

Los artículos publicados no comprometen a la Superintendencia Bancaria de Colombia y son responsabilidad exclusiva de sus autores.

LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DE LA TOMA DE POSESIÓN COMO INSTITUTOS DE SALVAMENTO Y PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA PÚBLICA

*Por: Jesús Heraclio Gualy
Director de Control Legal Uno*

I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de las denominadas "crisis financieras" ocurridas en Colombia en diversas épocas de su historia, el Estado se ha visto en la necesidad no sólo de evaluar a fondo las causas endógenas y exógenas que las originaron, sino también de expedir instrumentos regulatorios, financieros, fiscales, judiciales y de control, orientados a precautelar la confianza pública en el sector financiero y a proteger las acreencias de los ahorradores, depositantes, inversionistas y acreedores de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Igualmente, con regularidad se han examinado las debilidades e insuficiencias de las funciones de control y vigilancia de dicho organismo, a partir de lo cual el Congreso de la República y el Gobierno Nacional se han preocupado de consolidar sus objetivos, renovar sus funciones y de fortalecer sus facultades para prevenir o subsa-

nar situaciones graves de deterioro financiero o de incumplimientos normativos de sus vigiladas, que en un momento dado las hagan incurrir en una o varias causales de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios.

Es así como con ocasión de la crisis financiera de los años ochenta se expidió, además de otros ordenamientos, la Ley 117 de 1985, mediante la cual se creó el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y el seguro de depósito. El primero para apoyar el salvamento de las entidades financieras inscritas cuando presentan dificultades sustanciales en su estructura financiera, y el segundo, para garantizar el pago de las acreencias de los ahorradores y depositantes de las entidades intervenidas que fueran objeto de liquidación forzosa administrativa. Con base en la facultad conferida por el artículo 17 de dicha ley, el Presidente de la República profirió el Decreto Ley 1939 de 1986, mediante la cual reforzó la estructura y las funciones de la

Superintendencia Bancaria, y le confirió por primera vez facultades expresas para disponer "medidas preventivas de la toma de posesión", consideradas como "institutos de salvamento y protección de la fe pública", sin perjuicio del que disponía desde 1923 como era la potestad para intervenir la entidad, con el fin de administrarla o de liquidarla¹.

Tales funciones preventivas consistían en la facultad para establecer la vigilancia especial, coordinar las acciones pertinentes con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (en adelante el FOGAFIN), promover la administración fiduciaria, ordenar la recapitalización, promover la cesión de activos, pasivos y contratos y la enajenación de establecimientos de comercio, y disponer la fusión de la institución con otra de igual naturaleza².

En la década siguiente, el Congreso de la República expidió una importante reforma financiera a través de la Ley 45 de 1990, en la cual, además de tratar otros temas de vital importancia para el sector financiero y la función de supervisión de la Superintendencia Bancaria, se facultó al Gobierno Nacional para modificar la estructura de la precitada entidad y para expedir un estatuto orgánico del sistema financiero. En ejercicio de esa atribución

se expidió primero el Decreto Extraordinario 1033 de 1991³, el cual derogó el Decreto 1939 de 1986, y luego el Decreto 1730 de ese mismo año⁴, con el cual se expidió el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (en adelante EOSF), sustituido dos años más tarde por el Decreto Extraordinario 663⁵ en virtud de las facultades otorgadas por la Ley 35 de 1993. Lo anterior sólo para destacar que durante esa secuencia normativa se mantuvieron invariables las facultades preventivas o correctivas de las causales de toma de posesión. Sin embargo, a partir del mencionado Estatuto y bajo el rótulo de institutos de salvamento y protección de la confianza pública, cada una de las medidas preventivas fue objeto de una breve regulación en punto a su naturaleza, alcance y contenido.

Posteriormente, con la reforma financiera expedida con la Ley 510 de 1999 se introdujeron en el régimen financiero cuatro nuevas modalidades de medidas preventivas, a saber: los programas de recuperación; la facultad de ordenar a las cooperativas financieras la suspensión de compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales; la posibilidad jurídica de que las entidades financieras de naturaleza cooperativa se conviertan en sociedad anónima; y la misma

1 Las causales de toma de posesión se consagraban en el artículo 48 de la Ley 45 de 1923, y en los artículos siguientes se regulaba el proceso de liquidación forzosa administrativa.

2 Artículo 3º, literal p) del Decreto Ley 1939 de 1986.

3 Las medidas preventivas de la toma de posesión quedaron consagradas en idénticos términos en el artículo 3º, numeral 23) de este decreto.

4 En este decreto las medidas preventivas de la toma de posesión quedaron incorporadas y desarrolladas en los artículos 1.8.1.0.1. a 1.8.1.0.5.

5 En este decreto, mediante el cual se modifica, actualiza y se cambia la numeración del EOSF, vigente, las medidas preventivas de la toma de posesión se regulan en el artículo 113, bajo el Capítulo XX de la Parte Tercera, que corresponde a los institutos de salvamento y protección de la confianza pública.

posibilidad de conversión para las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil⁶.

Finalmente, con la Ley 795 de 2003 se consagran dos nuevos mecanismos preventivos de la toma de posesión. Uno de ellos es la exclusión de activos y pasivos, y el otro, los programas de desmonte progresivo⁷.

