

868

Temas de derecho financiero contemporáneo

Sergio Rodríguez Azuero
Erick Rincón Cárdenas
Juan Jacobo Calderón Villegas
– *Editores* –

CONTENIDO

Presentación	27
Reflexiones sobre el libro y la evolución de los contratos bancarios ..	29
1. La tecnología de punta y los cambios registrados en la contratación bancaria	31
2. La globalización	46
Bibliografía	49
Aspectos generales, regulación, supervisión y protección en la actividad financiera	
La visión del sector financiero en 25 años	52
Sumario	52
1. Principales tendencias de la organización bancaria en los próximos años	53
1.1 Globalización financiera	53
1.2 Banca universal	54
1.3 Consolidación	55
1.4 Outsourcing	57
2. Perspectivas de atención a los principales segmentos bancarios	58
2.1 Pymes	58
2.2 Microfinanzas	60
2.3 Segmento de consumo	60
3. Las principales tendencias de la regulación	61
4. Las nuevas tendencias de los servicios financieros	64
4.1 Los desafíos de la banca del futuro	65
4.2 El comienzo de la banca del futuro	66

4.2.1	Cajeros automáticos (ATM)	66
4.2.2	Punto de venta (POS) o datafonos	66
4.2.3	Cheques	67
4.2.4	Tarjetas	67
4.2.5	Audiorrespuesta	68
4.2.6	Sistema ACH: sistema de compensación automatizada de pagos	69
4.2.7	Evolución de la banca por internet	69
	Bibliografía	71
El tratamiento constitucional de la actividad financiera		73
	Sumario	73
1.	La regulación constitucional	73
2.	Autoridades que la Constitución Política prevé para el ejercicio de las competencias públicas en materia financiera	81
3.	Funciones públicas en materia financiera	82
3.1	La función de regulación de las actividades financieras	82
3.2	Las funciones de inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen las actividades financieras	90
3.3	La función de autorización para realizar actividades financieras	92
3.4	La función de intervención del gobierno en actividades financieras	93
	Bibliografía	97
Curso de moneda y banca		99
	Sumario	99
1.	La década de los ochenta	99
1.1	Política monetaria y cambiaria	101
1.2	Crisis del sector financiero	103

2. La década de los noventa	104
2.1 Las operaciones de redescuento de créditos de fomento: un cambio sustancial	104
2.2 La Constitución Política y el Banco de la República	106
2.3 Internacionalización de la economía	107
3. Innovaciones monetarias y cambiarias de los últimos años ..	109
3.1 Operaciones del mercado monetario	110
3.2 Liquidez y tasas de interés	110
4. Una mirada al futuro	112
4.1 Profundización financiera y crecimiento económico	113
4.2 Propuestas para alcanzar metas explícitas de inflación.	114
4.3 Un viraje en el mercado cambiario	116
Bibliografía	117
Banca central	119
Sumario	119
1. La banca central en el período 1980-2005	119
1.1 Del banco central al banco central autónomo, 1980-1991	120
1.2 La banca central autónoma, 1991-2006	121
2. Eventuales proyecciones para el período 2005-2030	123
2.1 La moneda	124
2.1.1 Dolarización	125
2.1.2 ¿Una moneda supranacional?	126
2.2 Futuro del banco central independiente	126
3. Conclusión	129
Bibliografía	129
Regimen sancionatorio de la Superintendencia Bancaria	130
El Principio de Legalidad	134
Delegación	134
Normas cuya infracción puede sancionar la Superintendencia Bancaria	135

