

The logo for the Colegio de Abogados Comerciantes (CAC) features the letters 'CAC' in a large, stylized, serif font. The letters are white with a red outline and are set against a dark red background.**CONTENIDO/**

1. EDITORIAL 2. ACTIVIDADES DEL COLEGIO EN EL PRÓXIMO MES 3. MIEMBROS DE LA JUTA DIRECTIVA 4. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA COMERCIAL 5. NOTICIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA 6. CONCEPTO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES 7. NOTA LEGISLATIVA

The logo for the Colegio de Abogados Comerciantes (CAC) features three vertical red bars of varying heights, followed by the text 'COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS' in a serif font.

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Se invita a todos los asociados a visitar
nuestra página web www.abogcom.org.co

1. EDITORIAL

Teniendo en consideración la amplia difusión que los medios de comunicación han dispensado a este fallo judicial, no siempre con el debido rigor que un asunto tan sofisticado demanda; así como las consideraciones que explican el sentido del pronunciamiento, aptas para mantener encendido el debate en torno al ejercicio de las competencias de intervención oficial en el mercado financiero, pieza principal de este número de nuestro boletín es un resumen de los hechos relevantes y del fallo del primero de noviembre del año que termina, de la Sección Cuarta (4^a) de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, proferido en proceso contencioso administrativo entablado por COMPTO S.A. y otros contra el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS (FOGAFÍN) y la SUPERINTENDENCIA BANCARIA.

Nuestros colegiados que deseen el texto íntegro de esta pieza jurisprudencial pueden solicitar su remisión por correo electrónico a la Sra. Liliana Aya.

Avanza en el desempeño de las labores que le fueron asignadas el comité que en el seno de la Junta Directiva de nuestra institución se integró para la organización del Congreso de Derecho Comercial que esperamos realizar el próximo año. Pensamos que en las siguientes semanas se concretarán los contenidos académicos del evento, al igual que el cuadro de los expositores, tanto nacionales como extranjeros.

En el próximo número de este boletín informaremos en relación con la integridad de las tertulias que desde ahora se están programando para su realización durante el primer trimestre del venidero año.

Edgar Ramírez Baquero
Presidente



2. MIEMBROS JUNTA DIRECTIVA Y DIRECTIVOS DEL BOLETÍN JUNTA DIRECTIVA COLEGIO DE ABOGADOS COMERCIALISTAS

2.1. JUNTA DIRECTIVA

Edgar Ramírez Baquero	Presidente
Tulio Cárdenas	Vicepresidente
Carlos Eduardo Manrique	Vocal 1 Principal
Alejandro Páez Medina	Vocal 2 Principal
Sara Maria Pérez	Vocal 3 Principal
Gustavo Cuberos Gómez	Vocal 4 Principal
Ramiro Cruz Vergara	Vocal 1 Suplente
Ulises Canosa Suárez	Vocal 2 Suplente
Luz Helena Mejía	Vocal 3 Suplente
Oscar Vela Renteria	Vocal 4 Suplente

2.2. MIEMBROS EXPRESIDENTES

Guillermo Sarmiento	Principal
Carlos Jaimes Yañez	Suplente

2.3 COMISARIO DE CUENTAS

Cesar Rodríguez Martínez	Principal
José Alberto Gaitán	Suplente

The logo for the Colegio de Abogados Comercialistas (CAC) features the letters 'CAC' in a large, stylized, serif font. The letters are white with a red outline and are set against a dark red background. Below the letters are three vertical red bars of varying heights.

CONTENIDO/

3. ACTIVIDADES DEL MES

The logo for the Colegio de Abogados Comercialistas (CAC) features the letters 'CAC' in a large, stylized, serif font. The letters are white with a red outline and are set against a dark red background. Below the letters are three vertical red bars of varying heights.

COLEGIO DE
ABOGADOS
COMERCIALISTAS

Se invita a todos los asociados a visitar
nuestra página web www.abogcom.org.co

3. ACTIVIDADES DEL COLEGIO EN EL PRÓXIMO MES

ACTIVIDADES PROGRAMADAS

Tertulias:

1. Diciembre 4 : Tema : Reglas de la Jurisdicción pertinentes a la aplicación de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercadería en la corte de los Estados Unidos, conferencista Dr. José Alejandro Abusaid.
2. Enero 22 de 2008: Derecho Marítimo en el siglo XXI, conferencista Dr. Guillermo Sarmiento.
3. Febrero 12 de 2008: Aplicación e Interpretación de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

4. RESEÑA DE JURISPRUDENCIA COMERCIAL**Consejo de Estado****Sentencia del 1 de Noviembre de 2007**

Radicación 15728

Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa.

Resuelve el recurso de apelación interpuesto por COMPTO S.A y otros en contra de la Sentencia de 27 de Julio de 2005 que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos que ordenaron la capitalización y reducción nominal del capital social de la Corporación Granacolombiana de Ahorro y Vivienda GRANAHORRAR, expedidos, respectivamente, por la SUPERINTENDENCIA BANCARIA y el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS (FOGAFÍN).

