002.

- Circular externa 046 de 2002. Bogotá: El autor, 2002.
- Circular externa 034 de 2004. Bogotá: El autor, 2004.
- Resolución número 1134 de agosto 8 de 2005. Bogotá: El autor, 2005.
- Resolución número 1221 de agosto 25 de 2005. Bogotá: El autor, 2005.
- Resolución número 038 de diciembre 7 de 2005. Bogotá: El autor, 2005.
- Resolución número 0184 de diciembre 21 de 2005. Bogotá: El autor, 2005.
- Circular externa 022 de 2007. Bogotá: El autor, 2007. Bogotá: El autor, 2007.
- Circular externa 061 de 2007. Bogotá: El autor, 2007. Bogotá: El autor, 2007.
- Circular externa 062 de 2007. Bogotá: El autor, 2007. Bogotá: El autor, 2007.
- Circular externa 026 de 2008. Bogotá: El autor, 2008.
- Circular externa 060 de 2008. Bogotá: El autor, 2008.
- Circular externa 094 de 2008. Bogotá: El autor, 2008.
- Circular externa 003 de 2009. Bogotá: El autor, 2009.
- Resolución número 0279 de abril 7 de 2004.