Culpabilidad o responsabilidad	136
<i>Non bis in ídem</i>	137
Regulación bancaria y competencia en el derecho inglés	148
Sumario	148
1. El efecto de la regulación en la competencia	150
1.1 Sobre la regulación bancaria	150
1.2 Modificación de la estructura de mercado	152
1.3. Imposición de costos	155
1.4 Modificación de la conducta de los bancos, de los usuarios y del regulador	157
1.5 Limitación directa de la competencia	159
2. Mecanismos de solución del conflicto entre regulación y competencia	161
2.1 La competencia de la estructura regulatoria	161
2.2 Mecanismos de control de la FSA	166
2.3 Revisión judicial	171
2.4 Control político	178
3. Conclusiones	181
Bibliografía	184
Una aproximación a la protección del inversor en el mercado de valores	190
Sumario	190
1. Noción de inversor	191
2. Distinción de la noción de cliente	192
3. La protección del inversor a través de la información	196
4. Normas de conducta	201
5. Normas de conducta y protección del consumidor	203
6. Comentario final	205
Bibliografía	207

Acciones populares y de grupo	209
Sumario	209
1. Los derechos colectivos	209
2. El derecho colombiano	213
3. Derecho comparado	216
4. Código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica	218
5. Conclusiones	221
Bibliografía	223

Actividades financieras

Actividad Bancaria

El régimen societario y de gobierno corporativo

de las entidades financieras	225
Sumario	225
1. Requisitos de entrada al sector	228
2. Procesos de reorganización	236
3. Gobierno corporativo	239
3.1 Derechos de los accionistas	240
3.2 Tratamiento equitativo de los accionistas	240
3.3 Responsabilidad de la compañía con sus grupos de interés	241
3.4 Transparencia de la información	241
3.5 Organización y funcionamiento de las juntas directivas	241
4. Conclusiones y perspectivas	242

La responsabilidad del administrador bancario por el deber

de velar por el cumplimiento de la Ley y los estatutos	245
Sumario	245
1. Aspectos generales	246
1.1 La diligencia del buen hombre de negocios	246
1.2 La denominada responsabilidad profesional	248
2. Del deber de velar por el cumplimiento de la Ley y los estatutos	250

2.1	Las obligaciones de medios y las de resultado	250
2.2	El alcance del deber de velar	253
3.	De la responsabilidad del administrador bancario	255
3.1	Responsabilidad civil	256
3.2	Responsabilidad administrativa	257
3.2.1	Límites a la responsabilidad disciplinaria	257
3.2.2	La jurisprudencia de la Corte Constitucional	258
3.2.3	La actuación de las entidades de inspección y la jurisprudencia administrativa	262
4.	El llamado riesgo de cumplimiento: el Comité de Basilea	268
5.	Conclusiones	270
	Bibliografía	272
	El crédito de vivienda a partir de los años noventa	275
	Sumario	275
1.	Antecedentes	275
2.	La crisis	276
3.	La emergencia económica	277
4.	El Consejo de Estado fue el primero en pronunciarse sobre el tema de la UPAC	278
4.1	La Corte Constitucional	280
4.2	La caída de la UPAC	282
5.	La capitalización de intereses en los créditos de vivienda es inconstitucional	283
6.	El giro conceptual en cuanto al derecho a la vivienda digna	286
7.	Los nuevos actores	288
8.	Perspectivas	288
	Garantías	290
	Bibliografía	314

Análisis jurídico de la negociación de servicios financieros frente al TLC	316
Sumario	316
1. Algunas consideraciones preliminares	316
2. Los aspectos más críticos en la negociación de servicios financieros en los tratados de libre comercio	317
2.1 El trato especial y diferenciado	318
2.2 Gradualidad en la liberalización	318
2.3 Presencia comercial	319
2.4 Medidas prudenciales	319
2.5 Servicios financieros nuevos	320
2.6 Transparencia	320
3. El antecedente: TLC Chile-Estados Unidos	320
4. La necesidad de mejorar el entorno competitivo	322
5. Estructura del sector financiero colombiano	324
6. Aplicación del Nuevo Acuerdo de Capitales de Basilea	324
7. Aspectos puntuales en la negociación de servicios financieros en el TLC	327
7.1 Comercio transfronterizo	327
7.2 Protección constitucional al <i>habeas data</i>	328
7.3 Definición de instrumento financiero	328
7.4 Presencia comercial	328
7.5 Seguridad social	330
Bibliografía	330
Servicios financieros electrónicos: aproximación preliminar	331
Sumario	331
Nota introductoria	331
1. Particularidades de los servicios financieros electrónicos	336
2. Los riesgos en la banca electrónica	341
2.1 Riesgos de mercado	341
2.1.1 Permanencia del cliente	341