Durante el segundo semestre de 1998 GRANAHORRAR suscribió un acuerdo de apoyo de liquidez con el Banco de la República cuyos términos iniciales (2 de junio de 1998) fueron modificados y terminaron siendo los siguientes: Se realizó un préstamo de apoyo de liquidez por \$300.000 millones de pesos a cambio de los cuales el Banco de la República recibió, “*mediante descuento, títulos de contenido crediticio, con las correspondientes garantías hipotecarias por la suma de \$411.750.255.867.31*”. Se acordó que la amortización de la deuda se haría en dos contados, “*uno de \$90.000 millones el 2 de noviembre y el saldo de \$210.000 el 2 de diciembre de 1998.*”.

De otro lado, el 6 de julio FOGAFIN y GRANAHORRAR suscribieron un acuerdo mediante el cual aquel se obligó a “*entregar a GRANAHORRAR un cupo de aval rotatorio hasta por \$300.000 millones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que GRANAHORRAR adquiriera con otras entidades financieras mediante créditos interbancarios*” y, GRANAHORRAR se obligó a entregar por “*mediante el endoso en propiedad a favor de FOGAFÍN pagarés cuyos saldos insolutos representaran no menos del 134% del cupo del aval que fuera a utilizar*”. El cupo de aval rotatorio sería aumentado en varias ocasiones para llegar finalmente a ser de \$400.000 millones de pesos el 1 de octubre de 1998 para ser utilizado como cupo de aval o mediante operaciones de venta de cartera; se estableció como plazo el 5 de octubre del mismo año. Al convenio se adicionó la cláusula vigesimotercera donde se estipuló que “*en el evento de configurarse una cesación de pagos por parte de Granahorrar se entendería extinguida la obligación de recompra de la cartera transferida por Granahorrar al Fondo, de forma tal que la operación de venta quedaría en firme y el Fondo podría disponer plena y totalmente de los pagarés con sus respectivas garantías*”.

Celebrados los acuerdos descritos de forma global arriba, el 2 de octubre a las 7.47 P.M. la Superintendencia Bancaria informó a FOGAFIN que GRANAHORRAR había incurrido en una cesación de pagos el 30 de septiembre puesto que una serie de cheques habían sido devueltos y se encontraba en situación negativa de tesorería.

Ante tal evento, FOGAFIN respondió la comunicación a las 9.00 P.M. manifestando que en virtud de la cláusula vigesimotercera del convenio *“se declara extinguida la obligación de recompra, en firme la operación de venta y en consecuencia FOGAFÍN dispone plena y totalmente de pagarés y sus respectivas garantías por \$499.820.000.000 correspondiente al 134% de las operaciones de compra de cartera vigentes al 2 de octubre de 1998.”*. Esta comunicación fue transmitida al Banco de la República a las 10.17 P.M. que, a su vez, manifestó que como consecuencia de la medida de FOGAFIN debía registrar una pérdida para la fecha por *“\$128.726.040.000 que la colocaba en situación de insolvencia”*.

Adicionalmente, a las 12 de la noche, el Banco de la República comunicó a GRANAHORRAR que declaraba vencido el plazo para el apoyo de liquidez acordado como consecuencia de la cesación de pagos y a la decisión de FOGAFIN.

La Superintendencia Bancaria, de otro lado, expidió la resolución 1998050714-1 a las 11.50 P.M. por medio de la cuál ordenaba a GRANAHORRAR su capitalización inmediata por un valor de \$157.000.000.000, como mínimo. Dicho movimiento debía verificar a más tardar a las 3 de la tarde del día siguiente (sábado 3 de octubre de 1998).

Ante la situación presente, el sábado 3 de octubre FOGAFIN solicitó a la Superintendencia Bancaria un informe para determinar el estado de pérdidas y la situación financiera de GRANAHORRAR para efectos de ser presentado a la junta directiva de FOGAFIN a las 5 de la tarde del mismo día. El informe en cuestión fue radicado en FOGAFIN a las 5.44 P.M. del mismo día.

Habiendo sesionado como era previsto, la Junta Directiva de FOGAFIN expidió la resolución 002 *“que ordenó la reducción nominal del capital social de GRANAHORRAR al valor nominal individual de cada acción, de un centavo, en consideración a los hechos anteriores y de conformidad con el artículo 3 del Decreto 32 de 1986 y numeral 4 del artículo 320 del Decreto 663 de 1993.”*

Habida cuenta de los hechos que suscitaron la controversia, se procede a hacer un recuento breve de los argumentos que soportaron la demanda de nulidad de la resolución de FOGAFIN y de la orden de capitalización de la Superintendencia Bancaria presentada por los accionistas de GRANAHORRAR y se pidió las correspondientes indemnizaciones que de dichas nulidades se desprenderían.

