

LEY MARCO EN ACTIVIDAD FINANCIERA Y ASEGURADORA - La expedición del Congreso fijando los objetivos y criterios generales que debe tener en cuenta el gobierno / ACTIVIDAD FINANCIERA Y ASEGURADORA - Con la ley 35 de 1993 se pretendía estabilidad en el sistema financiero / SEGURO DE DEPOSITOS - Objetivo / DEPOSITANTES EN EL SISTEMA FINANCIERO - Con el seguro de depósitos tienen garantía en caso de problemas de solvencia de la entidad

Con formato

De conformidad con el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República expide la Ley marco donde establece los objetivos y criterios generales que el Gobierno debe tener en cuenta para regular la actividad financiera y aseguradora o donde establece los objetivos y criterios generales que el Gobierno debe tener en cuenta para regular la actividad financiera y aseguradora. Así, la Ley 35 de 1993 al señalar los objetivos ya mencionados de la intervención del ejecutivo en estas actividades, pretende que haya estabilidad en el sistema financiero con el fin de proteger los recursos provenientes del ahorro y de mantener la confianza de los depositantes. Uno de los mecanismos de regulación y supervisión del sistema financiero para lograr los fines enunciados es el seguro de depósitos, cuyo objetivo general es brindar una garantía a los depositantes, de la devolución parcial o total de sus dineros cuando una entidad financiera presente problemas de solvencia. El seguro de depósitos contribuye entonces a la estabilidad financiera, como quiera que da confianza a los depositantes y los disuade para que no se produzcan retiros masivos ante anuncios o rumores de insolvencia de las entidades financieras. En Colombia, como ha ocurrido en otros países de Latinoamérica, el seguro de depósitos nació con ocasión de una crisis financiera a mediados de los años ochenta.

Con formato

Con formato

Con formato

FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS - Naturaleza Jurídica / SEGURO DE DEPOSITOS - Fue creado por FOGAFIN mediante Resolución 001/88 / FOGAFIN - Actividades en relación con entidades financieras privadas y la banca pública

Con formato

La Ley 117 del 20 de diciembre de 1985 creó el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN como persona jurídica autónoma de derecho público, de naturaleza única, sometida al control de la Superintendencia Bancaria y con el objeto de proteger la confianza de los depositantes y acreedores de las instituciones financieras inscritas, y como una de sus funciones señaló "organizar y desarrollar el sistema de seguro de depósito. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en desarrollo de estos preceptos dictó la Resolución 001 de 1988 por la cual se organiza el seguro de depósitos y en la que se precisó su objeto, cobertura y financiación. Esta última a cargo de los bancos comerciales, bancos hipotecarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial y sociedades de capitalización; a través de las primas que deben cancelar. El seguro de depósitos venía operando de acuerdo con los parámetros establecidos, hasta que la crisis financiera de los años 1998 y 1999, que llevó a la declaratoria de emergencia económica por parte del Gobierno Nacional, obligó a revisar su efectividad, pues ante la gravedad de la situación las reservas del seguro se vieron gravemente disminuidas, lo cual obligó a recurrir al Tesoro Nacional y al crédito externo para solventar la situación. Durante los años 1999 y 2000 el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras puso en marcha una línea especial para los establecimientos financieros privados otorgando créditos por \$799.000'000.000 que capitalizaron a las instituciones beneficiadas con tales préstamos. Este apoyo se financió con el seguro de depósitos y con la emisión de bonos FOGAFIN. En relación con la banca pública, el FOGAFIN realizó una serie de actividades para fortalecerla patrimonialmente para lo cual se emitieron bonos y

Con formato

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

se invirtieron recursos del impuesto a las transacciones financieras para capitalizarlas, además actividades de saneamiento y reestructuración de entidades que implicaron desembolsos por el Estado de \$4.8 billones de pesos provenientes de bonos, emergencia económica y aportes del presupuesto nacional.

COSA JUZGADA - Elementos / COSA JUZGADA EN NULIDAD NO DECRETADA - Se produce sólo en relación con la causa pretendí juzgada / IDENTIDAD JURIDICA DE PARTES - En la cosa juzgada no es aplicable para los procesos de simple nulidad / INDICADORES LIDERES EN EL SEGURO DE DEPOSITOS - Existe cosa juzgada en cuanto a lo señalado en la Resolución 5 de 2000 de FOGAFIN

Con formato

Al respecto la Sala encuentra que los cargos mencionados contra la resolución demandada, fueron estudiados en los procesos acumulados 13407, 13414, y 13490, que en sentencia de octubre 18 de 2006 la encontró ajustada a derecho, por lo que operó el fenómeno jurídico de la cosa juzgada. En efecto, conforme al artículo 175 del C. C. A. "la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada 'erga omnes. "La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en relación con la causa petendi juzgada". De acuerdo con la disposición citada, si la decisión jurisdiccional es negativa, es decir si el acto demandado continúa vigente, la cosa juzgada se predica únicamente de las causales de nulidad alegadas y del contenido del petitum que no prosperó. En consecuencia, la norma puede ser demandada por otra causa y puede prosperar la pretensión. Ahora bien, de conformidad con el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que se configure la cosa juzgada es menester que haya identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de partes. El objeto de la demanda es la pretensión, y la causa es el fundamento del derecho que se ejerce. El último requisito, identidad jurídica de las partes no es aplicable en procesos de nulidad, por los efectos Erga omnes que le otorga el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo a las sentencias que la declaran y los efectos erga omnes en cuanto a la causa petendi en las que la niegan. La Sala observa que existe coincidencia entre la causa petendi alegada en los procesos 13407, 13414 y 13490 y la argumentada en la presente litis, pues la misma actora ataca la legalidad de la Resolución 5 de 2000, en la medida en que la Junta Directiva de FOGAFIN incurrió en una omisión en el ejercicio de sus funciones, por la ausencia de regulación de la parte esencial del sistema de seguro de depósitos al remitirse a los indicadores lideres que maneja la Superintendencia Bancaria, sin determinar la forma como calificaría a las entidades financieras para obtener en un momento dado la devolución de las primas pagadas por el seguro de depósitos, ni las ponderaciones para la calificación del riesgo asegurado, todo lo cual va en contravía de la definición de los criterios técnicos estipulados en el artículo 323 del E.O.S.F. Igualmente existe similitud respecto a la violación del principio de igualdad, puesto que los indicadores para evaluar a la entidad financiera no se reflejan proporcionalmente

Con formato

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

en la devolución de la prima o en el pago adicional. En cuanto a las normas invocadas como violadas, básicamente se sustenta en el desconocimiento de la Junta Directiva de FOGAFIN de los artículos 318 y 323 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que coinciden con las aducidas en los procesos acumulados 13407, 13414 y 13490.

PRIMAS DEL SEGURO DE DEPOSITOS - Su monto está destinado a la formación de reservas para el pago del seguro de depósito / DEVOLUCION DE PRIMAS DEL SEGURO DE DEPOSITOS - Se fundamenta en la calificación otorgada por el FOGAFIN con base en indicadores lideres / INDICADORES FINANCIEROS LIDERES - Los resultados de su aplicación produce la devolución de primas o la prima adicional del seguro de depósito / SEGURO DE DEPOSITO - Se paga la prima por anticipado y al final del año de devuelve un porcentaje o se cobra una prima adicional / INDICADORES FINANCIEROS LIDERES - Se basan en la metodología CAMEL utilizada en los Estados Unidos / CALIFICACION DE ENTIDADES FINANCIERAS - Se hace a través de los indicadores lideres utilizados por la Superbancaria

La sentencia de octubre 18 de 2006 en comento, en los apartes pertinentes frente a los cargos señaló: "En relación con las primas a cargo de las entidades financieras se destaca que el literal c) del artículo 323 del EOSF concibe el establecimiento de primas diferenciales o bien la previsión de un sistema de devoluciones, que en uno u otro caso, tenga en cuenta los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita los cuales se fijarán con base en los criterios técnicos que periódicamente determine la Junta. El monto de la prima a cargo de las instituciones financieras debe ser destinado a la formación de reservas para el pago del seguro de depósito, de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 319 del EOSF. El artículo 3° de la Resolución 5 de 2000 acusada, optó por un sistema de devolución de primas y prima adicional el cual depende de la calificación que realiza el Fondo de Garantías a las instituciones financieras obligadas a sufragarlas. Esta disposición permite la devolución de un porcentaje de la prima pagada siguiendo una fórmula que tiene en cuenta la calificación otorgada por el FOGAFIN, con base en "los indicadores líderes para evaluar el comportamiento de la situación financiera de las entidades financieras que establezca la Superintendencia Bancaria". Sin embargo, si el porcentaje resultante de aplicar la fórmula resulta negativo, en lugar de devolución, la entidad deberá pagar el correspondiente porcentaje adicional de prima de seguro. Para la Sala, el artículo 3° de la Resolución 5 de 2000 acató las disposiciones establecidas para el establecimiento de las primas del Seguro de depósito de que trata el literal c) del artículo 323 del EOSF, pues con el sistema adoptado de devolución de primas y prima adicional, se premian o se castigan los resultados que emanan de los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita. En síntesis, durante el año se cancela la prima por anticipado por trimestre calendario equivalente al 0.6% de los pasivos que se tengan con el público

Con formato

Con formato

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

(depósitos, CDT, servicios de recaudo, títulos de capitalización, etc.). Al final del año se califica el riesgo al que estuvieron expuestos los depositantes para establecer si a la institución se le devuelve un porcentaje de lo pagado o se le cobra una prima adicional. Ahora bien, para establecer el monto a devolver o la suma adicional se parte de la calificación del FOGAFIN, se tuvieron en cuenta los indicadores financieros y de solvencia líderes utilizados por la Superintendencia bancaria, los cuales garantizan el uso de criterios técnicos adecuados para medir el riesgo de las entidades financieras. En relación con la supuesta indefinición de la expresión "indicadores líderes" contenida en el artículo 3° de la Resolución acusada, la Sala observa que los indicadores utilizados por la Superintendencia Bancaria para evaluar el comportamiento financiero de sus vigiladas se basan en la metodología CAMEL utilizada desde 1979 por las agencias regulatorias federales de los Estados Unidos, con lo cual se presenta una clara referencia a los instrumentos de medición del riesgo que debían ser tenidos en cuenta por el Fondo a efectos de la calificación de las entidades financieras. En conclusión, la norma acusada no prescindió de ninguno de los requisitos exigidos por las disposiciones que regulan las primas del seguro de depósitos, ni omitió aspectos que debieron definirse en dicho acto, de tal forma que no sea posible su aplicación o que no produzca efectos jurídicos, por lo cual no es procedente la pretensión subsidiaria de declarar la inaplicación del artículo 3° de la Resolución 5 de 2000."

Con formato

DIRECTOS DE FOGAFIN Como agente del Presidente de la República le corresponde la administración del Fondo / JUNTA DIRECTIVA DE FOGAFIN - Sus funciones son de organización y regulación del seguro de depósito

Con formato

Conforme con esta regulación, el Director del FOGAFIN es agente del Presidente de la República y como tal le corresponde la administración del Fondo, así como la ejecución de las actividades que permitan el cumplimiento de sus objetivos. Es claro que el Director no puede usurpar funciones que le correspondan a la Junta Directiva por expresa disposición legal, pero de acuerdo con el literal m) del artículo 27 de los Estatutos del Fondo, debe asumir aquellas funciones del FOGAFIN que no estén atribuidas expresamente a otro órgano, así como las que le atribuyan las normas legales. Las funciones de la Junta son de organización y regulación del seguro de depósito, al Director le corresponde por competencia residual, desarrollar y reglamentar aquellas pautas y directrices generales dictadas por la Junta Directiva del FOGAFIN. A partir de los anteriores planteamientos debe la Sala examinar si el Director de FOGAFIN asumió la competencia regulatoria de la Junta Directiva al emitir la Circular 7 de 2002, para ello se analizará a continuación el contenido de la misma. Esta Circular sustituyó en su totalidad el contenido de la Circular 003 de 2002, para lo cual está estructurada en cinco capítulos.