2.1.2	Depósitos	341
2.1.3	Nuevos competidores	342
2.1.4	Riesgo de tasa de interés	342
2.1.5	Riesgo de tasa de cambio	342
2.2	Riesgo de crédito	342
2.3	Riesgo operacional	343
2.3.1	Relación con los proveedores de tecnología	343
2.3.2	Organización interna	343
2.3.3	Confidencialidad de las bases de datos	344
2.3.4	Autenticación	344
2.3.5	Integridad de la información	344
2.3.6	Planes de contingencia adecuados	345
2.4	Riesgo operativo y recomendaciones para Colombia	345
3.	El dinero electrónico	347
3.1	Dinero plástico	350
3.2	Cheque electrónico	353
3.3	Dinero digital	353
3.4	Los cajeros automáticos	353
4.	Otros servicios financieros por medios electrónicos	355
4.1	Depósito centralizado de valores	355
4.2	Servicio de cuentas de depósito (CUD)	355
4.3	Servicio electrónico de negociación	357
4.4	Compensación electrónica de cheques (Cedec)	358
5.	Conclusiones	359
	Bibliografía	359
	Páginas en Internet	362

Actividades financieras

Actividad Bursátil

El mercado público de valores como herramienta de integración	365
Sumario	365
1. Principios generales	367

2. Experiencia en Estados Unidos y la Unión Europea	372
2.1 Experiencias en la Unión Europea	373
2.2 Experiencia de Estados Unidos	375
3. Integración en la Comunidad Andina de Naciones	377
3.1 Hacia un mercado común andino	377
3.2. Situación actual de integración del mercado de capitales en la CAN	379
4. Colombia y el Tratado de Libre Comercio (TLC)	384
5. El mercado público de valores bajo el contexto del TLC	385
6. Conclusiones	388
Bibliografía	389

Algunos aspectos del régimen sancionatorio en la nueva ley

del mercado de valores	390
Sumario	390
1. Convergencia en el alcance de las diferentes funciones de la Superintendencia de Valores	393
2. Integración en un cuerpo normativo	395
3. Tipicidad de las infracciones	397
4. Tipicidad de las sanciones	401
5. Principios y criterios para la graduación de las sanciones	403
6. Caducidad del registro de las sanciones	405
7. La reserva de la actuación y el buen nombre de los investigados	406
8. Medidas cautelares y medidas preventivas	406
9. Caducidad de la potestad sancionatoria	407
10. Procedimiento administrativo sancionatorio	411
11. Conclusión	413
Bibliografía	414

El mercado público de valores en la Comunidad Europea	418
Sumario	418

1. La Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores	420
2. La Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros	424
3. La Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las ofertas públicas de adquisición	431
4. Conclusiones	435
Bibliografía	435
Derecho penal y mercado público de valores	436
Sumario	436
1. Primer estudio. El derecho penal económico	436
1.1 El orden económico como bien jurídico protegido	439
1.2 Problemas en el ámbito de la conducta	441
1.3 Problemas en el ámbito de la tipicidad	443
1.4 La participación criminal	446
1.4.1 La responsabilidad del empresario por los hechos del subordinado	447
1.4.2 La responsabilidad penal de las personas jurídicas	448
1.4.2.1 Incapacidad de acción	450
1.4.2.2 Incapacidad de pena	451
1.4.2.3 Incapacidad de culpabilidad	452
1.4.2.4 Incapacidad para ser procesadas	454
1.5 Los delitos económicos como delitos de peligro	456
1.6 La infracción administrativa y el problema del <i>ne bis in idem</i>	457
1.7 Conclusiones	458