Los cargos de la demanda se resumen de la siguiente manera:

1. Cargos de Nulidad por Falsa Motivación.

Argumentaron los demandantes que la situación de insolvencia que motivó tanto la orden de capitalización como la resolución de reducción del valor nominal de las acciones no ocurrió y por ende la motivación de los actos administrativos es inexistente. Consideran los demandantes que tanto la Superintendencia como FOGAFIN incurrieron en el error de confundir la iliquidez de la empresa con la insolvencia de la misma que, siendo figuras diferentes tienen consecuencias igualmente dispares. En este sentido exponen que *“la iliquidez de una entidad financiera no es razón suficiente para la reducción del valor nominal de sus acciones, ni para su capitalización; es diferente a la insolvencia y al quebranto patrimonial”*.

Señalan los demandantes que el primer error en que incurren los demandados es en la valoración que hacen de las operaciones para imputar pérdidas a GRANAHORRAR puesto que, según los demandantes, *“el apoyo de iliquidez de Fogafin ascendió a \$373.000 millones y la cartera de la cual dispuso el Fondo fue de \$499.820 millones”* queriendo decir que para el plazo del convenio (entre el 6 de julio y el 2 de octubre), *“la tasa nominal de ese período por intereses correspondió al 34% y efectiva anual al 210%”*. Como consecuencia de dicha apreciación, para los demandantes es irreal el estado de pérdidas puesto que los intereses pactados no generarían la apropiación de la totalidad de la garantía convenida. Aun reconociendo la tesis de la Superintendencia de que FOGAFIN es autónomo para determinar los costos de los apoyos de liquidez, la Junta Directiva había definido que la tasa aplicable sería la DTF más 7 puntos y por ende el costo sería muy por debajo de la suma apropiada.

De igual manera, los demandantes argumentan que la apropiación de la garantía por parte del Banco de la República es irreglamentaria toda vez que su valor supera con creces la suma adeudada al Banco. Una vez más, expresan los demandantes que, de aceptarse como legal dicha apropiación, se estaría pagando una *“tasa de interés del período 37.2% y 180% efectiva anual”*. De acuerdo con este argumento, los demandantes manifiestan que la apropiación en exceso de la garantía constituye una extralimitación de las facultades conferidas al Banco de la República y un desconocimiento a lo dispuesto en la Resolución 25 de 1995.

Respecto de la orden de capitalización, los demandantes afirman que la Superintendencia realizó sus cálculos para determinar la situación de insolvencia con base en cifras irreales pues le era imposible saber la cuantía de la apropiación que el Banco de la República realizaría en ejecución de la garantía y, por el contrario, debía haber hecho sus cálculos con base en los apoyos de liquidez.

Por estas razones consideran los demandantes que *“la pérdida alegada por las demandadas no existió, los intereses, abiertamente ilegales”* y que *“el hecho de que GRANAHORRAR cancelara los créditos adquiridos sólo refleja que no existía estado de insolvencia”*. Así, la realización de una apropiación excesiva e irreglamentaria por parte de FOGAFIN y, la toma de una decisión sobre cifras irreales por parte de la Superintendencia *“es un círculo vicioso y manifiesta la ilegalidad de los actos acusados”*, según los demandantes.

2. Cargos de Nulidad por Violación del Derecho de Audiencia.

Sobre este cargo, los demandantes manifiestan que el debido proceso ha sido violado respecto de los accionistas de GRANAHORRAR toda vez que ninguno de los actos administrativos objeto del recurso no fueron notificados a estos y, por ende, no han podido ser controvertidos en la oportunidad por los mismos teniendo que recurrir a esta demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

3. Cargos de Nulidad por Desviación de Atribuciones Propias de la Superintendencia Bancaria y el FOGAFÍN

Consideran los demandantes que el condicionamiento del apoyo de liquidez convenido con FOGAFIN no está previsto en la ley y, por ende, brindar facilidades de liquidez en virtud a dicho condicionamiento constituye una extralimitación de facultades por parte de la junta directiva de FOGAFIN.

De forma particular expresan los demandantes que *“si FOGAFÍN condicionó la existencia o la vigencia de los apoyos de liquidez a una compraventa y no otorgó el apoyo cuando la compraventa no se presentó, incurrió en un indebido uso de sus facultades al desarrollarlas en forma no prevista por la Ley y en consecuencia los actos acusados deben declararse nulos”*. Lo anterior, teniendo en cuenta que la cesación de pagos fue la consecuencia de la terminación unilateral del apoyo de liquidez que a su vez, fue la consecuencia de la venta fallida a la cual se condicionó de forma ilegal el apoyo de liquidez.

Para los accionistas demandantes, los actos administrativos adoptados fueron la consecuencia, no de la cesación de pagos, si no del interés de cambio de accionistas por parte de las entidades que se desprende del manejo que se dio al crédito pactado y a la venta de las acciones.

4. Cargo por Violación de Normas Superiores.

Para los demandantes es claro que tanto FOGAFIN como el Banco de la República incurrieron en una violación flagrante de la ley por el cobro de intereses por encima de la tasa de usura. Al no aplicarse lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 45 de 1990, se evitó la solución al problema que enfrentaría a las dos partes y, por el contrario se incurrió en una violación de la ley que llevó a una apropiación ilegal de la garantía aplicando un interés superior a la tasa de usura.