INSTRUCTIVO DEL DIRECTOR DEL FOGAFIN - Lo es la Circular 007 de 2002 en cuanto al seguro de depósito / CALIFICACION DE ENTIDADES

Con formato

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

FINANCIERAS - Se requiere para efectos de la devolución de las primas y la prima adicional del seguro de depósito / INDICADORES FINANCIEROS LIDERES - Al hacerlos públicos el Directos del FOGAFIN el procedimiento de calificación resulta uniforme y objetivo / DIRECTOR DE FOGAFIN - Con la Circular 007/02 no expedirá regulaciones especiales ni reemplazó las fijadas por la Junta / SEGURO DE DEPOSITO - Lo previsto por el Director de FOGAFIN para la devolución de primas y prima adicional no es ilegal

Para la Sala, como lo consideró al analizar la Circular 3 de 2002, el acto acusado constituye un instructivo expedido por el Director del FOGAFIN, una circular operativa con el procedimiento que la misma Entidad sigue para otorgar la calificación a las instituciones financieras, pues es el Fondo de Garantías quien tiene la competencia para ello. Cuando el Director del FOGAFIN señaló el procedimiento para la calificación de las entidades, no reguló ninguno de los aspectos principales del seguro de depósitos, porque estos ya estaban regulados en la Resolución 5 de 2000 de la Junta Directiva. La Circular contiene información sobre la voluntad de la Administración, en cuanto al procedimiento para efectos de la devolución de primas, es un acto de organización interna para el cumplimiento de una competencia específica: Calificar a cada una de las instituciones financieras e informar sobre lo mismo a los representantes legales del sector financiero. La Sala ha considerado, que resultaban necesarios para la adecuada ejecución de la competencia asignada, unos lineamientos que permitieran la calificación que se debe realizar para la devolución de la prima de seguro o para determinar el cobro de una prima adicional, dentro de los límites y parámetros establecidos en la Ley y en la Resolución 5 de 2000 de la Junta directiva, lineamientos que corresponden al cumplimiento de los objetivos del fondo en relación con el seguro de depósitos. El Director del Fondo tampoco creó unos indicadores para calificar a las entidades financieras. En esas circunstancias, no se requería que la Junta Directiva del FOGAFIN al regular el Seguro de depósitos llegara al nivel de señalar con detalle los indicadores utilizados dentro de sus funciones de control y vigilancia. Para la Sala no es ilegal que el Director del Fondo de Garantías establezca los procedimientos de calificación para la devolución de la prima y prima adicional, por el contrario, al hacer públicos los indicadores líderes de la Superintendencia Bancaria que tienen relevancia y las ponderaciones que se les otorga a cada uno de ellos, el proceso resulta uniforme y objetivo. Ahora bien, en relación con el contenido de los capítulos III, IV y V, se observa que instruyen sobre los procedimientos operativos a cargo del FOGAFIN para la devolución de primas o el pago de prima adicional, decisiones que constituyen actos de organización interna que reiteran los plazos establecidos en la Resolución 5 de 2000. No señalan obligaciones o derechos para las instituciones financieras y se advierte sobre el trámite para dos eventos específicos: En conclusión, el Director de FOGAFIN no excedió sus competencias pues no expidió regulaciones adicionales para el seguro de depósito, ni reemplazó las fijadas por la Junta Directiva. El cargo no prospera.

Con formato

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

RESERVA DEL SEGURO DE DEPOSITO - Para su reconstrucción se adoptó un sistema de primas diferenciales en la Resolución 5 de 2000 / FOGAFIN - Para garantizarle recursos para protección de ahorradores y depositantes se adoptaron primas diferenciales del seguro de depósito / PRIMA DE SEGURO DE DEPOSITOS - Es Diferencial porque se devuelve una parte de lo pagado o se paga una prima adicional de acuerdo a la calificación financiera / DEVOLUCION DE PRIMA DE SEGURO DE DEPOSITO - No hay derecho adquirido para ello

Con formato

Con el fin de reconstituir la reserva del seguro de depósito y garantizar la existencia futura de los recursos que le permitan al fondo desarrollar las operaciones encaminadas a proteger a los ahorradores y depositantes se determinó en la Resolución 5 de 2000 modificar el anterior sistema de devolución de primas y se adoptó uno de primas diferenciales a través de una función continua que permite diferenciar los distintos riesgos de las instituciones, estableciendo un sistema de premios y castigos. De esta manera, aquellas entidades que toman mayores riesgos cancelan también una prima superior frente a aquellas que asumen menores riesgos. El "premio" será la devolución de una parte de lo pagado y el "castigo" será el pago de una prima adicional a la cancelada. Con ello se construye un sistema de primas diferenciales previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Este parámetro resulta lógico por tener en cuenta que el seguro tiene como finalidad garantizar o salir a responder por un riesgo y a mayor riesgo mayor costo. Cabe anotar que algunos consideran que puede resultar contraproducente el exigir cobros adicionales a entidades que tienen mayores dificultades, sin embargo esta afirmación no está demostrada y por otro lado el Seguro de depósitos no puede servir para inducir a que las instituciones asuman riesgos morales, esto es que tomen decisiones que impliquen riesgos indebidos, bajo la expectativa de la existencia del seguro. Con este sistema se desestimula la asunción del riesgo moral. Por otra parte, la Sala reitera su criterio jurisprudencial en el sentido de que no hay un derecho adquirido a la devolución de las primas pagadas por el seguro de depósito, pues no hay norma alguna que lo otorgue. No se demostró por parte de la parte demandante que los indicadores utilizados fuesen irrazonables y en consecuencia el cargo no está llamado a prosperar.

CALIFICACION DE ENTIDADES FINANCIERAS - Tiene su origen en la Resolución 5/00 que se remitió a los indicadores utilizados por la Superbancaria / INDICADORES FINANCIEROS LIDERES - No fueron creados por la Circular 07/02 sino los informó para claridad de las instituciones financieras / ACTOS GENERAL - No requiere de la intervención de terceros de que trata el C.C.A. / INTERVENCION DE TERCEROS - No se requiere tratándose de actos generales

Con formato

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

La Sala considera pertinente insistir en que el Director del FOGAFIN no creó, modificó ni extinguió la situación jurídica de las instituciones sujetas a calificación, diferente de la ya existente al tiempo de proferir la Circular demandada. La Sala insiste nuevamente en que los indicadores utilizados y las respectivas ponderaciones utilizadas para calificar a las entidades financieras tienen origen en la Resolución 5 de 2000 que se remitió a los indicadores utilizados por la Superintendencia Bancaria y a la información proveniente de esta entidad en la que comunica que utiliza la metodología CAMEL. Es decir, la Circular no determinó los indicadores sino los informó para efectos internos y para mayor claridad de las instituciones financieras, pues es el FOGAFIN quien tiene el deber y la competencia para calificar y determinar la prima del seguro de depósitos, la obligación establecida en el artículo 3° de la Resolución 5 de 2000 se dirige a la Administración. Si bien puede resultar conveniente que las instituciones financieras conozcan con anterioridad los indicadores que se van a utilizar para su calificación, el FOGAFIN y la Superintendencia Bancaria consideraron que su conocimiento público podría implicar riesgos para el sistema por exponerse a interpretaciones por parte de agentes externos que desconozcan su única finalidad de lograr la calificación de las entidades para efectos de la determinación de las primas, en aplicación del numeral 3 del artículo 322 del EOSF. Contrario a lo señalado por la parte demandante se observa que la Circular 7 de 2002 está debidamente motivada en la Resolución 5 del 27 de noviembre de 2000 expedida por la Junta directiva de FOGAFIN y adicionalmente los antecedentes administrativos, permiten concluir que no fue una decisión arbitraria por parte de la Administración. En relación con la aplicación de los artículos 14, 28 y 35 del Código Contencioso Administrativo que obligaban a vincular a terceros, a comunicar la actuación en curso y darles oportunidad de intervenir antes de adoptar las decisiones, la Sala reitera que la Circular demandada es un acto de carácter general operativo, de información e instrucción y por tanto no requería de las exigencias citadas para la expedición de actos particulares.

Con formato

CONSEJO DE ESTADO

Con formato

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Con formato

SECCIÓN CUARTA

Con formato

Con formato

Consejero ponente ~~ONSEJERO PONENTE~~: JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIÉ.

Pág.

~~Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)~~

~~Número Interno: 13980~~

~~ACTOR: PATRICIA MIER BARROS~~

~~Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002~~

~~FALLO~~

Bogotá, D.C., junio catorce (14) de dos mil siete (2007) **NEGADO**

~~EXP. Radicación número No.:~~

~~Radicación No. 11001-03-27-000-2003-00051-01 (13980)~~

~~ACTOR: Actor ACTOR.:~~ PATRICIA MIER BARROS

~~Demandado: JUNTA DIRECTIVA FOGAFIN~~

~~Referencia: Nulidad de la Resolución 5 de noviembre de 2000 y de la Circular Externa 007 de diciembre 27 de 2002~~

~~FALLO~~

~~ASUNTO: Nulidad de la Resolución 5 de noviembre 27 de 2000 y de Circular Externa 007 de diciembre 27 de 2002, expedidas por de FOGAFIN FALLO~~

~~. FALLO-~~

Por haber sido negado el proyecto de fallo al ponente inicial, decide la Sala la demanda incoada por

la ciudadana PATRICIA MIER BARROS en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, contrasolicita la nulidad d el artículo el artículo 3º de la Resolución 5 de noviembre 27 de 2000, por medio del cual “se dictan normas sobre el seguro de depósitos” expedida por la Junta Directiva del FOGAFIN y de la Circular Externa 007 de diciembre 27 de 2002, proferida por el Director de la misma entidad.

Con formato

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

ACTOS DEMANDADOS

Se demanda la nulidad del artículo 3º de la Resolución 5 de noviembre 27 de 2000, expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Financieras (FOGAFIN) por la cual "~~se dictanse~~ dictan normas sobre el seguro de depósitos" que a la letra dice:

La Junta directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en uso de sus facultades legales, en especial de las que le confieren el literal c) del numeral 2º. Del artículo 318 y el artículo 323 del Decreto 663 de 1993,

CONSIDERANDO

1º. Que de conformidad con lo dispuesto en el literal d) del numeral 2º. Del artículo 316 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, una de las funciones que debe cumplir el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras es la de organizar y desarrollar el sistema de seguro de depósitos.

2º Que, así mismo, el literal c) del numeral 2º. Del artículo 318, en concordancia con el artículo 323 de dicho Estatuto, atribuyó a la Junta Directiva del Fondo la potestad de regular el seguro de depósitos con observancia de los principios allí enunciados.

3º. Que dentro de los principios sobre los cuales se debe reglamentar el seguro de depósitos está el de establecer el valor de las primas de manera diferencial o prever un sistema de devoluciones, teniendo en cuenta los indicadores financieros y de solvencia de las entidades inscritas.