Aprovechando entonces que la Superintendencia Bancaria de Colombia cumple ochenta años de existencia y que durante todo ese tiempo su misión institucional ha estado especialmente orientada a asegurar la credibilidad en el sistema financiero y a proteger los dineros del público, resulta propicia la ocasión para dar a conocer al cliente de ese sector y a la comunidad en general, algunos aspectos básicos sobre las facultades de prevención y saneamiento con que cuenta esa autoridad de supervisión para cumplir tales objetivos.

II. ASPECTOS GENERALES DE LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DE LA TOMA DE POSESIÓN.

1. Ámbito normativo

Esta clase de mecanismos se encuentra regulada, como ya se advirtió, en el artículo 113, Capítulo XX, de la Parte Tercera, del EOSF, el cual fue adicionado por las Leyes 510 de 1999 y 795 de 2003. Acorde con esta norma, sin perjuicio de las determinaciones que las entidades financieras deban adoptar en cumplimiento de las disposiciones que rigen su funcionamien-

to, la Superintendencia Bancaria podrá resolver individualmente las medidas previstas en ese artículo.

En concordancia con la citada disposición, el literal c) del numeral 5 del artículo 326, ibídem, contempla que para el ejercicio de los objetivos que le impone el artículo 325, la Superintendencia puede ejercer facultades de prevención consistentes en "Adoptar cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualquiera de las (...) medidas cautelares para evitar que una institución incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla (...)".

Tal es el escenario normativo en dónde se encuentran ubicados en el EOSF los presupuestos de los instrumentos preventivos de la toma de posesión y la facultad legal de la Superintendencia Bancaria para decidir lo pertinente según la modalidad de que se trate. Como complemento regulatorio debe observarse en cada caso en particular y concreto, los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional en relación con algunos de esos mecanismos, así como las disposiciones legales que regulan los actos o negocios jurídicos inherentes al desarrollo de cada instituto de salvamento en particular.

2. Definición

Las medidas preventivas tipificadas en el mencionado artículo 113 son básicamente " (...) una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal

6 Todas estas nuevas modalidades para prevenir o subsanar las causales de toma de posesión de una entidad vigilada se previeron en el artículo 19 de la Ley 510, mediante el cual se adiciona el artículo 113 del EOSF.

7 Se encuentran regulados respectivamente en los artículos 28 y 29 de la Ley 795, mediante los cuales se adiciona el artículo 113 del EOSF.

de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla". En dichos términos, ese canon legal se ocupa de definir la mayoría de las medidas preventivas que examinamos; frente a otras destaca su objeto, que es igualmente evitar la toma de posesión y proteger la confianza pública.

Por consiguiente, sin necesidad de entrar en elucubraciones jurídicas y para fines meramente ilustrativos de este escrito, podemos sugerir como definición la siguiente: las medidas preventivas facultadas al Superintendente Bancario son medidas cautelares que dicho funcionario puede ordenar, promover o autorizar, según el caso, con el fin de prevenir que una institución sometida a su control y vigilancia incurra en causal de toma de posesión, o para subsanarla. Las mismas hacen parte de los institutos de salvamento y protección de la confianza pública autorizados a la Superintendencia Bancaria para asegurar el interés general y proteger las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas del sector financiero.

3. Naturaleza jurídica

Comencemos por aclarar que estos mecanismos no son medidas administrativas de carácter sancionatorio, ni tampoco pueden ser considerados jurídicamente como actos de intervención. Su naturaleza corresponde a la de una medida cautelar que puede disponer la Superintendencia Bancaria frente a instituciones vigiladas en circunstancias especiales.

4. Objetivos

Bajo el entendido de que las medidas preventivas de la toma de posesión son institutos de salvamento y protección de la confianza pública, sus objetivos son los siguientes:

A) Prevenir o evitar las causales de toma de posesión.

Se busca primordialmente impedir que una institución vigilada por la Superintendencia Bancaria que presenta una situación real o potencial de deterioro de cualquiera de sus indicadores (liquidez, solvencia, gestión o cualquier otro), o que persista en incumplir una orden debidamente impartida por dicha autoridad o una norma legal, quede efectivamente incurso en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios. En otras palabras, se persigue con la medida cautelar *evitar* que la institución configure una o más causales de toma de posesión y que, por lo tanto, deba ser intervenida.

B) Subsanan las causales de toma de posesión.

En este caso el propósito que se persigue con la medida cautelar, contrario al anterior, ya no es *prevenir* que la entidad incurra en la causal de toma de posesión, sino subsanarla o enervarla. Es decir, encontrándose efectivamente la vigilada en presencia de la causal de toma de posesión, la medida cautelar busca el saneamiento de la situación que le ha dado origen, con el fin de impedir así su intervención.

C) Salvar la entidad vigilada para que siga operando normalmente.

Las medidas referidas tienen a su vez como finalidad poner a la entidad en condiciones de seguir operando normalmente en el mercado, de suerte que se evite acudir a la medida extrema de toma de posesión para liquidarla.

D) Proteger los intereses de los depositantes, ahorradores, inversionistas y terceros de buena fe.