En igual sentido, consideran los demandantes, tanto FOGAFIN como el Banco de la República incurren en una violación del artículo 1203 del Código de Comercio que establece que serán ineficaces disposiciones *“tendientes a permitir que el acreedor disponga de la prenda por medios distintos a los previstos por la Ley”* y que siendo un endoso en garantía no sería posible apropiarse de los bienes sin violar dicha ley.

Finalmente, para los demandantes hubo una violación al artículo 29 constitucional que consagra el derecho al debido proceso toda vez que los actos no fueron notificados a los accionistas quienes no pudieron ejercer su derecho a controvertirlos.

En la oposición a la demanda, la Superintendencia afirmó que *“verificó la información suministrada por el FOGAFÍN y el Banco de la República, y por tanto, al constatar las pérdidas en que incurrió GRANAHORRAR, afectando directamente su relación de solvencia, garantías patrimoniales, recursos propios, posiciones y cuentas sujetas a riesgo, obliga a la Superintendencia a intervenir con el propósito de evitar una toma de posesión y salvaguardar la confianza del público”*.

Con respecto a las razones que motivaron el apoyo de liquidez, en la oposición se afirmó que *“el apoyo se brindó con independencia de la composición accionaria de la Corporación, pese a las divergencias en dicha composición que tanto perjudicaron la confianza y seguridad del público en general”*.

Ahora bien, formalmente se propuso la excepción de caducidad de la acción puesto que la orden de capitalización habría sido notificada el 2 de octubre al presidente de GRANAHORRAR que actúa como su representante legal y, la demanda *“se presentó el 28 de julio de 2000, claramente por fuera del término previsto para la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en virtud del artículo 136 del C. C. A”*. Inclusive, el 3 de octubre el representante legal de la Corporación informó a la Superintendencia que había comunicado por vía telefónica y cartas la decisión a sus accionistas.

Adicionalmente, afirma la Superintendencia que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es improcedente toda vez que la orden de capitalización se realizó conforme a la ley vigente para proteger el interés público que prevalece sobre los intereses económicos de los accionistas siendo imposible imputar responsabilidad al Estado por esta medida. Además, manifiesta en la oposición que *“no existe ilegalidad ni responsabilidad objetivamente imputable a la Administración por el perjuicio que pudo experimentar la parte actora, mucho menos cuando se interpone la acción tan extemporáneamente, agravando los perjuicios ocasionados por la misma demandante”*.

Por su parte, FOGAFIN en su oposición expuso que los actos administrativos adoptados tenían como fundamento *“una causa real, su motivación se ajusta a lo exigido por la Ley y tiene sus fundamentos en ella, la iliquidez y posterior insolvencia de GRANAHORRAR”*. En el mismo sentido, explica FOGAFIN que los demandantes se equivocan al confundir las figuras contractuales que vinculaban a las partes al calificar el contrato de mutuo con garantía, cuando en realidad lo que se celebró fue una compraventa de cartera con pacto de retroventa para mejorar la liquidez de la corporación financiera.

Afirma FOGAFIN que *“la cesación de pagos es real, no fue discutida por el actor, y es la verdadera causa de la situación de GRANAHORRAR, quien para el momento de la cesación debía más de 300.000 millones al Estado”* y expuso las excepciones de falta de legitimación en la causa puesto que los actos administrativos recaen sobre la Corporación Financiera GRANAHORRAR y no sobre los accionistas de aquella; además, la falta de causa puesto que *“los perjuicios pretendidos por el actor equivalen a cero, dada la realidad económica de GRANAHORRAR al momento de ordenar la reducción del valor de sus acciones”*.

Además, propuso la excepción de contrato válidamente celebrado y, como consecuencia, que la acción de nulidad no está prevista para declarar el incumplimiento contractual y, por el contrario, propuso la excepción de contrato no cumplido *“toda vez que no le asiste derecho a GRANAHORRAR de exigir a FOGAFÍN una indebida ejecución del convenio celebrado, derivada en una indebida apropiación, cuando GRANAHORRAR ha incumplido sus obligaciones contractuales”*.

En el mismo sentido de la oposición de la Superintendencia, FOGAFIN propuso la excepción de caducidad por las mismas razones y, finalmente, propuso la excepción de enriquecimiento sin causa puesto que reconocer las sumas que las demandantes piden significaría un enriquecimiento sin causa a su favor puesto que *“el valor de las acciones registrado con anterioridad al momento de emitir la orden de capitalización, es superior al correspondiente a la verdadera situación económica de GRANAHORRAR”*.

La sentencia del tribunal, en primera instancia, *“declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda”*. Respecto de la caducidad de la acción, el tribunal la declaró infundada toda vez que siendo los accionistas afectados directos de las decisiones adoptadas debían ser notificados y esto solo ocurrió hasta el 25 de julio del 2000 y por ende la demanda presentada 3 días después estuvo dentro de los términos.

En cuanto al fondo del asunto el Tribunal decidió que *“no era cierto que GRANAHORRAR fuera una entidad solvente al momento de las órdenes de capitalización y oficialización”* y que *“Su patrimonio registraba un saldo negativo por valor de \$7.703 millones de pesos y por ende, una relación de solvencia del cero por ciento”*. En el mismo sentido descarto que *“las pérdidas que reportó la superintendencia fueron producto del cobro de intereses excesivos por parte del banco central y del Fondo”*. Por lo anterior las medidas tomadas por la superintendencia y por FOGAFIN fueron encontradas acertadas y legales de conformidad con sus competencias.