4. Que una de las fuentes que nutre los recursos del fondo es la proveniente del recaudo de las primas pagadas por concepto del seguro de depósitos por parte de las instituciones financieras en él inscritas, tal como lo dispone el literal f) del numeral 1º del artículo 319, y cuyo costo según el literal e) del artículo 323 no puede ser superior a una suma equivalente al cero punto tres por ciento (0.3%) anual del monto de los pasivos para con el público de cada una de las entidades financieras inscritas;

5. Que el mismo estatuto orgánico del sistema financiero, en el literal d) del numeral 2º del artículo 319, determinó que en caso de

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

que los recursos de las reservas resulten insuficientes para la realización de las operaciones de apoyo o la atención de futuros siniestros cuyo pago deba asumir, la junta directiva del fondo puede adoptar planes de reconstitución de las reservas mediante el incremento de las primas por encima del límite señalado en el considerando antecedente;

6. Que dado el alto volumen de recursos que ha sido necesario destinar en los últimos años al otorgamiento de apoyos a favor de las entidades financieras inscritas, con el objeto de evitar la ocurrencia de una crisis sistémica, se disminuyó significativamente la reserva de seguro de depósitos, de forma tal que el fondo tuvo que acudir a fuentes adicionales de financiación, tales como recursos provenientes del presupuesto nacional y empréstitos externos;

7. Que lo expuesto en el numeral antecedente, aunado a la persistencia de ~~las causas~~ las causas originadoras de la crisis en algunos sectores del sistema financiero, hace indispensable adoptar medidas tendientes a reconstituir la aludida reserva, con el propósito de garantizar la existencia futura de los recursos que le permitan al fondo desarrollar las operaciones encaminadas a proteger a los ahorradores y depositantes de las entidades financieras inscritas y a atender eventuales siniestros,

RESUELVE:

(...)

ART. 3º—Modificar el artículo 2º de la Resolución 1 de 1998, el cual quedará así:

“ART. 2º—Sistema de devolución de primas y prima adicional:

1. La devolución de primas se hará con fundamento en la calificación que realice el Fondo de cada una de las entidades financieras, para cuyo efecto usará los indicadores líderes para evaluar el comportamiento de la situación financiera de las entidades financieras que establezca la Superintendencia Bancaria. Dicha calificación se otorgará en un rango de uno a cinco (1:5) siendo uno (1) la más baja y cinco (5) la máxima posible.

2. El porcentaje de devolución que se aplicará al valor total de las primas pagadas durante el año inmediatamente anterior a aquél en el cual se realiza la respectiva devolución, se calculará

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

aplicando la siguiente fórmula:

$$(x) = \frac{1}{4} \cdot 0.15x^3 - 1.35x^2 - \frac{4.575x - 5.625}{5.6x - 5.625} \cdot x \cdot 100$$

$$T = [5 (\dots)] \cdot x \cdot 100$$

Donde: T(x) es el porcentaje de prima a ser devuelto y x es la calificación otorgada por el fondo.

3. Si el porcentaje resultante de aplicar la fórmula descrita en el numeral anterior resulta negativo, el Fondo lo aplicará, expresado en valor absoluto, al monto total de las primas pagadas durante el año anterior; el valor que arroje dicha operación corresponderá al monto adicional que por concepto de prima de seguro de depósitos deberá pagar la respectiva entidad.

PAR.—La aplicación de los indicadores líderes para evaluar el comportamiento de la situación financiera de las entidades financieras que establezca la Superintendencia Bancaria, se hará con base en los balances transmitidos por las entidades a dicha Superintendencia”.

[-También pidió la nulidad de la Circular 007 del 27 de diciembre de 2002](#)

Ci

Igualmente que se anule la Circular Externa 007 del 27 de diciembre del 2002, expedida por el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFIN), que dice:

DESTINATARIO(S) REPRESENTANTES LEGALES DE BANCOS, CORPORACIONES FINANCIERAS, COMPAÑÍAS DE

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

FINANCIAMIENTO COMERCIAL Y SOCIEDADES DE CAPITALIZACIÓN

ASUNTO: DEVOLUCIÓN DE PRIMAS DE SEGURO DE DEPÓSITOS Y PAGO DE PRIMA ADICIONAL

GENERALIDADES

En virtud de lo establecido en el artículo tercero de la Resolución No. 5 del 27 de noviembre de 2000, expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras que modificó el artículo segundo de la Resolución No. 1 de 1998, relacionado con el nuevo sistema de devolución de primas de seguro de depósitos y pago de la prima adicional, la presente circular tiene como propósito informar el procedimiento que el Fondo aplicará con respecto a las primas recaudadas a partir del año 2001, sustituyendo en su totalidad, para el año 2002 y siguientes, la Circular Externa No. 003 de 2002 expedida con el mismo propósito por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

Para el efecto, esta Circular está estructurada en cinco capítulos. El capítulo I describe los requisitos para determinar la devolución o cobro de primas por seguro de depósitos; el capítulo II describe el procedimiento utilizado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras para determinar la calificación obtenida por las entidades; el capítulo III informa el procedimiento operativo para la devolución de primas por seguro de depósitos; el capítulo IV informa el procedimiento operativo para el pago de la prima adicional y, el capítulo V señala las disposiciones comunes a los capítulos III y IV de esta circular.

I. REQUISITOS PARA DETERMINAR LA DEVOLUCIÓN O COBRO ADICIONAL DE PRIMAS POR SEGURO DE DEPÓSITOS

A. REQUISITOS PARA LA DEVOLUCIÓN DE PRIMAS POR SEGURO DE DEPÓSITOS

Para que una entidad financiera sea acreedora de devolución de primas por seguro de depósitos, de que trata la Resolución No. 5 de 2000 expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras se requiere que la respectiva entidad cumpla con tres requisitos:

- 1. Que en ningún momento del período anual objeto de devolución haya contado con capital garantía otorgado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;*

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

2. *Que en ningún mes del período anual objeto de devolución haya registrado una relación de solvencia inferior a 9%;*
3. *Que la calificación total obtenida por la entidad financiera sea mayor de 3.*

Cumplidos los anteriores requisitos, el monto de la devolución será el equivalente al valor que resulte de aplicar un porcentaje entre 0,01% y 50% al monto pagado por la respectiva entidad durante el año inmediatamente anterior, por concepto de prima de seguro de depósitos.

B. REQUISITOS PARA EL COBRO ADICIONAL DE PRIMAS POR SEGURO DE DEPÓSITOS

Toda entidad financiera está sujeta al cobro adicional de primas por seguro de depósitos, de que trata la Resolución No. 5 de 2000, expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras cuando la calificación total obtenida por la entidad sea menor de 3.

Cumplido el anterior requisito, el monto de la prima adicional será equivalente al resultante de aplicar un porcentaje entre 0,01% y 50% al monto pagado por la respectiva entidad durante el año inmediatamente anterior por concepto de prima de seguro de depósitos.

El cobro de la prima adicional opera aún en el evento en que la entidad financiera haya registrado una relación de solvencia superior a 9% en el período anual objeto de devolución, o aun cuando haya contado con capital garantía otorgado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

II. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA DEVOLUCIÓN O COBRO ADICIONAL DE PRIMAS POR SEGURO DE DEPÓSITOS

A. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA DEVOLUCIÓN O COBRO ADICIONAL DE PRIMAS PARA ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO

La devolución o cobro adicional de las primas se realizará con fundamento en la calificación que realice el Fondo, mediante la aplicación de los indicadores líderes utilizados por la Superintendencia Bancaria para evaluar la situación financiera de cada uno de los establecimientos de crédito.

Los indicadores líderes utilizados son:

1. INDICADOR DE CAPITAL

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

$$\text{Relación de Solvencia} = \frac{\text{Patrimonio Técnico}}{\text{Activos Ponderados por Riesgo} + [(100/9) * \text{VeR}]}$$

2. INDICADOR DE CARTERA

$$\text{Indicador de Cartera} = \frac{\text{Cartera Ponderada por Riesgo}}{\text{Cartera Bruta}}$$

3. INDICADOR DE GESTIÓN

$$\text{Indicador de Gestión} = \frac{\text{Gastos Operacionales Totales}}{\text{Margen Financiero Bruto}}$$

4. INDICADOR DE UTILIDADES

$$\text{Indicador de Utilidades} = \frac{\text{Utilidades Totales}}{\text{Activo Promedio}}$$

4.5. INDICADOR DE LIQUIDEZ

$$\text{Indicador de Liquidez} = \frac{\text{Brecha Acumulada de Liquidez a 3 Meses}}{\text{Saldo de los Activos Liquidos a la Fecha}}$$

La calificación para cada uno de los indicadores líderes se otorgará en un rango de uno a cinco (1-5) siendo (1) la más baja y cinco (5) la máxima posible.

La calificación total de la entidad está determinada por la sumatoria ponderada de la calificación promedio mensual de cada uno de los indicadores líderes.

$$\text{Calificación Total} = \frac{1}{12} \sum_{i=1}^{12} \sum_{j=1}^5 D_{ij} W_j$$

Donde

D_{ij} = Calificación del mes i del indicador líder j

W_j = Ponderación del indicador líder j

El porcentaje de devolución está determinado por la siguiente fórmula:

$$\mathfrak{S}(x) = \left[\frac{1}{4.5} (0.15x^3 - 1.35x^2 + 4.575x - 5.625) \right] \times 100$$

Donde

x = Calificación total

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

$\mathfrak{S}(x)$ = Porcentaje de devolución o prima adicional para la calificación

Las ponderaciones y rangos que operan para la calificación de la entidad, ~~se, se~~ detallan en el anexo No. 1 de esta circular.

El porcentaje, en valor absoluto, se deberá multiplicar por el monto de la prima recaudada en el año objeto de la devolución.

Tanto la calificación total como el porcentaje de devolución o cobro de prima adicional se aproximarán con dos decimales.

B. PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA DEVOLUCIÓN O COBRO ADICIONAL DE PRIMAS PARA SOCIEDADES DE CAPITALIZACIÓN

La devolución o cobro adicional de las primas se realizará con fundamento en la calificación que realice el Fondo, mediante la aplicación de los indicadores líderes utilizados por la Superintendencia Bancaria para evaluar la situación financiera de cada una de las sociedades de capitalización.

Los indicadores líderes utilizados son:

1. INDICADOR DE CAPITAL

Relación de Solvencia = $\frac{\text{Patrimonio Técnico}}{\text{Activos Ponderados por Riesgo}}$

2. INDICADOR DE GESTIÓN

Razón Combinada = $\frac{\text{Valores Reconocidos} + \text{Gastos Administrativos} + \text{Gastos de Personal} + \text{Comisiones}}{\text{Cuota Recaudada} - \text{Constitución de Reserva de los Títulos Vigentes} + \text{Liberación de Reserva de Títulos Vigentes}}$

3.

~~3.~~ INDICADOR DE UTILIDADES

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

$$\text{Indicador de Utilidades} = \frac{\text{Ganancias (excedentes) y Pérdidas}}{\text{Activos Promedio}}$$

4. 4-INDICADOR DE LIQUIDEZ

Con formato: Numeración y viñetas

$$\text{Indicador de Liquidez} = \frac{\begin{aligned} &\text{Inversiones Negociables Renta Fija} + \\ &\text{Inversiones Negociables Renta Variable} + \\ &\text{Inversiones hasta el Vencimiento Renta Fija} + \\ &\text{Derechos de Recompra de Inversiones Negociables} - \\ &\text{Provisión de Inversiones de Renta Fija} \end{aligned}}{\text{Cuentas por Pagar Actividad Aseguradora}}$$

La calificación para cada uno de los indicadores líderes se otorgará en un rango de uno a cinco (1-5) siendo (1) la más baja y cinco (5) la máxima posible.