Como consecuencia obvia del salvamento de la entidad vigilada se previene su toma de po-

sesión y se logra proteger en particular las acreencias de sus depositantes, ahorradores e inversionistas. Se salvaguardan igualmente los recursos del fisco, del propio FOGAFIN, del Banco de la República y en general los dineros del erario público, con lo cual se evitan traumatismos de distinto orden para el mismo Estado.

E) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero.

La consecución de cada uno de los anteriores objetivos, vale decir, su materialización, es naturalmente lo que permite construir un ambiente de confianza y seguridad por parte de la comunidad frente al sector financiero. Desde este punto de vista podemos decir que este objetivo configura en suma el fin supremo de las medidas preventivas de la toma de posesión.

5. Formalidad, recursos en la vía gubernativa y ejecución.

Cualquiera sea la medida a aplicar como mecanismo para prevenir la toma de posesión y proteger la confianza pública, debe ser instrumentada formalmente a través de un acto administrativo escrito, bien sea mediante resolución u oficio (preferiblemente el primero), precedido de los supuestos fácticos y de derecho que justifiquen la respectiva decisión.

De otro lado, en cuanto se decida de fondo una situación de carácter particular y concreto consideramos que debe otorgársele a la entidad vigilada los recursos de la vía gubernativa previstos en la ley. No obstante, aquí vale la pena aclarar que los actos administrativos que dispongan medidas preventivas de la toma de

posesión como "medidas cautelares" que son, aplican inmediatamente y por consiguiente la interposición del recurso de reposición ante el Superintendente Bancario no suspenderá su ejecución. Eso precisamente es lo que contempla el artículo 335 del EOSF, sustituido por el artículo 87 de la Ley 795.

III. CAUSALES DE TOMA DE POSESIÓN QUE SE PROCURAN EVITAR O SUBSANAR CON MEDIDAS PREVENTIVAS.

Para mejor comprensión del tema que nos ocupa se hace necesario señalar las causales que en un determinado momento pueden dar lugar a que se ordene la toma de posesión de la entidad vigilada y que, por lo tanto, pueden ser objeto de prevención o de saneamiento a través de las consabidas medidas cautelares. El Superintendente Bancario puede o debe ordenar inmediatamente, según el caso, la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una entidad sometida a su control y vigilancia, cuando⁸:

- a) Haya suspendido el pago de sus obligaciones;
- b) Haya rehusado la exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia Bancaria;
- c) Haya rehusado el ser interrogado bajo juramento, con relación a sus negocios;
- d) Incumpla reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia Bancaria debidamente expedidas;

8 Las causales de toma de posesión se encuentran previstas en el artículo 114 del EOSF, modificado por el artículo 20 de la Ley 510 de 1999, y adicionado por los artículos 32,33 y 34 de la Ley 795 de 2003.

- e) Persista en violar sus estatutos o alguna ley;
- f) Persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura;
- g) Se reduzca su patrimonio por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito;
- h) Existan graves inconsistencias en la información que suministra a la Superintendencia Bancaria que a juicio de ésta no permita conocer adecuadamente la situación real de la entidad;
- i) La entidad no cumpla los requerimientos mínimos de capital de funcionamiento previstos en el artículo 80 de este Estatuto;
- j) Incumpla los planes de recuperación que hayan sido adoptados;
- k) Incumpla la orden de exclusión de activos y pasivos que le sea impartida por la Superintendencia Bancaria;
- l) Se incumpla el programa de desmonte progresivo acordado con la Superintendencia Bancaria;
- m) Se haya reducido su patrimonio técnico por debajo del cuarenta por ciento (40%) del nivel mínimo previsto por las normas sobre patrimonio adecuado. Tratándose de las entidades aseguradoras, se entenderá configurada esta causal por defecto del fondo de garantía; y
- n) Haya expirado el plazo para presentar programas de recuperación o no se cumplan las metas de los mismos, en los casos que de manera general haya señalado el Gobierno Nacional.

Debemos resaltar que cuando por alguna razón no sea posible evitar la toma de posesión,

aún cuando se hayan aplicado una o varias medidas cautelares para prevenirla o subsanarla, la intervención administrativa, como también se le llama a la toma de posesión, no se aparta de los objetivos esenciales de los mecanismos dispuestos para evitarla, como quiera que dicha figura es en sí misma un instituto de salvamento y protección de la confianza pública, por virtud de la ley⁹.

IV. TIPOS DE MEDIDAS PREVENTIVAS DE SANEAMIENTO DE LA TOMA DE POSESIÓN.

Actualmente el EOSF consagra varios tipos de medidas cautelares para evitar que una institución vigilada por la Superintendencia Bancaria incurra en causal de toma de posesión, o para enervarla. Las podemos clasificar según la facultad legal que tiene el Superintendente Bancario para ordenarla, promoverla o autorizarla. Paralelamente a esa facultad se puede inferir en qué eventos la medida es de obligatorio cumplimiento para la entidad vigilada, en cuáles tiene libertad para acogerse o no a ella y en qué casos puede ser fruto de su propia iniciativa. De acuerdo con lo anterior, estos institutos de salvamento se pueden clasificar de la siguiente manera: medidas cautelares obligatorias por imposición u orden de la Superintendencia; medidas cautelares que puede promover la Superintendencia; y medidas cautelares voluntarias previa autorización de la Superintendencia. Veamos:

1. Medidas cautelares obligatorias por imposición u orden de la Superintendencia.

Dentro de esta categoría se encuentran las que pueden ser ordenadas por dicha autoridad, siempre que prevea la inminencia de que una

⁹ El artículo 291, numeral 2, del EOSF, modificado por el artículo 20 de la Ley 510 de 1999, le confiere a la toma de posesión el carácter de instituto de salvamento y protección de la confianza pública.

entidad sometida a su control y vigilada ha incurrido o puede incurrir en una o varias causales de toma de posesión. En consecuencia, una vez ordenada por la Superintendencia Bancaria es de obligatorio cumplimiento por parte de la institución objeto de la medida. Tal como ya lo explicamos, se orienta a evitar que los motivos de intervención se concreten o, que si ya se dieron, se enerven en el término más breve posible.

La facultad para decidir qué mecanismo ordenar y en qué oportunidad, es discrecional del Superintendente Bancario. Para ello dicho funcionario debe evaluar y sopesar la situación particular que presente la entidad vigilada, y observar en cada caso las disposiciones legales pertinentes.

De otra parte, el instituto de salvamento que puede ordenar la Superintendencia debe tener una relación funcional directa con el hecho que genera la causal de intervención, con el fin de que pueda alcanzar eficazmente los propósitos preventivos o de saneamiento que se persiguen. Así mismo, la oportunidad para disponer la medida se encuentra supeditada a la configuración real o potencial de la causal de toma de posesión.

Pertenecen a esta modalidad las siguientes:

A) La vigilancia especial

A través de esta medida la Superintendencia Bancaria puede ejercer una vigilancia mucho más exigente y rigurosa, una supervisión in situ por el tiempo que sea necesario sin que implique coadministración y en todo caso diferente a la que realiza ordinariamente en casos normales. Pero lo más destacable es que bajo esta medida el Superintendente tiene facultad para imponer requisitos especiales de funcionamiento a la entidad afectada, con el fin de enervar la situación que haya dado origen a la causal

de toma de posesión, según lo preceptuado por el artículo 113 numeral 1° del EOSF. Dichos requisitos pueden ser de carácter financiero, económico, administrativo, tecnológico, operativo, legal o de otra naturaleza. Algunas de ellas pueden ser de ejecución inmediata, otras de tracto sucesivo o de duración indefinida mientras dure la medida cautelar. Así por ejemplo, la Superintendencia puede ordenar requisitos tales como la venta de activos improductivos o productivos; la prohibición de hacer desembolsos de créditos previamente aprobados a los accionistas, administradores o a vinculados; hacer reportes diarios de información sobre el estado de liquidez de la entidad; imponer funciones especiales de colaboración al revisor fiscal; exigir autorizaciones previas y expresas de la Superintendencia Bancaria para la realización de ciertos actos jurídicos; prohibir compensaciones; promover el cambio de algunos administradores; prohibir el reparto de utilidades; y en general cualquier otra determinación que se estime estrictamente indispensable y apropiadas para evitar o subsanar las causales de toma de posesión.

Con todo, en muchos casos esta medida no ha resultado suficiente para corregir o subsanar las causales de intervención de las entidades que han enfrentado problemas graves.

B) La recapitalización

Se instrumenta a partir de una orden que imparte la Superintendencia Bancaria a la entidad vigilada para que sus accionistas incrementen en una cuantía determinada el capital social de la sociedad, de conformidad con las formalidades legales y estatutarias previstas para el efecto. Aplica sólo cuando la causal de toma de posesión que se procura prevenir o subsanar tiene que ver con problemas de quebranto patrimonial, incumplimiento de capitales mínimos, defectos de margen de solvencia, problemas de liquidez o con cualquier otra

debilidad que de alguna manera afecte real o potencialmente la estructura patrimonial y financiera de la institución. Subrayamos que si bien el supervisor cuenta con un margen de discrecionalidad para determinar la necesidad o no de adoptar esta medida cautelar, su monto y prioridad, entre otros aspectos, debe observar en todo caso criterios de razonabilidad y supeditarse a las disposiciones legales que regulen los requerimientos a subsanar.

Esta alternativa configura por lo demás uno de los instrumentos más eficaces para salvar las entidades vigiladas con problemas de tipo financiero o patrimonial, así como para preservar la confianza pública, toda vez que conlleva a que los accionistas actuales o los nuevos inversionistas inyecten recursos frescos a la entidad. Con ello se logra, además de evitar o enervar las causales de toma de posesión, viabilizar y fortalecer financieramente el establecimiento vigilado. Su utilización por parte de la Superintendencia Bancaria, desde su incorporación en la legislación financiera a partir del Decreto 1939 de 1986, ha sido muy frecuente, gracias a lo cual se ha logrado evitar que se intervengan muchas instituciones vigiladas, asegurándose en esta forma la credibilidad pública en el sistema financiero.

Aquí también hay que reconocer que no siempre la imposición de esta medida cautelar ha logrado prevenir o subsanar las causales de intervención de la entidad vigilada, en parte porque los accionistas no cumplieron con los requerimientos de recapitalización ordenados; en otros, porque éstos resultaron finalmente insuficientes para enervar los problemas patrimoniales, o no fue posible desarrollar ningún otro mecanismo de salvamento propio de la Superintendencia Bancaria o del FOGAFIN.