2. Segundo estudio. Los delitos en el mercado público de valores	458
2.1 Utilización indebida de fondos captados del público	459
2.2 Manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores	464
2.3 Utilización indebida de información privilegiada	467
3. Tercer estudio. Algunas cuestiones sobre el delito de lavado de activos en Colombia	469
3.1 Definición	469
3.2 El proceso y algunos métodos comunes de lavado de activos	472
3.3 Bien jurídico	475
3.4 El problema del delito previo: su tratamiento en Colombia	476
3.4.1 La sentencia C-127 del 30 de marzo de 1993 de la Corte Constitucional	477
3.4.2 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 12 de junio de 1996	478
3.4.3 La sentencia C-319 del 18 de julio de 1996	479
3.4.4 La sentencia SU-1300 de 2001	483
3.5 Evolución legislativa del lavado de activos en Colombia	485
Bibliografía	502

El alcance del concepto de información privilegiada en Colombia: una aproximación a partir de la regulación del mercado público

de valores	505
Sumario	505
1. La información en el mercado público de valores	508
2. La información privilegiada en el mercado público de valores	511
2.1 El concepto de información privilegiada en Colombia y algunas referencias importantes al ordenamiento comunitario europeo	511

2.1.1	La información privilegiada como aquella información sometida a reserva	513
2.1.2	La información privilegiada como aquella información que no ha sido puesta a disposición del público no obstante que existe el deber jurídico de hacerlo	515
2.1.2.1	Breve referencia al suministro de información y a la solicitud de reserva en el ordenamiento jurídico colombiano	518
2.1.2.2	Breve referencia al suministro de información y a la solicitud de reserva en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea	520
2.1.3	La Información privilegiada como aquella información de carácter concreto que no ha sido dada a conocer del público y que de haberlo sido la habría tenido en cuenta a un inversionista medianamente diligente y prudente al negociar los respectivos valores	524
2.1.3.1	La exigencia de concreción de la información	525
2.1.3.2	La exigencia consistente en que la información no haya sido dada al público	528
2.1.3.3	La exigencia consistente en que la información, de haberse conocido, hubiera sido considerada por un inversionista medianamente diligente y prudente al negociar los respectivos valores	530

2.1.4	Una conclusión acerca de los vínculos conceptuales existentes entre las definiciones de información privilegiada del sistema jurídico colombiano y del ordenamiento comunitario europeo	534
2.2	Función jurídica del concepto de información privilegiada en el ordenamiento jurídico colombiano	534
2.2.1	Prohibición general jurídico-administrativa	535
2.2.2	Prohibición jurídico-penal	538
3.	Conclusiones	539
	Bibliografía	541
	Mercado público de valores: pasado, presente y futuro	542
	Sumario	542
1.	Antecedentes de la Ley 32 de 1979	543
2.	Comportamiento del mercado de valores en la década de los ochenta	544
3.	Comportamiento del mercado de valores en la década de los noventa	548
4.	Balance de dos décadas y desempeño actual del mercado de valores	555
5.	La nueva ley del mercado de valores	560
5.1	Primer grupo: temas que representan un avance para el mercado	562
5.2	Segundo grupo: aspectos que pueden ser impulsores del mercado, pero que presentan riesgos	563
5.2.1	Gobierno corporativo	564
5.2.2	Autorregulación	567
5.3	Tercer grupo: aspectos que tienen más riesgos que beneficios para el mercado	568
	Bibliografía	570