La calificación total de la entidad está determinada por la sumatoria ponderada de la calificación promedio trimestral de cada uno de los indicadores líderes.

$$\text{Calificación Total} = \frac{1}{4} \sum_{i=1}^4 \sum_{j=1}^4 D_{ij} W_j$$

Donde

D_{ij} = Calificación del trimestre i del indicador líder j

W_j = Ponderación del indicador líder j

El porcentaje de devolución está determinado por la siguiente fórmula:

$$\mathfrak{S}(x) = \left[\frac{1}{4.5} (0.15x^3 - 1.35x^2 + 4.575x - 5.625) \right] \times 100$$

Donde

x = Calificación = Calificación total

$\mathfrak{S}(x)$ = Porcentaje de devolución o prima adicional para la calificación

C. DISPOSICIONES COMUNES PARA EL PROCEDIMIENTO DE DEVOLUCIÓN O COBRO DE PRIMA ADICIONAL Y EJEMPLOS

Las ponderaciones y rangos que operan para la calificación, se detallan en el

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nullidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

anexo No. 1 de esta circular.

El porcentaje en valor absoluto se deberá multiplicar por el monto de la prima recaudada en el año objeto de la devolución.

Tanto la calificación total como el porcentaje de devolución o cobro de prima adicional se aproximarán con dos decimales.

EJEMPLOS:

a) DEVOLUCIÓN DE PRIMAS POR SEGURO DE DEPÓSITOS

Si una entidad financiera tiene una calificación de 3.2, $x = 3.2$ de tal suerte que el porcentaje de devolución está determinado por:

$$\mathfrak{S}(3.2) = \left[\frac{1}{4.5} (0.15(3.2)^3 - 1.35(3.2)^2 + 4.575(3.2) - 5.625) \right] \times 100 = 2.36\%$$

Bajo este escenario el porcentaje de devolución es: 2.36%

b) COBRO DE PRIMA ADICIONAL POR SEGURO DE DEPÓSITOS

Si una entidad financiera tiene una calificación de 2.8, $x = 2.8$ de tal suerte que el porcentaje de devolución está determinado por:

$$\mathfrak{S}(2.8) = \left[\frac{1}{4.5} (0.15(2.8)^3 - 1.35(2.8)^2 + 4.575(2.8) - 5.625) \right] \times 100 = -2.36\%$$

Bajo este escenario el porcentaje de cobro adicional es: 2.36%

c) NI DEVOLUCIÓN NI COBRO DE PRIMA ADICIONAL POR SEGURO DE DEPÓSITOS

Si una entidad financiera tiene una calificación de 3, $x = 3$ de tal suerte que el porcentaje de devolución está determinado por:

$$\mathfrak{S}(3.0) = \left[\frac{1}{4.5} (0.15(3.0)^3 - 1.35(3.0)^2 + 4.575(3.0) - 5.625) \right] \times 100 = 0$$

Bajo este escenario no hay cobro ni devolución de primas.

D. ESTADOS FINANCIEROS QUE SE TOMARAN PARA EFECTOS DE LA

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

CALIFICACIÓN

El cálculo de los indicadores líderes para efectuar la respectiva calificación, se hará con base en los estados financieros transmitidos por las entidades financieras a la Superintendencia Bancaria correspondientes al año objeto de devolución o cobro de prima adicional disponibles en el momento de la calificación.

E. PROCEDIMIENTO EN CASOS ESPECIALES

1. INEXISTENCIA DE INDICADORES LÍDERES

En el caso de que para una entidad financiera no sea procedente el cálculo de alguno de los indicadores líderes, por razón de la inexistencia de alguna de las variables utilizadas por la Superintendencia Bancaria, el procedimiento para calcular la calificación total se hará distribuyendo en forma proporcional la ponderación del indicador faltante entre los indicadores líderes existentes.

2. AUSENCIA DE DATOS DE UN INDICADOR LIDER

En el caso de que a una entidad financiera le falten datos de un indicador líder, correspondientes a algún mes o trimestre, según sea el caso, el Fondo suspenderá el proceso de calificación de la entidad hasta que la Superintendencia Bancaria suministre los datos faltantes, en cuyo caso, una vez sean recibidos, el Fondo procederá a ~~efectuar~~ laefectuar la calificación de manera inmediata.

En el evento en que los datos faltantes correspondientes a una entidad financiera no hayan sido suministrados por la Superintendencia Bancaria hasta el día hábil inmediatamente anterior al 31 de mayo y haya lugar al pago de prima adicional, el Fondo procederá a efectuar la calificación con base en los datos existentes y la entidad deberá pagar dentro del plazo previsto en el literal A del capítulo IV de esta circular.

Si la Superintendencia Bancaria suministra la información correspondiente a la entidad financiera que ha sido objeto del procedimiento descrito en el párrafo anterior con posterioridad al 31 de mayo, el Fondo deberá efectuar nuevamente la calificación, para lo cual se aplicará el procedimiento descrito en el literal B del capítulo IV de esta circular.

3. PAGO DE LA PRIMA POR UN PERÍODO INFERIOR AL ANUAL

Cuando una entidad financiera haya dejado de estar obligada al pago de la prima de seguro de depósitos, por ausencia de depósitos y exigibilidades sujetas al pago durante el período objeto de examen, la procedencia de la devolución o el cobro

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

de prima adicional, se determinará con base en la calificación que se efectúe, tomando los datos suministrados desde el inicio del período objeto de devolución o cobro hasta el mes anterior al que se registren depósitos y exigibilidades sujetas al pago de prima por seguro de depósitos.

III. PROCEDIMIENTO OPERATIVO PARA LA DEVOLUCIÓN DE PRIMAS

En el caso en que la entidad solicite el pago a una cuenta de depósito específica del Banco de la República, deberá presentar la información correspondiente a la razón social de la entidad, el número de la cuenta y el código del portafolio, en el cual el Fondo efectuará el pago.

Esta información deberá ser enviada a las oficinas del Fondo ubicadas en la carrera 7 No 35 – 40 piso 1 en Bogotá D.C.

En el evento en que la entidad financiera no suministre al Fondo la información antes mencionada, se procederá a efectuar la respectiva devolución en la cuenta de depósito que tenga dicha entidad en el Banco de la República, o en su defecto devolución se hará a través de cheque girado a favor de la entidad.

A. OPORTUNIDAD PARA LA DEVOLUCIÓN DE PRIMAS

De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Resolución No. 5 de 2000, la devolución de primas por parte del Fondo se realizará a más tardar el 31 de marzo de cada año. Si el día 31 de marzo es un día no hábil, la devolución se podrá efectuar el día hábil siguiente. Esta devolución procederá siempre que las entidades solicitantes hayan dado cumplimiento a los requisitos a que se refiere esta circular.

IV. PROCEDIMIENTO OPERATIVO PARA EL PAGO DE LA PRIMA ADICIONAL

A. OPORTUNIDAD PARA EL PAGO DE LA PRIMA ADICIONAL

De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Resolución No. 5 de 2000, el pago de la prima adicional deberá efectuarse por parte de las entidades financieras, a más tardar el 31 de mayo de cada año. Si el día 31 de mayo es un día no hábil, el pago de la prima adicional se efectuará el día hábil siguiente.

B. CUENTA AUTORIZADA PARA EL PAGO DE LA PRIMA ADICIONAL

El pago de la prima adicional a cargo de las entidades financieras, se podrá hacer a través del servicio electrónico del Banco de la República (SEBRA) afectando la cuenta de depósito No. 62090022 portafolio 1 (uno) a nombre del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras. Para hacer uso de este servicio electrónico

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

del Banco de la República se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Utilizar el código No. 106 (TRANSFERENCIA DE FONDOS ENTRE CUENTAS DE DEPÓSITO DE DIFERENTE TITULAR) o 117 (PAGO COMISIONES, SERVICIOS Y SANCIONES) ambos sujetos al gravamen a los movimientos financieros.
2. En el campo de descripción de transferencia registrar los siguientes datos:
 - Nombre de la entidad responsable del pago
 - Número del Nit de la entidad responsable del pago
 - Concepto: “- pago prima adicional”

Las entidades financieras que no cuenten directamente con el servicio electrónico del Banco de la República (SEBRA), podrán utilizar intermediarios, para lo cual estos deben cumplir con todos los requisitos enunciados.

En el evento en que alguna entidad financiera, no pueda realizar el pago a través del servicio electrónico del Banco de la República SEBRA, podrá utilizar el sistema de pago a través de consignación en la cuenta de depósito No. 62090022 a nombre del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, directamente en el Banco de la República.

C. INFORMACIÓN EN CASO DE PAGO ADICIONAL

Las entidades financieras que como resultado de la calificación otorgada por el Fondo, deban hacer un pago adicional por prima de seguro de depósitos, informarán a través de comunicación suscrita por el Representante Legal y dirigida al Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras el valor y la fecha en que se realizó el pago correspondiente, dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha límite para el pago de la prima adicional.

V. DISPOSICIONES COMUNES PARA LOS PROCEDIMIENTOS III Y IV DE LA PRESENTE CIRCULAR.

INFORMACIÓN DE LA CALIFICACIÓN OBTENIDA

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras informará a cada una de las entidades financieras, a través de comunicación dirigida al representante legal, la siguiente información:

- a) Calificación obtenida;
- b) Valor total de las primas recaudadas durante el año; y

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

c) Valor de la devolución y/o valor de la prima adicional.

El Fondo enviará la comunicación a que se refiere el presente capítulo el segundo día hábil a aquel en que se efectúe la devolución de prima a favor de la respectiva entidad financiera. Cuando haya lugar al cobro de prima adicional se remitirá la aludida comunicación dentro del mismo término.

Cordialmente,

JUAN PABLO CÓRDOBA GARCÉS

Director

Anexos: Uno (1 hoja)

ANEXO 1

INDICADOR LIDER	ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO		SOCIEDADES DE CAPITALIZACION		CALIFICACIÓN
	PONDERACIÓN	RANGO	PONDERACION	RANGO	
CAPITAL	30%	< 7%	25%	< 5%	1
		Í 7% y < 8%		Í 5% y < 7%	2
		Í 8% y < 9%		Í 7% y < 9%	3
		Í 9% y ½ 11%		Í 9% y ½ 12%	4
		> 11%		> 12%	5
CARTERA	30%	> 8%			1
		> 6% y ½ 8%			2
		> 4% y ½ 6%			3
		Í 2% y ½ 4%			4
		< 2%			5
GESTIÓN	10%	> 80% o Negativo	25%	> 120%	1
		Í 70% y ½ 80%		Í 110% y ½ 120%	2
		Í 60% y < 70%		Í 100% y < 110%	3
		Í 50% y < 60%		Í 90% y < 100%	4
		< 50%		< 90%	5
UTILIDADES	10%	< 0%	25%	< A 0%	1
		Í 0% y < 1%		Í 0% y < 1%	2
		Í 1% y < 2%		Í 1% y < 2%	3

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

		Í 2% y ½ 3% > 3%		Í 2% y ½ 3% > 3%	4 5
LIQUIDEZ	20%	$< -400\%$ $\bar{Í} -400.\% \text{ y } < -200\%$ $\bar{Í} -200\% \text{ y } < -100\%$ $\bar{Í} -100\% \text{ y } \frac{1}{2} 100\%$ $> 100\%$	25%	Menos de 10 veces	1
				Entre 10 y 20 veces	2
				Entre 20 y 50 veces	3
				Entre 50 y 100 veces	4
				Mas de 100 veces	5
TOTAL	100%		100%		

DEMANDA

La

La ciudadana Ciudadana PATRICIA MIER BARROS demandó la nulidad del artículo 3 de la Resolución 5 de noviembre 27 de 2000 por la cual "se dictan normas sobre el seguro de depósitos" y de la Circular Externa 007 de diciembre 27 de 2002 expedida por el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFIN).