C) La fusión

Se ordena por parte de la Superintendencia Bancaria, cuando a su juicio la fusión se haga necesaria como medida cautelar para evitar la toma de posesión o para subsanarla. En tales casos "(...) dicho funcionario podrá ordenar la fusión con otra u otras instituciones financieras que así lo consientan, sea mediante la creación de instituciones nuevas que agrupen el patrimonio y los accionistas de la primera, o bien, según lo aconsejen las circunstancias, determinando que otra institución financiera preexistente la absorba¹⁰". La primera modalidad es llamada en la doctrina "fusión por creación" y, la segunda, "fusión por absorción".

La orden de fusión como medida cautelar presupone la participación voluntaria de otra u otras entidades financieras. Por esa razón antes de que el Superintendente disponga su realización en forma obligatoria, debe consultar y obtener el consentimiento y aceptación expresa de aquellas últimas. No sucede lo mismo frente a la entidad financiera que se encuentra en causal de toma de posesión, por cuanto en esta clase de medida cautelar su vinculación al proceso de fusión no es voluntaria sino obligatoria por mandato de la autoridad de supervisión, cuando a su juicio la medida sea necesaria para prevenir la intervención. En el evento en que no sea posible obtener el consentimiento de otras instituciones en normal funcionamiento para absorber a la entidad en crisis, o para crear una nueva, sencillamente la medida no sería posible. Tampoco procedería si como consecuencia del proceso de fusión por absorción o por creación, dicho organismo detecta posibles riesgos que puedan poner en peligro la viabilidad de la nueva entidad o de la absorbente.

10 Artículo 113, numeral 5, del EOSF.

La fusión como instituto de salvamento adolece de varias dificultades de distinto orden para su imposición por parte del Superintendente Bancario. En momentos difíciles del sector financiero, este organismo de supervisión intentó disponer dicha medida en relación con algunas entidades incurso en causales de toma de posesión, pero hasta el momento nunca se ha ordenado la fusión como medida cautelar, ante la imposibilidad de encontrar receptividad en otras instituciones ajenas a cualquier problemática de funcionamiento.

Cosa muy distinta es que dentro de los procesos de organización que han adelantado durante los últimos años las entidades que conforman el sector financiero, asegurador y previsional para hacer frente a las crisis, la fusión haya sido un instrumento legal muy utilizado por ellas en ejercicio de la autonomía de la voluntad¹¹.

D) El programa de recuperación

Este nuevo instituto de salvamento solo se incorporó en la legislación hace pocos años, con la reforma financiera expedida con la Ley 510 de 1999¹². Sin embargo, antes de esta reforma los programas de recuperación tenían ya bastante aplicación como mecanismo de saneamiento de las entidades vigiladas. Las condiciones eran acordadas entre la entidad vigilada y la Superintendencia, en algunas ocasiones como parte de los requisitos impuestos por ella en desarrollo de la medida de vigilancia especial, y en otras en ejercicio de objetivos y facultades claramente definidas para obrar en forma preventiva.

Como consecuencia de esta medida, la entidad afectada debe adoptar y presentar al Superintendente Bancario un plan para restablecer su situación a través de medidas adecuadas.

Para ese efecto el Decreto 2817 de 2000 señala una serie de indicadores que permiten inferir un deterioro efectivo o potencial de la situación financiera del establecimiento de crédito vigilado (sólo opera para este tipo de entidades financieras). Y, de presentarse, dará lugar a que se adopten los programas de recuperación como medida cautelar para prevenir que una entidad incurra en causal de toma de posesión, o para subsanarla.

Según el artículo 2° del susodicho decreto, los indicadores que permiten inferir la situación de deterioro financiero son el de solvencia, liquidez y gestión.

El programa de recuperación puede consistir, según el artículo 3° del mismo decreto, además de otras medidas apropiadas, en las siguientes: Capitalizaciones; reducciones forzosas de capital a una cifra no inferior del patrimonio neto; colocación obligatoria de acciones sin sujeción al derecho de preferencia; venta forzosa, cesión o cualquier otra enajenación de activos, sean productivos o improductivos; castigo de cartera; constitución de provisiones; prohibición de constituir utilidades; creación de mecanismos temporales de administración; adopción de programas concretos para la recuperación de activos; recomposición de pasivos; redimensionamiento de la actividad crediticia o de la estructura operativa o administrativa; remoción de administradores; o

11 La fusión como proceso de organización se encuentra regulada por los artículos 55 a 62 del EOSF.

12 Se encuentra contemplada en el numeral 6 del artículo 113 del EOSF, adicionado por el artículo 19 de la Ley 510 de 1999. Para su desarrollo el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2817 de 2000, conocido como "decreto de alertas tempranas".

cualquier otra medida orientada a producir cambios institucionales para evitar futuros deterioros financieros y mejorar la eficiencia y eficacia de la gestión del respectivo establecimiento de crédito.

Si el programa de recuperación convenido con la Superintendencia Bancaria se incumple dentro de los plazos previstos, puede proceder la medida de toma de posesión de la respectiva entidad.