El depósito de valores en Alemania y el Clearstream Banking AG	572
Sumario	572
1. Clases de depósito de valores	573
1.1 Depósito separado (artículo 2 de la DepotG)	573
1.2 Depósito irregular (artículo 15 de la DepotG)	574
1.3 Depósito genérico (artículo 10 de la DepotG)	575
1.4 Depósito colectivo (artículo 2 y párrafo primero del artículo 5 de la DepotG)	575
1.4.1 Derecho de copropiedad	576
1.4.2 Derecho de devolución	578
1.4.3 Fungibilidad	578
1.4.4 Sistema compensatorio o de liquidación de operaciones sobre títulos valores	579
2. Títulos valores objeto depósito	579
2.1 Títulos valores	580
2.2 Títulos valores inmaterializados (valores contables)	581
2.3 Certificado global	581
2.4 Otros títulos valores	581
3. Relaciones contractuales desde el punto de vista alemán	582
3.1 Contrato de depósito de títulos valores	582
3.1.1 Concepto	582
3.1.2 Partes en el contrato de depósito de títulos valores	583
3.1.2.1 El instituto de crédito	583
3.1.2.2 Los clientes del instituto de crédito	583
3.1.3 Obligaciones de las partes	585
3.1.3.1 Del instituto de crédito	585
3.1.3.2 Del cliente del instituto de crédito	585
3.1.4 Responsabilidad	586
3.1.5 Terminación del contrato de depósito	586
4. Fundamentos legales de la relación jurídica establecida entre el instituto de crédito y el Clearstream Banking AG	587
4.1 Depósito por terceros	587

4.1.1	Fundamento legal del depósito por terceros	587
4.1.2	Excepción a la presunción	588
5.	El Clearstream Banking AG	588
5.1	Algunas de las funciones del CBF	590
5.1.1	Liquidación de operaciones	590
5.1.2	Custodia de los títulos valores	590
5.1.3	Administración de los títulos valores	591
5.1.4	Aviso al cliente acerca del ejercicio de los derechos sociales	591
5.1.5	Ejercicio de derechos frente a terceros	591
5.1.6	Expedición de certificaciones	591
5.1.7	Ejecución de las órdenes e instrucciones de los clientes	592
5.1.8	Llevar contabilidad del depósito	592
5.2	Depósito en el exterior	592
	Bibliografía	595

El régimen jurídico del mercado público de valores: de la Ley 32 de 1979 a la Ley 964 de 2005	596
--	-----

Actividades financieras

Actividad Fiduciaria

La fiducia mercantil	609
Sumario	609
1. La consagración de la fiducia mercantil	610
2. Las nacieses sociedades fiduciarias	611
3. El nacimiento de la Asociación de Fiduciarias y sus principales logros	612
3.1 Escritura pública en fideicomisos que versan sobre bienes muebles	613
3.2 Aprobación previa de todos los modelos de contratos de fiducia	614
3.3 Posibilidad de delegación en especialistas	615

3.4	Fijación de tarifas fiduciarias	615
3.5	El depósito en garantía	615
3.6	Utilización de redes de oficinas	616
3.7	Alcance del artículo 1238 del Código de Comercio	616
4.	El papel de la Superintendencia Bancaria	617
5.	Los laudos arbitrales	618
6.	Los productos	618
6.1	El fideicomiso de inversión	619
6.2	El fideicomiso de administración	623
6.3	El fideicomiso en garantía	623
6.4	El fideicomiso inmobiliario	625
6.5	La fiducia pública	626
7.	La fiducia en cifras	627
8.	El futuro de la fiducia en Colombia	629

Anotaciones para el mejoramiento del régimen de carteras

	colectivas de inversión en Colombia	631
	Sumario	631
1.	Noción, clasificación y evolución de las carteras colectivas de inversión y sus administradores	632
2.	Nueva reglamentación de las carteras de inversión colectiva y principios internacionales en la materia	640
3.	Aspectos que deben ser considerados en la elaboración y evaluación de un nuevo régimen de carteras colectivas de inversión en Colombia	643
3.1	Racionalización de las clases de entidades administradoras y estructuras de los fondos	643
3.2	Autorización para la creación de carteras colectivas de inversión	646
3.3	Segregación de las funciones relacionadas con la creación y operación de las carteras colectivas de inversión	647