Solicitó condenar al FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS FOGAFIN al pago de las costas y agencias en derecho generadas en el proceso.

Como pretensión subsidiaria que se declare la inaplicabilidad de los actos enjuiciados.

Los hechos de la demanda se sintetizan en:

~~El 6 de agosto de 1998, la Junta Directiva de FOGAFIN expidió la Resolución 1 de 1998 y en desarrollo del artículo 323 literal c) del EOSF estableció un mecanismo de devoluciones de las primas del seguro de depósitos. Y se estructuró con base en la calificación otorgada por una sociedad calificadoradora de valores al endeudamiento proveniente de la colocación de CDTS y de Certificados de Depósito de Ahorro a término a corto plazo por las respectivas entidades financieras. Quienes, "obtuviesen una calificación de "Grado de Inversión" tendrían derecho a la devolución del 50% de la prima pagada durante el año anterior; los calificados con "Grado Bueno" del 25% y quienes no obtuviesen una u otra~~

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

calificación nada recibirían”.

~~El 27 de noviembre del 2000, FOGAFIN profirió la Resolución 005, que entre otros aspectos modificó el régimen de devoluciones de primas y a través de la Circular Externa 001 de 2001, indicó algunos aspectos operativos para su trámite, con el uso de indicadores líderes para evaluar el comportamiento de la situación financiera, con un rango de uno a cinco “siendo (1) la más baja y cinco (5) la máxima posible”.~~

~~El Director de FOGAFIN con el fin de reglamentar la Resolución 0005 de 2000 estableció a través de la Circular Externa 003 del 21 de marzo de 2002, los parámetros para la obtención de la calificación otorgada por el Fondo, de la cual dependía el monto de la devolución o de la prima adicional de cada entidad, con unos indicadores, ponderaciones y equivalencias.~~

~~El 21 de junio de 2002, la actora presentó petición ante FOGAFIN con el fin de tener acceso al expediente administrativo que dio lugar a la expedición de la Resolución 5 y Circular 003 del 2002, que fue negada al amparo de una supuesta reserva legal de los documentos, consagrada en el Art. 322 del EOSF, decisión que fue confirmada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del trámite del recurso de insistencia.~~

~~A pesar de que FOGAFIN conocía de las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho contra esos actos, el Director de FOGAFIN pretendiendo modificar la Resolución 005 de 2000 y la Circular 003 de 2002, profirió la Circular Externa 0007 del 27 de diciembre del 2002 a tres días del cierre del ejercicio del 2002, estableciendo nuevamente los parámetros para la obtención de la “calificación que otorgaría el Fondo a efectos de liquidar el monto de las devoluciones y primas adicionales por seguro de depósitos”.~~

~~Con la circular mencionada pretendió subsanar “su absoluta falta de competencia para expedir el mencionado acto, la retroactividad de la norma y la irrazonabilidad del sistema, entre otros aspectos, que subsisten íntegramente en la nueva regulación con todos los efectos derivados y los vicios de la circular 003. Luego, los Bancos no podían tener certeza durante el 2002 del sistema que FOGAFIN aplicaría para las devoluciones y primas adicionales de primas recaudadas en el mencionado año, ya que el año 2001 se aplicó la Circular 0003”.~~

-Cargos contra la Resolución 5 de 2000

1. La Junta incurrió en omisión en el ejercicio de sus funciones, al no regular la parte esencial del sistema del seguro de depósitos.

Pág.

~~Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)~~

~~Número Interno: 13980~~

~~ACTOR: PATRICIA MIER BARROS~~

~~Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002~~

~~FALLO~~

La facultad de regular el seguro de depósitos es privativa de la Junta Directiva del FOGAFIN y su Director carece de facultades regulatorias y no puede sustituir a la Junta en el ejercicio de sus funciones, su función es la de desarrollar las actividades de la ~~Entidad y~~Entidad y la ejecución de sus objetivos.

Señala que la Junta incurrió en omisión en el ejercicio de sus funciones frente al seguro de depósitos, en la Resolución 5 del 2000, por la forma insuficiente en que lo reguló, dado que no definió el sistema de manera completa, al omitir determinar los criterios técnicos como lo establece el Art. 323 del EOSF, y optar por remitirse a los “indicadores líderes” que establece la Superintendencia Bancaria, indicadores que no figuran en norma alguna y que los administrados no conocen. Por ello, el Director de FOGAFIN solicitó después de un año de haberse proferido la resolución en mención, se les inform~~ará~~ cuáles eran “los indicadores líderes del modelo CAMEL que se debe utilizar tanto en el caso de los establecimientos de crédito como en el de las sociedades de capitalización”, fórmulas que fueron emitidas hasta el 4 de abril del 2002.

El sistema de CAMEL provee un sistema de evaluación y análisis uniforme y completo de las distintas entidades financieras, con una calificación de 1 a 5, siendo 1 la mejor ~~calificación y~~calificación y la 5 peor. Luego, la Junta al expedir la Resolución 5 del 2000, no estableció ningún criterio técnico para la aplicación del sistema de devoluciones y prima adicional por seguro de depósitos, lo que hace que esta sea nula.

El artículo 323 del EOSF en su literal c) al otorgar a la Junta la facultad de regular el Seguro de Depósitos determina: “a) un sistema de primas diferenciales entre las distintas entidades, o b) un mecanismo de devoluciones” en aras del precepto constitucional de igualdad entre las diferentes entidades financieras, con un criterio razonable para atender los riesgos que se puedan presentar, en atención a la ~~proporcionalidad entre~~proporcionalidad entre la tasación de la prima y el riesgo.

Para efectos de la devolución de las primas, la Junta Directiva en lugar de determinar criterios técnicos para ello, optó por remitirse a los indicadores líderes que establece la Superintendencia Bancaria, que los administrados no conocen y sobre los cuales la Superintendencia no ha expedido ninguna norma, sin tener claridad sobre el punto, por lo que se vio en la necesidad de solicitarle a la Superintendencia información sobre “cuáles son los indicadores líderes del modelo CAMEL que se deben utilizar tanto en el caso de los establecimientos de crédito como en el de las sociedades de capitalización”, hecho este que sucedió después de casi un año haberse proferido la Resolución en comentario.

El sistema CAMEL clasifica a las distintas entidades de 1 a 5, siendo 1 la mejor y la 5 la peor, luego este sistema es muy complejo para efectos de calificación. No

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

existe una formula única, ni matemática que permita calificar cada indicador, el área de evaluación supone múltiples variables, unas cuantitativas y otras cualitativas, de ahí que las entidades financieras no conocen o deducen los indicadores líderes. De otra parte, este sistema no lo emplea la Supertendencia en su integridad, sino que lo acopla a sus necesidades, por lo que se deduce que las entidades financieras no tienen clara la metodología empleada para tal efecto.

De tal manera que la Resolución impugnada no contó con ningún criterio técnico para la aplicación del sistema de devoluciones y prima adicional por seguro de depósitos, por lo que la falta de precisión y publicidad de estos criterios, hace que la resolución sea “inaplicable hasta que tal impropiedad no sea subsanada por el único organismo legalmente facultado para regular el seguro de depósitos. La Junta Directiva de Fogafin.”

No es posible llegar a calificar a las entidades financieras dentro de los parámetros de 1 a 5, sin establecer un sistema de equivalencias entre el resultado de los indicadores y la calificación a otorgar y la ponderación de cada indicador en la calificación final. Para obtener la calificación se hace necesario saber el peso que tenía cada indicador dentro del examen total y se hace necesario saber en que porcentaje el resultado por indicador influiría la calificación total de la entidad.

En consecuencia, los indicadores líderes utilizados por Fogafin con apoyo en los de la Superintendencia Bancaria, no tenían la precisión requerida para despejar la formula matemática.

2. *Violación al principio de igualdad.*

La resolución impugnada viola el principio de igualdad, por cuanto su estructura ~~exponencial~~ implica exponencial implica que los incrementos puntuales en la calificación obtenida por la entidad, no se reflejan proporcionalmente en el resultado de devolución o prima adicional proporcional, así:

CALIFICACIÓN	RESULTADO
1	-50
1.5	-28.75
2	-15
2.5	-6.25
3	0

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

3.5	6.25
4	15
4.5	28.75
5	50

Por ende, la fórmula no respeta el principio de igualdad, pues como se evidencia, el mismo esfuerzo financiero debe hacer una entidad que pasa de 3 a 3.5, que la que pasa de 3.5 a 4 y así sucesivamente, ello debería reflejarse en la misma medida en el incremento de sus porcentajes de devolución. Luego—La fórmula debía ser de carácter lineal, para poder afirmar—~~que~~afirmar que a “situaciones iguales de esfuerzo, se está aplicando la misma regulación.”

Cargos contra la circular 007 de 2000.

1. *Incompetencia del funcionario que expidió el acto.*

La Junta Directiva del ~~FOGAFIN es~~FOGAFIN es a quien le compete la regulación del seguro de depósitos y no a su Director, de donde resulta que ~~es incompetente~~es incompetente para expedir la Circular 007 del 2002, de acuerdo con lo normado en los artículos 318 numeral 2° y 323 del EOSF.

El Director de FOGAFIN es un funcionario de índole eminentemente ejecutora de los ordenamientos de la Junta Directiva (Art. 318 EOSF), sin que en ningún caso pueda de manera autónoma y por su propia decisión, suplir a la Junta Directiva en la fijación de los criterios, al ejercer una función que la Ley no le atribuyó, de tal forma que al hacerlo incurrió en una vía de hecho al usurpar funciones.

2. *Desviación de poder*

La circular utiliza sólo un factor indicador dejando por fuera muchos de los elementos que tiene en cuenta la metodología CAMELS, pues se limita a incluir mediciones cuantitativas, sin que los indicadores establezcan discriminaciones sobre el tamaño, complejidad y perfil de riesgo de las respectivas entidades.

El contenido de la Circular es irrazonable, porque el EOSF prevé la necesidad de un mecanismo para devolver las primas de los seguros de depósito según la calificación de riesgo obtenida por cada entidad financiera. Resulta prácticamente imposible que cualquier entidad colombiana supere la calificación de 4 sobre 5, como puede verificarse al comparar los resultados de trece entidades bancarias frente a la calificación que les asignaron las sociedades calificadoras de riesgo. Con lo cual, se obstaculiza y se hace nugatorio el derecho a la devolución de las

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

primas, aumentando el patrimonio de FOGAFIN.

Los indicadores establecidos para la calificación de las entidades financieras dejan por fuera muchos elementos de la metodología CAMEL (información utilizada por la Superbancaria para sus análisis que incluye valoraciones cuantitativas y cualitativas), lo que no permite tener una visión completa del elemento que pretende evaluarse, adicionalmente los indicadores de la Circular 3 de 2002 no tienen en cuenta ningún elemento cualitativo, ni establecen diferencias en cuanto al tamaño, complejidad y perfil de riesgo de las entidades. La Circular tampoco incluye ningún indicador que tenga en cuenta los riesgos de mercado, como lo ha recomendado el Comité de Basilea.