Este mecanismo de salvamento puede ser dispuesto conjuntamente con la medida de vigilancia especial, por cuanto ambas se complementan y son perfectamente compatibles, no solamente desde el punto de vista jurídico sino también en un contexto económico y financiero. En efecto, dentro de los requisitos que puede imponer el Superintendente Bancario para el funcionamiento de una entidad que ha sido objeto de vigilancia especial podría ordenar una o varias de las medidas de recuperación anteriormente enunciadas.

E) La exclusión de activos y pasivos

Este mecanismo de salvamento se incorporó con la Ley 795 de 2003, basada en las operaciones de "salvataje", como se denomina en la legislación financiera argentina. Igual que los anteriores, tiene el carácter de medida cautelar y como propósito proteger la confianza pública en el sector financiero. Su novedad consiste en que procede no solamente para prevenir la toma de posesión, sino como mecanismo complementario de la misma, es decir, que puede darse dentro del desarrollo del proceso de toma de posesión de la entidad en cualquiera de sus etapas.

Su reglamentación se encuentra todavía pendiente de ser expedida por el Gobierno Nacional en desarrollo de atribuciones de intervención. Por su parte, el numeral 11 del artículo 28 de la precitada Ley 795, mediante el cual se adiciona el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, contiene los condicionamientos generales de contenido y forma para su implementación.

F) La prohibición de compensaciones en cooperativas financieras.

Surge con la Ley 510 de 1999 y tiene como objetivo esencial prevenir que las entidades cooperativas que adelantan actividades financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de la Economía Solidaria, incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla¹³. Persigue fundamentalmente proteger la prenda general de los ahorradores y acreedores de la cooperativa. Para el efecto la autoridad de supervisión puede ordenar en cualquier momento que se suspenda la compensación de saldos de los créditos otorgados a asociados contra los aportes sociales. De esta manera se evita que una cooperativa con dificultades de liquidez o de solvencia en un momento dado se descapitalice, o que un número determinado de asociados que a su vez son deudores de préstamos otorgados por ella resulten beneficiados en perjuicio de aquellos que tienen este último carácter.

Si bien este Instituto de salvamento se encuentra consagrado expresamente para las cooperativas que realizan actividad financiera en los términos de la Ley 454 de 1998 y que son vigiladas por la mencionadas Superintendencias,

13 Se encuentra concretamente prevista en el artículo 113 numeral 8 del EOSF, adicionado por el artículo 19 de la Ley 510.

en la práctica se puede ordenar a los establecimientos de crédito que se encuentren bajo la medida de vigilancia especial, en los casos en que existan elementos de juicio que hagan prever una inminente toma de posesión con fines liquidatorios.

2. Medidas cautelares que puede promover la Superintendencia.

Corresponden a esta clase de instituto de salvamento aquellas medidas cautelares que no pueden ser ordenadas por el Superintendente Bancario y que por lo mismo no son de obligatoria observancia por parte de las entidades afectadas. La facultad del Superintendente Bancario en relación con estas modalidades se limita a servir de promotor de la medida, siempre y cuando a su juicio las mismas resulten necesarias y oportunas para prevenir que una entidad incurra en causal de toma de posesión o para subsanarla.

Bajo dicho entendido, en estos eventos no existe un acto administrativo ordenando a la entidad vigilada la ejecución de la medida cautelar por cuanto se trata, repetimos, de institutos de salvamento y protección de carácter voluntario antes que de imposición u orden de la autoridad administrativa. Dentro de esta categoría se encuentran las siguientes:

A) La administración fiduciaria

Cuando a juicio del Superintendente Bancario dicha medida sea pertinente y necesaria para ese propósito, para evitar o subsanar las causales de toma de posesión de la entidad vigilada, se encuentra facultado para promover su realización. Configura un mecanismo apropiado cuando la causal de la toma de posesión tiene origen en debilidades o situaciones críticas de carácter administrativo, es decir, cuando se presentan factores que generen real o potencialmente riesgos graves de gestión,

tecnológicos, legales, operativos o situaciones graves inherentes a la idoneidad y responsabilidad de los administradores.

La administración fiduciaria esencialmente consiste en la gestión de los bienes, haberes y negocios por parte de otra entidad legalmente autorizada para el efecto. Por consiguiente, dicha gestión solo podría ser desarrollada por las sociedades fiduciarias, habida cuenta que según el régimen financiero son las únicas que pueden celebrar como objeto social principal negocios fiduciarios bajo la modalidad de fiducia mercantil o de encargo fiduciario¹⁴.

Pese a que este mecanismo de salvamento existe desde el año 1986, hasta el momento no ha sido utilizado por las entidades que han enfrentado causales de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios. El único antecedente del que se tiene memoria se registró a comienzo de los años 80 cuando el Banco del Estado fue objeto, por unos pocos días, de la medida de toma de posesión para administrar, para lo cual se designó al Banco Cafetero como administrador. Poco tiempo después, esto es, el 20 de octubre de 1982, a través de la Resolución Ejecutiva 203 expedida en ejercicio de las facultades contenidas en el Decreto Legislativo 2220 de ese mismo año, el Presidente de la República decretó la nacionalización del Banco del Estado.

B) La cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio.