En cuanto a la violación del debido proceso por falta de notificación de los actos administrativos, el Tribunal expresó que si bien se había incumplido con dicho deber, la consecuencia era la ineficacia de lo actuado y no la nulidad, por esa razón los actos, ahora notificados tenían validez plena y eran eficaces.

Habida cuenta de la apelación y su respectiva oposición, el Consejo de Estado entra a resolver el recurso en los siguientes términos. Revoca la sentencia del tribunal y en su lugar declara la nulidad de los orden de capitalización y de la resolución 2 del 3 de octubre de 1998 de FOGAFIN y, condena a la Superintendencia y a FOGAFIN a pagar por partes iguales las condenas a que hay lugar por concepto de reparación de daño. Las justificaciones del fallo son las que se resumen en adelante.

La sección cuarta inicia estableciendo la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el presente caso. Al respecto, reconoce que la sociedad forma una persona jurídica distinta de sus accionistas pero que en el caso que se presenta, las órdenes impartidas por los actos administrativos que se demandan iban dirigidas a sus accionistas puesto que son ellos, a través de la asamblea general quienes *“tienen la facultad de disponer sobre el aumento de capital (artículo 459 del Código de Comercio); y segundo, el valor de sus acciones quedarían por el valor nominal de un centavo al cual redujo el segundo de los actos administrativos demandados, de manera que son, junto con la Corporación, los directamente afectados con la expedición de los actos acusados”*.

Además, cita el artículo 85 del C.C.A. para afirmar que *“cualquier persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho o se le repare el daño”* así reconociéndole personería e interés a los accionistas para interponer la presente acción.

Respecto de la caducidad de la acción, reitera el Consejo de Estado que las órdenes impartidas afectaban directamente a los accionistas y, por ende, debían ser notificadas directamente a ellos y, para tal efecto, procedía realizar lo dispuesto en el artículo 46 del C.C.A. para hacer pública la parte resolutive de la decisión. Encuentra la Corporación que sólo hay prueba de la notificación de los actos del 25 de julio de 2000 y por ende es ésta la fecha que debe ser tomada para las cuentas de la caducidad.

Ahora bien, en cuanto a las pretensiones y oposiciones de fondo de la demanda. El Consejo de Estado afirmó que *“la pérdida no existió y GRANAHORRAR no se encontraba en estado de insolvencia. Se trató de un círculo vicioso y cruces de informaciones y certificaciones entre la Superintendencia y Fogafín, que originaron las aducidas pérdidas y el quebranto patrimonial”*. Lo anterior en la medida en que las pérdidas que le fueron imputadas a la Sociedad, eran causadas por las decisiones adoptadas por FOGAFIN y el Banco de la República.

En el mismo sentido, consideró la Sección Cuarta que *“la supuesta insolvencia en que incurrió Granahorrar y que dio lugar a la orden de capitalización, se generó como consecuencia de las pérdidas aproximadas de \$228.726 millones que calculó la Superintendencia sobre los hechos acontecidos por motivo de la cesación de pagos en que ese mismo día había incurrido la Corporación”*. Sin embargo, explica el Consejo de Estado que *“los documentos que obran en el expediente permiten considerar que la situación de Granahorrar para ese día, 2 de octubre de 1998, no era de insolvencia, sino de iliquidez”*.

Para el juzgador, la Superintendencia tuvo en cuenta el retiro de apoyo por parte del Banco de la República en forma indebida y tuvo como consecuencia el que se registraran unas pérdidas que no correspondían a la realidad financiera de la entidad financiera. Por eso, para el Consejo de Estado *“el quebranto patrimonial a que alude el acto administrativo, no tiene un sustento fáctico ni probatorio pertinente”*.

Al contrario, considera el juzgador que *“los documentos que obran en el expediente permiten considerar que la situación de Granahorrar para ese día, 2 de octubre de 1998, no era de insolvencia, sino de iliquidez”* siendo esta una figura diferente tanto en su naturaleza como en sus efectos. Como prueba de lo anterior, afirma la Sección Cuarta que *“la situación de Granahorrar no era de insolvencia, porque para que el Banco de la República autorizara los apoyos transitorios de liquidez tanto ordinarios como especiales, se requería indefectiblemente que la entidad no fuera insolvente”*.

En el sentido de lo ya expuesto, agrega el Consejo de Estado que *“Fogafín incumplió su propio convenio con Granahorrar al no entregar el apoyo e hizo efectivas las cláusulas de incumplimiento por parte de la Corporación”* contrariando las disposiciones del Código Civil sobre la exigencia del pago y, generando así las pérdidas que le fueron imputadas a GRANAHORRAR para justificar las medidas tomadas con los actos administrativos demandados. Así, *“las pérdidas establecidas por la Superintendencia fueron consecuencia del incumplimiento de Fogafín del convenio suscrito con Granahorrar y por esta razón, la supuesta insolvencia de la Corporación, fue generada por ese incumplimiento de Fogafín”*.