Describe y critica cada uno de los indicadores capital, cartera, gestión ~~y utilidades~~ ~~y utilidades~~ y concluye que el de liquidez, no tiene en cuenta las diferencias entre el tamaño complejidad y perfil de riesgo de las entidades financieras, ni la regulación de la Superintendencia Bancaria sobre el particular.

3. Violación de la Ley por aplicación retroactiva

La circular fue expedida el 27 de diciembre de 2002, publicada en el diario oficial el 28 de diciembre de la misma anualidad, a tres días del cierre del ejercicio de ese año, acto que definió una nueva reglamentación de devoluciones y primas adicionales para el año 2002.

Las entidades deben tener clara las reglas de evaluación antes de que comience el año a evaluar, que le permita adecuar su comportamiento a las exigencias de la norma y no finalizando, como se hizo a través de la Circular 007 del 2002, lo que constituye retroactividad inadmisibles y la afecta de nulidad absoluta.

4. Expedición irregular del acto y falta de motivación

La Circular 007 de 2002 adolece de falta de motivación, ya que no es posible afirmar que se trata de una mera operación ejecutora de la Resolución 5 del 2000, que como tal no requería de motivación. El ~~acto~~ ~~introduce~~ ~~acto~~ ~~introduce~~ una nueva regulación, que ha debido señalar los motivos o razones de las ponderaciones o pesos de cada ~~indicador~~ ~~en~~ ~~indicador~~ ~~en~~ el total de la calificación, los rangos y equivalencias entre el resultado de cada indicador y la calificación a ser otorgada a cada entidad. Esa motivación es imprescindible para conocer los criterios adoptados por el Fondo, con base en los cuales se obtendrían las calificaciones.

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

FOGAFIN omitió dar cumplimiento a los artículos 14, 28 y 35 del C.C.A. y 5 de la Ley 58 de 1982, sobre la citación de terceros, al no permitir a los afectados conocer las razones por las cuales se adoptaron los criterios técnicos por el Fondo, con afectación del derecho de defensa de los destinatarios de la norma.

OPOSICIÓN

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-FOGAFIN- se opuso a las pretensiones de la demanda, con base en las siguientes razones:

El objetivo principal del seguro de depósitos es proteger los recursos de los depositantes de las entidades financieras inscritas en el Fondo, para poder atender cualquier siniestro, en el evento de que una institución financiera no tenga recursos para devolverlos. Las primas por este concepto no ingresan al patrimonio del Fondo, sino que su destinación es para la formación de reservas que apoyan el sistema financiero.

El valor de las primas que se cobran a las entidades tienen un máximo autorizado por la ley (artículo 323 del EOSF), pero si llegasen a ser insuficientes, la Junta del Fondo puede optar por un plan de reconstitución de reservas. Igualmente, para el cobro de primas existe un sistema de prima diferenciales o un sistema de devoluciones, que dan como resultado un monto de prima proporcional al riesgo asumido por FOGAFIN.

- *Frente a los cargos de nulidad de la Resolución 5 de 2000.*

La Junta tiene amplia discrecionalidad para organizar el seguro de depósitos conforme a los principios que establece el artículo 323 del E.O.S.F., en cumplimiento de ellos tiene la facultad de apreciar y determinar su funcionalidad.

Describió las características del sistema de seguro de depósitos organizado por FOGAFIN, para indicar que las primas de seguro no entran al patrimonio del fondo, sino que se destinan a la formación de reservas para el pago del seguro. El valor de las primas tiene un máximo autorizado por la ley, pero es indispensable que sea directamente proporcional al riesgo que se asume frente a los depositantes de cada entidad financiera.

Los artículos 319 y 323 del EOSF establecen el principio de la mutabilidad de las reglas sobre primas, es decir, el sistema de seguro de depósitos es dinámico y sujeto a reajustes periódicos en la medida en que la necesidad de reconstituir reservas lo exija y las entidades financieras tienen derecho a que el cálculo del monto de la prima que deben cancelar sea proporcional al riesgo asumido por el Fondo.

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

- *El derecho a la devolución no nace por la simple llegada de una fecha, denominada “fin de ejercicio”.*

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero obliga a la Junta Directiva de FOGAFIN ~~a~~ FOGAFIN a establecer un sistema de primas ~~diferenciales~~ ~~o~~ ~~diferenciales~~ o un sistema de devoluciones, los dos reflejan criterios técnicos y están encaminados a cumplir el derecho constitucional de la igualdad, por ello exige que haya proporcionalidad entre el riesgo trasladado a FOGAFIN ~~por~~ FOGAFIN por la entidad financiera asegurada y el monto de la prima que se cobra. Depende de la situación financiera en la que se haya encontrado cada ~~institución~~ ~~a~~ institución al terminar un período, para tener derecho a la devolución o a la prima adicional, según calificación que el Fondo le atribuya.

- *Autonomía del sistema de calificación del Fondo*

El Fondo es el único órgano que efectúa calificación de cada una de las entidades financieras, para efectos de la devolución de las primas pagadas por seguro de depósitos, luego, no hay delegación de esa atribución a la Superintendencia por el hecho de utilizar ~~sus~~ “sus” indicadores líderes”.

- *Uso de indicadores desarrollados por la Superintendencia*

El uso de los indicadores desarrollados por la Superintendencia Bancaria no se opone a regla constitucional o legal alguna, dado que resulta del principio de colaboración armónica de las entidades previsto en el artículo 113 de la Constitución Política.

Al utilizar libremente el Fondo los indicadores de la Superintendencia, se sirve de ellos, pero no por delegación, ~~–~~ sino por gobernar la conducta del Fondo, al permitirle evaluar el riesgo que asume frente a cada institución.

El Fondo cobra unas primas, dentro de los parámetros legales, para cubrir un riesgo específico, sin que constituyan tributos, ni sanciones, ni ingresan a su patrimonio como quiera permanecen en una reserva.

No hay norma alguna que obligue al Fondo o a la Superbancaria a publicar los indicadores con los cuales se evalúan las instituciones financieras, en una actividad interna, para la toma mejor de decisiones que la Ley le encomienda.

- *Relación entre indicadores y calificación.*

En el artículo 3º de la Resolución demandada, se aprecia la relación entre los indicadores y la calificación que ha de producirse. Y con base en esos indicadores, las entidades califican de uno a cinco, siendo 1 la más baja y la 5 más

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

alta.

- *La ponderación de los indicadores.*

El artículo 323, literal “c” del EOSF al referirse al sistema de devoluciones de primas, ~~hace~~, ~~hace~~ hace mención a que la Junta debe “preverlo” y el artículo 3° ~~de de~~ de la Resolución cuestionada, no solo lo previo, sino que organizó el sistema de devoluciones y precisó los indicadores ~~financieros~~ ~~que~~ financieros que debían emplearse.

De otra parte, el literal c) del artículo 318 del EOSF faculta al Director de ejercer las “demás funciones que se establezcan en los estatutos del Fondo y el artículo 27 de esos estatutos, literal “m” confía al Director “Las demás funciones que correspondan al Fondo y que no están expresamente atribuidos a otro órgano”, que le permitía desarrollar en la circular que expidió lo enunciado en la Resolución 5 de 2000.

- *Los criterios técnicos.*

Los criterios técnicos tenidos en cuenta ~~para~~ para calificar las instituciones financieras, son los “indicadores líderes”, que contienen la fórmula para calcular porcentajes de devolución o de prima adicional en el seguro de depósitos.

La resolución cumple con la exigencia del literal “c” del artículo 323 del EOSF y la Junta elaboró documentos técnicos y acudió a entidades especializadas para modificar el régimen de devolución de primas.

- *La fórmula.*

La aplicación de la fórmula plasmada en la Resolución demandada, permite encontrar en forma directa el porcentaje de devolución o adición de las primas de seguros de depósito. La variable es despejar el valor de la fórmula, de donde resulta la calificación de cada institución financiera. La fórmula es la expresión de múltiples criterios técnicos y legales que preceden su uso.

- *Ausencia de violación del principio de igualdad.*

La Junta a través de la resolución ~~en~~ en estudio, estableció una fórmula que contiene elementos diferenciadores “en cuanto no hay un incremento en el resultado de prima de devolución o de prima adicional, directamente proporcional a los incrementos puntuales en la calificación”.

La fórmula por su naturaleza, se aplica por igual a todas las instituciones

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

financieras, aunque cada una de ellas reciba una calificación diferente, de acuerdo a sus estados financieros, por ende, los resultados no pueden ser iguales. El hecho de que la fórmula no sea lineal, no significa que la acogida por la Junta sea ilegal.

Lo importante es que no se vulnera el derecho de igualdad, pues quienes reciben la misma calificación, obtienen la misma devolución.

Respecto a los cargos contra la Circular Externa 007 de 2002

La Junta Directiva del Fondo tiene la facultad de regular el seguro de depósitos y de organizarlo con base en ciertos principios, pero la ley no establece el límite de esa facultad. Luego no hay un texto legal, en el cual pueda sostenerse que el Director le está vedado expedir actos como la circular acusada, en la medida en que sea razonable, discrecional y de ejecución.

El Director del Fondo goza de atribuciones legales de conformidad con el artículo 316 del EOSF para "Organizar y desarrollar el sistema de seguro de depósito... y" y además el numeral 3° literal "c" del artículo 318 ib., señala que el Director tendrá las demás funciones "funciones" que se establezcan en los estatutos del Fondo". Y los estatutos en el artículo 27, literal "m" señala que el Director ejerce "Las demás funciones que correspondan al Fondo y que no estén expresamente atribuidas a otro órgano". Por ende, estaba facultado para desarrollar las actividades relacionadas con el seguro de depósitos y la manera de fijarlas individualmente, dentro de los principios legales y criterios técnicos establecidos por la Junta Directiva de FOGAFIN al regular y organizar la institución del seguro.

La Junta del Fondo dejó un amplio grado de discrecionalidad en cabeza del Director del Fondo, para tomar las medidas de ejecución pertinentes, como definir por actos concretos, el monto de las primas, su cobro y su devolución.

El Director al expedir la Circular 007 del 2002, usó las facultades legales bajo criterios técnicos establecidos por la Junta Directiva y su objetivo era difundir la información, para que el público conociera los lineamientos sobre los cuales se calificarían las instituciones financieras, para efecto de las devoluciones y pago de primas adicionales por seguro de depósito. Los indicadores que contiene la circular corresponden a indicadores líderes establecidos por la Superintendencia Bancaria, desde luego no exactamente con todo el sistema CAMEL, sino frente a lo necesitado por FOGAFIN.

Las decisiones del Director de Fogafin, ~~cuentan~~, cuentan con el apoyo del Fondo Monetario Internacional y de la Superintendencia Bancaria, entidades que ~~cuentan~~ cuencuentan con toda la asistencia profesional para recomendar sistemas razonables de evaluación de entidades. Por lo que resulta claro, que Fogafin no

Pág.

~~Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)~~

~~Número Interno: 13980~~

~~ACTOR: PATRICIA MIER BARROS~~

~~Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002~~

~~FALLO~~

incurrió en una “desviación de poder” al expedir la Circular 007 del 2002.