3.3.1	Diseño y estructuración de fondos	649
3.3.2	Mercadeo, distribución y venta de carteras colectivas	649
3.3.3	Custodia de los activos de las carteras colectivas de inversión	650
3.3.4	Toma de decisiones de inversión, y ejecución de operaciones	654
3.4	Profesionalización y deberes de conducta de los administradores	656
3.5	Contratos, reglamentos, prospectos y garantías	659
3.6	Transparencia	662
3.7	Supervisión por riesgos, manejo de riesgos y control interno	663
3.8	Conflictos de interés, manipulaciones y abusos cometidos a través de las carteras colectivas de inversión	665
3.8.1	Explotación de la posición de principal en transacciones con un fondo	666
3.8.2	Financiamiento de 'amigos'	667
3.8.3	Front running	667
3.8.4	Scalping	668
3.8.5	Rat trading	668
3.8.6	Rarity value	668
3.8.7	Dustbin	669
3.8.8	Suscripción de la cola de una emisión (<i>tail end underwriting</i>)	669
3.8.9	Rotación excesiva (<i>churning</i>)	669
3.8.10	Apoyo en una adquisición en la que tiene interés un afiliado del operador	670
3.8.11	Almacenaje de activos (<i>warehousing</i>)	670
3.8.12	Utilización de los activos del fondo para apoyar un precio	670
3.8.13	Valoración manipulada	671

3.8.14 Acuerdos de reciprocidad con intermediarios de valores	671
3.9 Fusión y cesión de carteras colectivas de inversión	673
3.10 Liquidación de carteras colectivas de inversión	673
3.11 Adecuaciones normativas asociadas con la celebración del TLC con Estados Unidos	675
Bibliografía	677

Actividades financieras
Actividad Aseguradora

Los seguros hace 25 años y cómo se visualizan en los próximos 25 ..	680
Sumario	680
1. Disposiciones hasta 1980	680
2. Cinco lustros atrás	682
3. Los seguros en el 2005	683
4. Qué se visualiza en la actividad en los próximos 25 años	686
El futuro del derecho de seguros en Colombia	695
Sumario	695
1. Antecedentes de la apertura comercial del sector financiero en Colombia	696
2. Antecedentes del derecho de los seguros	698
2.1 Ley 35 de 1993.....	698
2.2 Ley 100 de 1993	699
2.3 Ley 389 de 1997	701
2.4 Ley 510 de 1999	702
2.5 Ley 795 de 2003	702
3. Los procesos de integración comercial y los seguros en Colombia	704
4. El futuro	705
5. Otros horizontes	707
6. Conclusiones	709
Bibliografía	709

Reflexiones acerca del carácter internacional del derecho privado de seguros	710
Sumario	710
1. Consideraciones previas	710
2. Consideraciones generales relativas a la determinación de ley y jurisdicción aplicable	712
Bibliografía	739

Líneas generales de la responsabilidad civil y del seguro de los auditores de cuentas	740
Sumario	740
1. Relatividad del informe de la auditoría	742
2. Enunciación de los principios de la responsabilidad civil de los auditores en nuestro ordenamiento	745
2.1 Presupuestos de la responsabilidad	746
2.2 Caracteres de la responsabilidad	749
2.3 Legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad	751
3. El seguro de responsabilidad civil	752
3.1 Contratación del seguro	754
3.2 Delimitación del riesgo	754
3.3 Delimitación temporal del riesgo y duración del contrato	756
3.4 Delimitación territorial	758
3.5 Suma asegurada	758
Bibliografía	759

Actividades financieras

Actividad Previsional

Administración privada de los sistemas obligatorios de ahorro provisional	763
Sumario	763
1. Antecedentes del sistema pensional colombiano	764

2. Las AFP y el régimen de ahorro individual	767
2.1 Origen de las AFP	767
2.2 El régimen de ahorro individual con solidaridad	768
2.2.1 Régimen de inversiones de los fondos	772
2.2.2 Planes alternativos de capitalización y de pensiones	773
3. El futuro	773
3.1 Los multifondos, un paso necesario	775
3.2 Hacia una regulación por incentivos	778
3.3 Gobierno corporativo y riesgo reputacional	780