Por todo lo anterior, concluye el Consejo de Estado que la motivación de las decisiones era falsa y no se compadecía con la realidad. El informe que presentó la Superintendencia a FOGAFIN para la toma de la decisión hacía imputaciones de pérdidas inexistentes y, así, *“si el informe de la Superintendencia no muestra la situación patrimonial real de la entidad y se establece que las pérdidas de capital no son existentes o ciertas, no hay lugar a la reducción del mismo”* por parte de FOGAFIN; en el mismo sentido, *“la orden de capitalización fue tomada sin sustento serio y contundente sobre la real situación patrimonial de Granahorrar”*.

Por todo lo anterior el Consejo de Estado decretó la nulidad de los actos administrativos y condenó a la Superintendencia y a FOGAFIN a reparar los daños causados como consecuencia de dichos actos.

5. NOTICIAS DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

Superintendencia Financiera de Colombia

Borrador de Proyecto de Ley para Reformar el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Presentación del Superintendente Financiero en Foro de la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes sobre el tema tomada de www.superfinanciera.gov.co).

El pasado 7 de Noviembre la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes organizó un foro sobre la reforma del sistema financiero que esta preparando el Gobierno Nacional para el próximo semestre. Dicho foro fue instalado por el Ministro de Hacienda, Oscar Iván Zuluaga y en él participaron representantes de los gremios, el Congreso y el Gobierno Nacional. El Superintendente financiero, Cesar Prado, expuso en forma detallada el contenido de la reforma que se pretende llevar a cabo en el primer semestre del año 2008.

Advirtiendo que no se trata de una reforma integral del sistema financiero, el Superintendente puntualizó que la reforma recaerá sobre 6 aspectos específicos del Estatuto vigente: la estructura del sistema financiero, el régimen de tasas de interés, el régimen financiero de pensiones, la liberalización comercial en materia de servicios financieros, el régimen de competencia y, por último, la Superintendencia financiera en sus funciones y organización.

Respecto de **la estructura del sistema financiero**, la propuesta consiste, primero, en ampliar las actividades autorizadas para los establecimientos de crédito adoptando un modelo de banca más universal, en el sentido de permitir que estos realicen la mayoría de las actividades financieras disponibles en el mercado. Específicamente permitiendo a los bancos que presten los servicios de leasing corporativo y financiero, la financiación para la compra de empresas del sector real y el servicio de capitalización. Segundo, respecto de las corporaciones financieras la propuesta es la de convertirlas en sociedades de servicios financieros que pueden operar como filiales de un banco puesto que su función de intermediación crediticia ha desaparecido prácticamente. Tercero, se propone restringir la posibilidad de administrar carteras colectivas únicamente a las sociedades administradoras de inversión conservando las licencias vigentes en pensiones voluntarias y permitiendo que las actuales administradoras sean inversionistas de capital en las sociedades administradoras.

En cuanto al **régimen de las tasas de interés** la propuesta es simple. El Superintendente expuso que en Colombia tenemos un régimen de tasas de interés complejo y confuso, por ende, la propuesta es simplificarlo haciendo fácil su aplicación. El objetivo se lograría, primero, a estableciendo de forma clara que, el momento para verificar si el límite máximo para los intereses remuneratorios se respeta es, al momento de celebración del contrato para evitar confusiones por concepto de la variación de la taasa máxima con el transcurso del tiempo. La segunda medida, sería establecer un límite máximo diferencial para las tasas de interés remuneratorio o de plazo y el de mora volviendo a la anterior definición del 1.5 veces el bancario corriente para el de plazo y 2 veces el bancario corriente para el de mora. Finalmente, en la propuesta se pretende hacer claridad en que la única sanción para la trasgresión de los límites establecidos es la prevista en la Ley 45 de 1990, cual es la pérdida del exceso doblado.

Las medidas respecto del régimen de intereses, expresó el Superintendente, ofrecen estabilidad jurídica dando certeza a los operadores jurídicos respecto de los límites y las tasas y, además, hace del interés de mora uno realmente sancionatorio por el no pago de las obligaciones.

Quizás uno de los puntos más importantes de la reforma financiera es el que tiene que ver con el régimen financiero de las pensiones. En este tema, la reforma es estructural. Se propone la creación de un sistema de multifondos para conciliar los intereses de los afiliados de acuerdo a la edad y a los distintos perfiles de riesgo posibles. La idea general sería ofrecer al afiliado una diversidad de fondos, cuyo número quedaría definido en la ley, que responden a perfiles de inversión diversos así ofreciendo opciones de mayor riesgo y mayor rentabilidad, bajo riesgo y baja rentabilidad y, finalmente un punto medio. La idea es que el afiliado tenga las opciones para que de forma voluntaria elija el tipo de fondo en el cuál prefiere cotizar.