La Resolución 5 del 2000, por medio del cual la Junta dictó nuevas normas sobre el seguro de depósitos y en particular sobre la devolución de primas, empezó a regir el 1º de enero del 2001, de donde se deduce que regía en el año de 2002.

Posteriormente al dictarse la Circular 3 del 2002, ésta se refirió al procedimiento que se aplicaría para las primas recaudadas a partir del año 2001. El Director al dictarla no creaba derechos ni obligaciones, informaba sobre los procedimientos, dentro de sus facultades y lo dispuesto por la Junta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandada** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Adjunto a sus alegatos, escrito del Doctor Juan Carlos Echeverry, ~~Phd, Phd~~ en Economía de la Universidad de Nueva York y Decano de la Facultad de Economía de la Universidad de los Andes, ~~en, en~~ donde hace señalamientos acerca de los aspectos técnicos de los actos acusados y acerca de las deficiencias conceptuales y metodológicas de un peritazgo practicado en el proceso a solicitud de la parte actora, que por demás no acreditó la ~~matricula profesional~~ matricula profesional como economista.

El objeto del dictamen pericial giro en torno de la Circular 007 del 2002, pero no estuvo orientado a controvertir la Resolución 05 del 2000. De otra parte, no se encuentra inscrito en el Consejo Nacional Profesional de Economía, lo que implica el ejercicio ilegal de la profesión, en los términos de los artículos 8º de la Ley 41 de 1969 y 9º de la Ley 37 de 1990.

Señaló que la Junta Directiva de FOGAFIN tiene amplia discrecionalidad para organizar el seguro de depósitos, con fundamento en el artículo 323 del EOSF, ~~lo,~~ lo que significa que no lo hace de forma caprichosa o de manera irrazonable y aludió al peritaje.

En relación con los cargos contra los actos demandados insistió en que no hubo una indebida remisión a los indicadores líderes de la Superintendencia Bancaria y que el derecho a la devolución o a la obligación de complementar la prima básica, nace de la situación financiera en que se encuentre cada entidad financiera, y de la calificación que le atribuya el Fondo, de acuerdo a los indicadores líderes desarrollados por la Superintendencia Bancaria, con la aplicación de ciertos criterios básicos y específicos de su exclusiva responsabilidad. Y al desarrollar esa función el Director utilizó la facultad prevista en el literal c) del artículo 318 del EOSF, sin usurpar funciones de la Junta Directiva del Fondo, ni incurrir en

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

desviación de poder.

Concluye que carece de fundamento el dictamen pericial rendido en el proceso y no demuestra la ilegalidad e irrazonabilidad de los actos acusados.

La **parte demandante** retoma los argumentos de la demanda e insiste en que la regulación y reglamentación del seguro de depósito corresponde a la Junta Directiva del Fondo, de conformidad con el artículo 318-2 lit. c) del EOSF, que la Circular utilizó solo un factor por cada indicador, dejando por fuera los elementos que tiene en cuenta el sistema CAMEL para evaluar las seis áreas de análisis pertinentes, por lo que los indicadores contenidos en ella, no permiten tener una visión completa del elemento que pretende evaluarse, que los indicadores utilizados no tienen en cuenta aspectos cualitativos que son indispensables para un análisis financiero efectivo y que la Circular 007 de 2002 fue expedida el 27 de diciembre de 2002, publicada a tres días del cierre del ejercicio, para calificar el riesgo presentado por las entidades financieras en periodos ya vencidos, por ello es abiertamente retroactiva.

MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Sexta Delegada ante la Corporación, consideró que la Circular 007 del 2002, adolece de nulidad por haber sido expedida por funcionario incompetente y solicita sea retirada del ordenamiento jurídico; y respecto al artículo 3º de la Resolución 5 del 2002 expedida por la Junta Directiva de FOGAFIN la encuentra ajustada a derecho.

Señala que el dictamen pericial rendido en el proceso no desvirtúa de manera alguna la normatividad sobre la sujeción a la información dada por la Superintendencia Bancaria a FOGAFIN, para efectos de devolución de primas del seguro de depósitos.

En cuanto a la incompetencia del Director de FOGAFIN para expedir la Circular 007 del 2002, ~~—considera,~~ considera que la facultad para expedir decisiones o actos administrativos debe estar fijada expresamente en la Ley. No existe norma que señale que el Director de FOGAFIN puede regular el seguro de depósitos, esta competencia es exclusiva para su Junta Directiva, tal y como lo señalan los artículos 318 numeral 2º literal c) ~~—y)~~ y 323 el literal c) del EOSF. Por lo que resulta que la circular en comento fue expedida por funcionario incompetente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

Corresponde a la Sala determinar la legalidad de la Resolución 5 de noviembre 27 de 2000, expedida por el la Junta Directiva de FOGAFIN, por medio de la cual “se dictan normas sobre el seguro de depósitos” y de la Circular Externa 007 de diciembre 27 de 2002, sobre el mismo asunto, expedida por el Director de la entidad.

Previamente al examen de los cargos, [en aras de un mejor entendimiento de la litis](#), la Sala precisará los aspectos principales del seguro de depósitos en Colombia.

El Seguro de Depósitos.

Dentro de los objetivos del Estado al ejercer su intervención en la actividad financiera y bursátil señalados en el artículo 1° de la Ley 35 de 1993 tienen especial relevancia la protección del interés público, el amparo de los intereses de los usuarios del sistema con preferencia de los ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas, la solvencia de las entidades que integran el sistema, y las adecuadas condiciones de seguridad y transparencia.

De conformidad con el literal d) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, el Congreso de la República expide la Ley marco donde establece los objetivos y criterios generales que el Gobierno debe tener en cuenta para regular la actividad financiera y aseguradora o donde establece los objetivos y criterios generales que el Gobierno debe tener en cuenta para regular la actividad financiera y aseguradora. Así, la Ley 35 de 1993 al señalar los objetivos ya mencionados de la intervención del ejecutivo en estas actividades, pretende que haya estabilidad en el sistema financiero con el fin de proteger los recursos provenientes del ahorro y de mantener la confianza de los depositantes.

Uno de los mecanismos de regulación y supervisión del sistema financiero para lograr los fines enunciados es el **seguro de depósitos**, cuyo objetivo general es brindar una garantía a los depositantes, de la devolución parcial o total de sus dineros cuando una entidad financiera presente problemas de solvencia.

El seguro de depósitos contribuye entonces a la estabilidad financiera, como quiera que da confianza a los depositantes y los disuade para que no se produzcan retiros masivos ante anuncios o rumores de insolvencia de las entidades financieras.

En Colombia, como ha ocurrido en otros países de Latinoamérica, el seguro de depósitos nació con ocasión de una crisis financiera a mediados de los años ochenta. La Ley 117 del 20 de diciembre de 1985 creó el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – FOGAFIN como persona jurídica **autónoma** de

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

derecho público, de naturaleza única, sometida al control de la Superintendencia Bancaria y con el objeto de proteger la confianza de los depositantes y acreedores de las instituciones financieras inscritas, y como una de sus funciones señaló “organizar y desarrollar el sistema de seguro de depósitos”, teniendo en cuenta los siguientes preceptos¹:

- a) Ofrecer una garantía adecuada a ahorradores y depositantes de buena fe, dentro de los topes que señale la Junta Directiva. La garantía no podrá exceder del 75% de los topes fijados.
- b) Cumplir con los postulados de austeridad y eficiencia en la asunción del riesgo.
- c) Las primas se establecerán de manera diferencial o se preverá un sistema de devoluciones, atendiendo, en ambos casos, a los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita, con base en los criterios técnicos que periódicamente determine la Junta Directiva.
- d) Cuando existan circunstancias que demuestren la relación o participación de algún depositante con las causas motivadoras de quebrantamiento de la entidad financiera, podrá dejarse en suspenso el reembolso de los respectivos depósitos, mientras se declare judicialmente, a instancia de la parte, tal relación o participación.
- e) Las primas a cargo de las entidades financieras inscritas no podrán pasar de una suma equivalente al cero punto cinco por mil (0.5/1000) del monto de sus depósitos a la vista, de ahorro o a término, según el caso.²

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en desarrollo de estos preceptos dictó la Resolución 001 de 1988 por la cual se organiza el seguro de depósitos y en la que se precisó su objeto³, cobertura⁴ y financiación. Esta última

¹ Artículos 2 y 10 de la Ley 117 de 1985.

² El Decreto 663 del 2 de abril de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) en su artículo 323 modificó el tope de las primas a cargo de las entidades financieras fijándolo en el 0.3 % anual (equivalente al 3 por mil) del monto de sus pasivos para con el público. A su vez el literal d) del numeral 2 del artículo 319 del EOSF permitió a la Junta Directiva adoptar planes para la reconstitución de la reserva destinada al seguro de depósitos cuando estos recursos sean insuficientes para atender siniestros, con la posibilidad de incluir el aumento de las primas por encima del límite del 0.3% de los pasivos con el público.

³ “Garantizar las acreencias a cargo de las instituciones financieras inscritas en el fondo que sean objeto de liquidación forzosa administrativa, para lo cual el fondo cancelará el valor del seguro respecto de las acreencias vigentes a la fecha de la toma de posesión que hayan sido reclamadas oportunamente y reconocidas en la resolución expedida por el liquidador sobre el orden de restitución y pago, una vez ésta se encuentre debidamente ejecutoriada.”. Artículo 1° de la Resolución 1 de 1988 FOGAFIN, modificado por la Resolución 3 de 2001.

⁴ Están amparadas por el seguro de depósitos las acreencias que se mencionan a continuación constituidas en bancos, corporaciones financieras corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, compañías de financiamiento comercial especializadas en leasing y

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

a cargo de los bancos comerciales, bancos hipotecarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial y sociedades de capitalización; a través de las primas que deben cancelar.

El seguro de depósito venía operando de acuerdo con los parámetros establecidos, hasta que la crisis financiera de los años 1998 y 1999⁵, que llevó a la declaratoria de emergencia económica por parte del Gobierno Nacional,⁶ obligó a revisar su efectividad, pues ante la gravedad de la situación las reservas del seguro se vieron gravemente disminuidas, lo cual obligó a recurrir al Tesoro Nacional y al crédito externo para solventar la situación⁷.

Durante los años 1999 y 2000 el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras puso en marcha una línea especial para los establecimientos financieros privados otorgando créditos por \$799.000'000.000 que capitalizaron a las instituciones beneficiadas con tales préstamos. Este apoyo se financió con el seguro de depósitos y con la emisión de bonos FOGAFIN⁸.

Entidad	Créditos FOGAFIN (Millones de Pesos)	
	Corto Plazo	Largo Plazo
Colpatria	38.110	174.001
Superior	8.806	85.047
Crédito	0	59.965

sociedades de capitalización: a) Depósitos en cuenta corriente; Depósitos simples; Certificados de depósitos a término (CDT); Depósitos de ahorro; Cuentas de ahorro de valor constante; Cuentas de ahorro especial; Documentos por pagar; Cuenta centralizada; Depósitos especiales; Servicios bancarios de recaudo, y Títulos de capitalización. Artículo 2 de la Resolución 1 de 1988 FOGAFIN, modificado por la Resolución 2 de 1996.

⁵ En 1998 FOGAFIN tuvo que apoyar a entidades como Granahorrar, el Banco Uconal y Coopdesarrollo por las dificultades que atravesaron y que terminaron con la oficialización de la primera de estas instituciones. Para el año 1999 vino la toma de posesión de Interbanco y la necesidad de apoyar otras entidades como el Banco Superior, el Banco Colpatria y Megabanco con el fin de evitar pánico que generara una crisis sistémica. (Documento: Propuesta sobre modificación al sistema de seguro de depósitos) (FIs 144 a 151)

⁶ Decreto 2330 del 16 de noviembre de 1998.