A través de esta figura una entidad que se encuentre incurso en causal de toma de posesión, o que prevea que puede incurrir en ella, puede ceder total o parcialmente sus activos, pasi-

¹⁴ El artículo 29 del EOSF autoriza las operaciones de las sociedades fiduciarias.

vos y contratos y enajenar sus establecimientos de comercio a otra institución. Al igual que la administración fiduciaria, este instituto de salvamento no puede ser ordenado por el Superintendente Bancario y por lo mismo no es obligatorio para la entidad incurso en esa situación, pues respecto de esta medida el supervisor sólo está facultado para promoverla. Su gestión en tal sentido se orienta entonces a determinar si esa medida cautelar es la apropiada para evitar o enervar la causal de toma de posesión, encontrar las entidades que podrían estar interesadas en recibir los activos, pasivos y contratos, evaluar los riesgos inherentes de la operación y finalmente impartir la correspondiente autorización, si a ello hubiere lugar.

Tampoco este mecanismo ha sido utilizado propiamente como un instituto de salvamento, entendiéndose como tal aquellos procesos de cesión de activos, pasivos y contratos que promueve el Superintendente Bancario para prevenir o subsanar las causales de toma de posesión. No obstante, al igual que la fusión, son muchos los procesos de organización que se han desarrollado en el sector financiero en donde por voluntad de las entidades se ha recurrido a la cesión de activos, pasivos y contratos¹⁵.

3. Medidas cautelares voluntarias previa autorización de la Superintendencia.

Las siguientes medidas preventivas de la toma de posesión tienen como finalidad, igual que las que puede ordenar o promover el Superintendente Bancario, salvar la entidad y proteger la confianza pública en el sistema financiero.

Se diferencia de las anteriores en el hecho de que su desarrollo proviene por iniciativa de la entidad vigilada, sin perjuicio claro está de la autorización reservada a la Superintendencia Bancaria. Dentro de esta modalidad se encuentran las siguientes:

A) La conversión de institución financiera de naturaleza cooperativa en sociedad anónima.

Se encuentra consagrada en el numeral 7 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, adicionado por el artículo 19 de la Ley 510 de 1999. Aplica solamente para las instituciones financieras de naturaleza cooperativa sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria tales como bancos, fiduciarias, compañía de seguros o cualquier otro establecimiento de crédito de naturaleza cooperativa. La figura consiste básicamente en la posibilidad legal para que esa clase de entidades financieras se conviertan en sociedad anónima, en circunstancias excepcionales y con la autorización previa de la Superintendencia Bancaria, con lo cual pasarían a obtener una naturaleza de carácter comercial equivalente a la de los restantes establecimientos creados bajo la modalidad de sociedad anónima mercantil.

Tal como se encuentra regulada en la ley, parece que esta clase de conversión podría darse aún cuando la entidad financiera de naturaleza cooperativa no se encuentre incurso en causal de toma de posesión, o sin que se prevea que puede incurrir en una situación de esa naturaleza. En este contexto, la figura podría ser utilizada por esa clase de instituciones en cualquier momento.

¹⁵ Esta clase de procesos de organización está regulado en el artículo 68 del EOSF, modificado por adicionado por el artículo 9º de la Ley 795.

Hasta ahora esta modalidad de conversión no ha sido utilizada.

B) La conversión de persona jurídica sin ánimo de lucro de carácter civil en sociedad anónima.

Su consagración, al igual que la anterior, proviene del artículo 19 de la Ley 510 de 1999. Es una figura idéntica a la anterior en cuanto a la conversión en sociedad anónima. Sus destinatarios en esos casos son únicamente las personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil, dentro de las cuales no se encuentran las cooperativas financieras sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. Aquí la ley es más explícita en el sentido de que para la conversión no es condición el que la entidad presente indicadores en niveles críticos. También se precisa que la conversión no producirá solución de continuidad en la existencia de la institución como persona jurídica.

C) El programa de desmonte progresivo de operaciones.

Se contempla esta medida cautelar en el artículo 29 de la Ley 795 de 2003, el cual adiciona el artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Según dicha norma legal, este instituto procede cuando la entidad vigilada prevea que en el mediano plazo no podrá continuar cumpliendo con los requerimientos legales para funcionar en condiciones adecuadas, siempre y cuando se garantice la apropiada atención de los ahorros del público.

A través del Decreto 1335 del 27 de mayo de 2003, el Gobierno Nacional reglamentó el desmonte progresivo de operaciones. En el artículo 1º de este decreto se estipula que se trata de una decisión voluntaria de la entidad vigilada, adoptada a través de su máximo órgano y que requiere aprobación de la Superintendencia Bancaria.

Así mismo reza dicho artículo que el programa de desmonte progresivo podrá consistir en la adopción de una o varias de las siguientes medidas: reducción gradual del pasivo, en la cesión de activos, pasivos y contratos; en la condonación o renuencia por parte de los accionistas o sus vinculados a la reclamación de acreencias a favor de aquellos, o a la aceptación por parte de los mismos a la subordinación del pago de las mencionadas acreencias al pago del resto del pasivo externo; en una combinación de todas o de algunas de las anteriores acciones; en la realización de actos y negocios jurídicos que conduzcan al pago del pasivo externo. Conviene resaltar que la finalidad de cualquiera de las medidas antes indicadas debe buscar la protección de los ahorradores e inversionistas.