El proyecto de ley, sin embargo, solamente prevé los lineamientos generales del sistema y las particularidades del mismo serían reglamentadas por medio de decreto conforme a las facultades del ejecutivo. Así, quedaría por definirse el número de portafolios y sus perfiles, las reglas de asignación de contribuciones, los regimenes de inversión para cada portafolio y las reglas de rentabilidad mínima, requerimientos de las administradoras de fondos de pensiones, entre otros.

Ahora bien, de cara a la implementación de los diversos TLC negociados por Colombia en los últimos años, la reforma financiera prevé una serie de reglas para la puesta en marcha de la liberalización comercial. En este sentido, las propuestas del Gobierno Nacional tratan principalmente los temas de contratación de pólizas de seguros en el exterior o desde el exterior para comercio transfronterizo y movimiento de personas, establece unas excepciones a la regla general de permiso para contratar seguros en el exterior y, plantea la obligación, para bancos y aseguradoras del exterior de tener presencia en Colombia, aunque se admite la figura de la sucursal. Para efectos de lo último, el régimen de constitución aplicable sería el mismo de la de una entidad nacional.

Finalmente, la propuesta de reforma incluye un capítulo sobre la Superintendencia Financiera. Sobre este tema, el Gobierno Nacional ha incluido en el borrador de proyecto de ley una serie de modificaciones a las competencias de la superintendencia y al régimen de competencia. En particular, se trata de armonizar las reglas de competencia de la Superintendencia con las de la absorbida Superintendencia de Valores ampliando su competencia a los antiguos vigilados de la anterior de un lado, y, de otro lado, introducir un procedimiento similar al de la Superintendencia de Industria y Comercio para el tema de competencia haciendo una remisión a normas generales sobre actos y acuerdos anticompetitivos y abuso de posición dominante.

6. CONCEPTO DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Superintendencia de Sociedades

Oficio 220-041922 del 28 de agosto de 2007

ASUNTO: CESION DE CREDITO A TRAVÉS DE UN CONTRATO DE FACTORING

La Superintendencia de Sociedades a través del presente oficio da respuesta a una solicitud sobre una cesión de crédito a través de un contrato de factoring. Una sociedad A libró varias facturas cambiarias de compraventa a cargo de otra sociedad B que, a su turno, fueron aceptadas por la obligada cambiaria. Sin embargo la sociedad A celebró un contrato de factoring con la sociedad C sobre varias facturas cambiarias dentro de las que se encontraban las aceptadas por B. Dichas facturas fueron endosadas debidamente a favor de C, pero, las obligaciones cambiarias en ellas documentadas fueron garantizadas por A mediante el otorgamiento de sendos pagarés librados a la orden de C. Posteriormente fue iniciado un proceso de acuerdo de reestructuración de la sociedad A. En virtud de dicha situación de hecho, el particular pregunta: ¿En vista de que la mencionada sociedad A se encuentra en estado de reestructuración, para efectuar un pago válido de las obligaciones cambiarias documentadas en las facturas cambiarias de compraventa aceptadas por B a quien debe ésta última efectuar el pago de aquellas, A o a C?

Como primera medida la Superintendencia de Sociedades hace un análisis del contrato de factoring, cual es la consideración más importante del presente concepto. Reconociendo que se trata de un contrato atípico puesto que no existe una definición legal del mismo, la Superintendencia recoge una serie de definiciones de la doctrina en los siguientes términos: *“el contrato de factoring, es una operación de crédito, de origen norteamericano, que consiste en la transferencia de un crédito mercantil del titular a un factor que se encarga, contra cierta remuneración o comisión, de obtener el cobro, cuya realización se garantiza, incluso en el caso de quiebra temporal o definitiva del deudor. Constituye, pues, una comisión de cobranza garantizada”* citando a Guillermo Cabanellas.

A partir de la definición se desprende que hay dos partes en el contrato de factoring que son el factor, de un lado y el factorado de otro. La primera *“es la que se encarga de la gestión de cobranza o la que compra las facturas por cobrar y realiza además otros servicios si éstos estuviesen estipulados en el contrato”* y la segunda es quien *“reconoce una retribución por la gestión de cobranza o da en venta las facturas por cobrar y retribuye además por los otros servicios”*.

Por su naturaleza atípica, el contrato de factoring es consensual, concluye la superintendencia, puesto que la ley no le ha impuesto ninguna solemnidad para su perfeccionamiento dando aplicación al principio de la consensualidad.

Respecto de su relación con la cesión de crédito, afirma la Superintendencia que el requisito de la nota en el documento donde consta el crédito de conformidad con el artículo 1959 del Código de Comercio *“debe ser cumplido , no para la validez del contrato, por ser este consensual, sino para que el factorado cumpla con la obligación de trasladar el crédito al factor”*. En el mismo sentido, considera la Superintendencia que *“siendo el contrato de factoring una forma de cesión de créditos, le es aplicable el artículo 1960 ibidem, el cual establece la notificación al deudor como requisito para que el contrato surta efectos frente al mismo”*.

Así las cosas, concluye la Superintendencia que para que surta efectos cesión que se hace en virtud del contrato de factoring frente al deudor, *“es menester que el cedente haya notificado la cesión del mismo al deudor en los términos y condiciones ordenados en la ley”*. De conformidad con dicha conclusión, la respuesta a la consulta estaría condicionada al cumplimiento de este requisito.

7. NOTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY No. 22 de 2007 Cámara

“Por el cual se regulan Las Comisiones Bancarias y se dictan otras disposiciones.”

Actualmente pendiente de primer debate en la Comisión III de la Cámara de Representantes.

El Representante William de Jesús Ortega radicó en el Congreso un proyecto de Ley por medio del cual se establecen límites a las tarifas que pueden ser cobradas por los bancos por la prestación de los servicios financieros y, se consagran algunas disposiciones con respecto de la vigilancia y el control de las mismas.

El proyecto de ley que actualmente está pendiente para primer debate en la Comisión III de la Cámara de Representantes hace una clasificación de las distintas tarifas o comisiones bancarias que cobran los bancos por los servicios financieros prestados, tales como las cuotas de manejo, la reposición de plástico perdido, las transferencias, los retiros, los avances, el cambio de clave y las copias de extractos, por mencionar algunos.

En la exposición de motivos, el autor del proyecto explica que esta iniciativa legislativa surge como respuesta a las quejas y solicitudes que ante la Superintendencia Financiera han depositado los usuarios con respecto al cobro de las comisiones bancarias y *“pretende frenar los abusos de las entidades bancarias ya que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no reguló en su momento estas tarifas”*.

Para el autor, las entidades financieras se encuentran en una posición dominante frente a los usuarios que les da la posibilidad de incurrir en abusos por medio de la imposición de tarifas elevadas a las comisiones bancarias que cobran por la prestación de sus servicios. Lo anterior, sumado al hecho que en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no se encuentra regulado este tema, implica que por parte de los bancos hay una inactividad manifiesta a la hora de resolver las inquietudes, quejas y solicitudes de usuarios inconformes y, de otro lado, imposibilidad de parte de la Superintendencia para intervenir.

Para justificar las disposiciones propuestas, el H.R. Ortega cita ejemplos de otros países que han implementado reglamentaciones generales a las comisiones bancarias tales como Venezuela, Ecuador y España. Es importante mencionar que estos ejemplos no necesariamente imponen límites a las comisiones que pueden ser cobradas, aunque si son claramente reglamentos normativos que permiten al usuario tener claridad y certeza sobre el costo de los servicios prestados.

Ahora bien, en la propuesta particular del proyecto de ley, se realiza una enunciación pormenorizada de los distintos servicios por los que se cobra una comisión bancaria y, se establece un tope máximo para las tarifas. Por ejemplo, para la cuota de manejo de cuenta corriente se establece que *“será hasta del uno por ciento (1%) de un salario mínimo mensual legal vigente”*; para los retiros en cajeros de la misma red bancaria dispone que *“no tendrán ningún costo”*; para retiros en cajeros de una red diferente establece que *“tendrán cobro máximo del 0.5% de un salario mínimo mensual legal vigente”*, por mencionar algunos.

Para conciliar los controles que se pretenden establecer con el principio de autonomía de la voluntad y la libertad del mercado financiero, el proyecto de ley dispone que *“las entidades bancarias quedaran en la libertad de cobrar o no las comisiones bancarias a los usuarios, pero si las llegaren a cobrar se regularan por la presente Ley”*. Así, establece la libertad de los bancos para cobrar o no comisiones bancarias, pero obligando al cumplimiento de la presente ley en caso de decidir imponer el cobro de las mismas.

Adicionalmente, establece algunas obligaciones de publicación y divulgación de las tarifas que pueden ser cobradas por los bancos por parte de la Superintendencia Financiera y, consagra un régimen de competencia para efectos de que la Superintendencia, que es la entidad de vigilancia y control, garantice el cumplimiento de la ley en los términos propuestos.

El proyecto de ley incluye además un capítulo sobre la eficiencia en el servicio, en particular en la respuesta a solicitudes y quejas de parte de los usuarios. Con éste propósito se impone en el proyecto un término de 24 horas para dar respuesta efectiva a todas las solicitudes que el individuo pueda presentar y, se dice que *“las entidades bancarias responderán ante La Superintendencia Financiera por la falta diligencia en la prestación de los servicios bancarios o de las solicitudes realizadas por los usuarios”*.

Finalmente, para contrarrestar la posición dominante de los bancos acusada por el autor del proyecto en la exposición de motivos, se propone la creación de la Asociación de Usuarios Bancarios que tendrá como fin *“defender a los usuarios de los servicios bancarios ante los abusos de las entidades financieras”*.

Según la exposición de motivos, el proyecto de ley tendrá como efectos positivos la contribución a la profundización de los servicios financieros permitiendo el acceso de personas con menores recursos económicos puesto que los costos de las comisiones se verían disminuidos, evitaría el aprovechamiento o la ocurrencia de abusos por parte de las entidades financieras frente a sus usuarios y, se evita que el usuario sea castigado por la disminución de las utilidades de los bancos toda vez que, siendo reglamentadas, las comisiones bancarias no podrán exceder en ningún momento los topes legales.