El decreto señala adicionalmente los requisitos que debe cumplir la solicitud para poder obtener la aprobación del programa de desmonte progresivo y el procedimiento que se sigue en la Superintendencia Bancaria para su autorización.

La autoridad de supervisión está facultada para exceptuar a la entidad en desmonte, con posterioridad a la iniciación del respectivo programa, de los requerimientos legales de una entidad en marcha. Por lo tanto, podría la autoridad de supervisión exonerar a la entidad de cumplir controles legales tales como margen de solvencia, inversiones forzosas, encaje, patrimonio técnico, entre otros.

CONCLUSIONES

Recapitulando todo lo anteriormente expuesto, a título de conclusiones podemos anotar lo siguiente:

1. La Superintendencia Bancaria de Colombia tiene su razón de ser principalmente en la

misión de asegurar la confianza pública en el sistema financiero, lo cual se circunscribe dentro de las funciones que por disposición de la Constitución y la ley tiene el Estado de proteger los recursos captados del público y de tutelar el interés general.

2. Para el cumplimiento de tan importante objetivo la ley otorga al Superintendente Bancario facultades expresas para activar, en los casos y conforme a los presupuestos determinados por ella, el ejercicio de "institutos de salvamento y protección de la confianza pública", entre los cuales se encuentran las llamadas "medidas preventivas de la toma de posesión" de las entidades vigiladas, cuyo objetivo es evitar o subsanar las situaciones que originen las causas de esa medida de intervención.

3. Los institutos de salvamento y protección de la confianza pública, como medidas preventivas de la toma de posesión, constituyen facultades otorgadas al supervisor bancario para proteger al cliente del sistema financiero, cualquiera sea la relación contractual o de servicios que lo vincule con una entidad vigilada en dificultades.

4. Los mecanismos preventivos de la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de una entidad vigilada, regulados por el régimen financiero y que pueden ser ordenados, promovidos o autorizados por el Superintendente Bancario, según el caso, se contraen a las siguientes medidas: vigilancia especial; recapitalización; fusión; cesión de activos, pasivos y contratos y enajenación de establecimientos de comercio; programa de recuperación; exclusión de activos y pasivos; administración fiduciaria; prohibición de hacer compensaciones en cooperativas financieras; programa de desmonte progresivo de operaciones; y conversión a sociedad anónima de entidades de naturaleza cooperativa y

personas jurídicas sin ánimo de lucro de carácter civil.

5. La Superintendencia Bancaria tiene facultad para aplicar una sola o varias a la vez de las medidas preventivas de la toma de posesión, sin perjuicio de complementarlas con otras acciones que a su juicio considere necesarias para proteger la fe pública y salvaguardar los derechos de los depositantes, ahorradores, inversionistas y terceros de buena fe.

6. Si bien es cierto que los mecanismos preventivos de la toma de posesión adoptados por la Superintendencia han permitido salvar en muchos casos la entidad vigilada y evitar así la toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, también es justo reconocer que en no pocos casos son los mismos accionistas propietarios de las entidades los que en una actitud profesional y responsable han tomado la iniciativa de adelantar acciones y procesos de organización tales como incrementos de capital, fusiones, cesión de activos pasivos y contratos, adquisiciones, o bien han decidido su salida ordenada del mercado, con el fin de anticiparse a situaciones insalvables que pudieran afectar la institución, o sencillamente para fortalecerse y sortear normalmente los efectos perturbadores de la crisis de la economía en general.

7. La confianza pública en el sector financiero no solamente se garantiza a través de las acciones y mecanismos de supervisión que puede ejercer la Superintendencia Bancaria o las demás autoridades competentes, sino que también se logra con la tranquilidad que otorga a los clientes del sector financiero el hecho de estar razonablemente informados e ilustrados sobre los mecanismos de prevención o saneamiento con que cuenta ella para precautelar sus ahorros, inversiones y acreencias, así como los intereses de la comunidad en general.

BIBLIOGRAFIA

- | | |
|--|--|
| Ley 45 de 1923. | Informe de labores de la Superintendencia Bancaria, Enero 1984 – Julio 1986. |
| Decreto Ley 1939 de 1986. | |
| Ley 45 de 1990. | |
| Decreto Ley 1033 de 1991. | "Operaciones de Salvamento y Reprivatización Bancarias", Informe de la Superintendencia Bancaria a la Subcomisión de la Cámara de Representantes, 18 de marzo de 1992. |
| Decreto Ley 1730 de 1991 – EOSF. | |
| Ley 35 de 1993. | |
| Decreto Ley 663 de 1993 – Actual EOSF. | |
| Ley 454 de 1998. | |
| Ley 510 de 1999. | Resoluciones de toma de posesión de las instituciones financieras y aseguradoras intervenidas en el periodo 1982 a 2002. |
| Decreto 2817 de 2000. | |
| Ley 795 de 2003. | |
| Decreto 1335 de 2003. | |
| Constitución Política de Colombia. | Colección Legislación Financiera No. 6, Superintendencia Bancaria, Intervención de Instituciones Financieras, Procedimientos. |
| Código de Comercio. | |
| Código Contencioso Administrativo. | |

Julio de 2003