⁷ Véase también el Documento: Propuesta sobre modificación al sistema de seguro de depósitos) (FIs 144 a 151), así como las consideraciones del Decreto 2330 del 16 de noviembre de 1998 en los que se da cuenta del "Fortalecimiento patrimonial del fondo de garantías de instituciones financieras, incluyendo el acuerdo con el Banco de la República de un mecanismo especial de redescuento por \$ 500.000 millones y aportes de liquidez por parte de la dirección general del tesoro nacional hasta por \$ 280.000 millones"

⁸ Deuda Pública

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

Interbanco	1.016	42.181
Unión Colombiano	1.803	25.132
Cofinorte	0	19.752
Coltefinanciera	9.104	19.348
Multifinanciera	0	2.863
Credinver	88	2.050
Confinanciera	0	3.129
Megabanco ⁹	170.920	115.247
TOTAL	229.847	549.115

Fogafin Informe de Gestión 2000 pag. 28.

En relación con la banca pública, el FOGAFIN realizó una serie de actividades para fortalecerla patrimonialmente para lo cual se emitieron bonos y se invirtieron recursos del impuesto a las transacciones financieras para capitalizarlas, además actividades de saneamiento y reestructuración de entidades que implicaron desembolsos por el Estado de \$4.8 billones de pesos provenientes de bonos, emergencia económica y aportes del presupuesto nacional.

Desembolsos a entidades públicas Diciembre de 2000 (Millones de pesos)			
	Efectivo	Bonos	Total
BCH	140.800	1.150.700	1.291.500
BANESTADO	417.000	823.100	1.240.100
BANCAFE	0	870.000	870.000
CISA— BANCAFE	0	267.280	267.280
CISA—BCH	0	253.650	253.650
GRANAHORRAR	60.226	271.971	332.197
IFI	0	400.000	400.000
BANCO	0	150.000	150.000

⁹ En el caso de MEGABANCO los fondos de financiación tuvieron origen también en el impuesto a las transacciones financieras creado con la emergencia económica.

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

AGRARIO			
FES	45.000	0	45.000
TOTAL	663.026	4.186.704	4.849.727

Adicionalmente se realizaron operaciones de compra de cartera de la Banca Pública por valor de \$250.000'000.000, cupo que se amplió posteriormente hasta \$350.000'000.000.¹⁰

En el año 2000 se pagó a quienes tenían depósitos en las entidades intervenidas durante 1999, hasta un promedio del 97.5% de los pagos autorizados por este concepto para un total cancelado por seguro de depósitos de \$18.964 millones de pesos en dicho año, ~~discriminados en el siguiente cuadro:~~¹¹

Entidad en Liquidación	Vr. Pagado por seguro de depósitos 2000	Total acumulado de años anteriores	
		Vr. pagado	Vr. Acumulado
	Millones de \$	Millones de \$	%
Capitalizadora Grancolombiana	313	7387	93,24
Leasing Patrimonio	5	1473	95,90
Banco Andino	1500	13033	96,11
Banco Pacífico	759	10644	95,81
Banco Selfin	4832	4832	98,15
Corfipacífico	506	9437	98,64
GFC Bermudez y Valenzuela	5039	17537	99,51
GFC Findesarrollo	1226	3066	99,74
GFC Pacífico	1070	2337	100
GF Occidente	216	216	99,08
Leasing Selfin	3489	3498	99,69

¹⁰ Según el "Informe de Gestión 2000" publicado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras – Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

¹¹ Ibidem.

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

TOTAL	18964	73460	97,45
-------	-------	-------	-------

[Fogafin Informe de Gestión 2000 pag. 54.](#)

Para el año 1998 se había implementado un sistema de devolución de primas (Resolución 001 del 6 de agosto de 1998) que resultó coadyuvando al debilitamiento de las reservas del seguro, pues en medio de la crisis, para el periodo comprendido entre octubre de 1998 y diciembre de 1999 se terminó restituyendo a las instituciones financieras el 47.97 % del total de las primas recaudadas y para el año 2000 el 49.73% del total recaudado.¹² Con ello se puso en riesgo la estabilidad de todo el sistema financiero, porque como se puede colegir de los cuadros anteriores, FOGAFIN no contaba con los recursos suficientes para enfrentar las contingencias que pudieran generarse si la crisis se profundizaba.

Partiendo de este contexto, la Junta Directiva del FOGAFIN expidió la Resolución 5 del 27 de noviembre de 2000 en la cual se incrementó la prima y se modificaron varios aspectos del régimen del seguro de depósitos que había sido adoptado en la Resolución 1 de 1998, entre otros el “*sistema de devolución de primas*”, el cual se reformó a través de una de las normas acusadas en el presente proceso y cuya legalidad estudiará a continuación la Sala con base en los argumentos expuestos en la demanda.

II. RESOLUCIÓN 5 DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2000

Los motivos que inducen a solicitar la nulidad de la Resolución 5 de 2000 se concretan en que reguló de manera incompleta el sistema de seguro de depósitos; que no existe una correlación o correspondencia entre los indicadores utilizados por FOGAFIN y la calificación que obtiene la entidad financiera y en la vulneración del principio de igualdad.

Al respecto la Sala encuentra que los cargos mencionados contra la resolución demandada, fueron estudiados en los procesos acumulados 13407, 13414, y 13490, que en sentencia de octubre 18 de 2006 la encontró ajustada a derecho, por lo que operó el fenómeno jurídico de la cosa juzgada.

En efecto, conforme al artículo 175 del C. C. A. “*la sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada ‘erga omnes’*”. “*La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero sólo en*

¹² Según datos publicados en la revista Economía Colombiana y coyuntura Política – Revista de la Contraloría General de la Nación, Caicedo Montaña Hernán, “*El Sistema de Seguro de Depósitos en Colombia*” que a su vez cita como fuente a FOGAFIN. Edición 286, Octubre de 2001.

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

relación con la 'causa petendi' juzgada".

De acuerdo con la disposición citada, si la decisión jurisdiccional es negativa, es decir si el acto demandado continúa vigente, la cosa juzgada se predica únicamente de las causales de nulidad alegadas y del contenido del petitum que no prosperó. En consecuencia, la norma puede ser demandada por otra causa y puede y puede prosperar la pretensión.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, para que se configure la cosa juzgada es menester que haya identidad de objeto, identidad de causa e identidad jurídica de partes.

El objeto de la demanda es la pretensión, y la causa es el fundamento del derecho que se ejerce. El último requisito, identidad jurídica de las partes no es aplicable en procesos de nulidad, por los efectos *Erga omnes* que le otorga el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo a las sentencias que la declaran y los efectos *erga omnes* en cuanto a la causa petendi en las que la niegan.

La Sala observa que existe coincidencia entre la causa petendi alegada en los procesos 13407, 13414 y 13490 y la argumentada en la presente litis, pues la misma apoderada (Patricia Mier Barros) actora ataca la legalidad de la Resolución 5 de 2000, en la medida en que la Junta Directiva de FOFAFIN incurrió en una omisión en el ejercicio de sus funciones, por la ausencia de regulación de la parte esencial del sistema de seguro de depósitos al remitirse a los indicadores líderes que maneja la Superintendencia Bancaria, sin determinar la forma como calificaría a las entidades financieras para obtener en un momento dado la devolución de las primas pagadas por el seguro de depósitos, ni las ponderaciones para la calificación del riesgo asegurado, todo lo cual va en contravía de la definición de los criterios técnicos estipulados en el artículo 323 del E.O.S.F.

Igualmente existe similitud respecto a la violación del principio de igualdad, puesto que los indicadores para evaluar a la entidad financiera no se reflejan proporcionalmente en la devolución de la prima o en el pago adicional.

En cuanto a las normas invocadas como violadas, básicamente se sustenta en el desconocimiento de la Junta Directiva de FOFAFIN de los artículos 318 y 323 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que coinciden con las aducidas en los procesos acumulados 13407, 13414 y 13490.

La sentencia de octubre 18 de 2006 en comento, en los apartes pertinentes frente a los cargos señaló:

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

“En relación con las primas a cargo de las entidades financieras se destaca que el literal c) del artículo 323 del EOSF concibe el establecimiento de primas diferenciales o bien la previsión de un sistema de devoluciones, que en uno u otro caso, tenga en cuenta los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita los cuales se fijarán con base en los criterios técnicos que periódicamente determine la Junta.

El monto de la prima a cargo de las instituciones financieras debe ser destinado a la formación de reservas para el pago del seguro de depósito, de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 319 del EOSF.

En el artículo 1° de la Resolución 5 de 2000 se fijó la obligación para las entidades inscritas en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras de cancelar una prima anual por seguro de depósitos equivalente para el año 2001 al 0.6% de los pasivos que tenían con el público. Este incremento obedeció a la necesidad de aumentar las reservas del Fondo, de acuerdo con la autorización que le otorga a la Junta directiva el literal d) del numeral 2 del artículo 319 del EOSF, dado que no resultaban suficientes para atender una crisis financiera en los años siguientes.

La Resolución dispuso que el pago de la prima se realiza durante el año por trimestre calendario con base en las cifras del balance transmitido al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras,¹³ aplicando a los pasivos con el público el porcentaje de la prima, que para el año 2001 era del 0.6%, del 2002 al 2007 del 0.5% y el 0.3% de ahí en adelante. De esta forma se obtiene un valor general a cancelar, de suerte que la diferenciación se logra mediante devoluciones, cuando los indicadores de solvencia son positivos, o pagos adicionales, cuando el riesgo de las entidades es latente.

El artículo 3° de la Resolución 5 de 2000 acusada, optó por un sistema de devolución de primas y prima adicional el cual depende de la calificación que realiza el Fondo de Garantías a las instituciones financieras obligadas a sufragarlas.

Esta disposición permite la devolución de un porcentaje de la prima pagada siguiendo una fórmula que tiene en cuenta la calificación otorgada por el FOGAFIN, con base en “los indicadores líderes para evaluar el comportamiento de la situación financiera de las entidades financieras que establezca la

¹³ De acuerdo con los párrafos del artículo 1° de la Resolución 5 de 2000 las primas deben ser pagadas a más tardar el último día hábil de los meses de abril (trimestre enero a marzo), julio (abril a junio), octubre (julio a septiembre) y enero (octubre a diciembre).

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

Superintendencia Bancaria". Sin embargo, si el porcentaje resultante de aplicar la fórmula resulta negativo, en lugar de devolución, la entidad deberá pagar el correspondiente porcentaje adicional de prima de seguro.

Significa que se optó por un sistema de devolución de primas "ex post"¹⁴ que implica el deber de cancelar una prima extra si la calificación obtenida por la entidad es inferior a 3, o de obtener la devolución de una parte de lo pagado si la calificación es superior a 3.

Para la Sala, el artículo 3° de la Resolución 5 de 2000 acató las disposiciones establecidas para el establecimiento de las primas del Seguro de depósito de que trata el literal c) del artículo 323 del EOSF, pues con el sistema adoptado de devolución de primas y prima adicional, se premian o se castigan los resultados que emanan de los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita.

En síntesis, durante el año se cancela la prima por anticipado por trimestre calendario equivalente al 0.6% de los pasivos que se tengan con el público (depósitos, CDT, servicios de recaudo, títulos de capitalización, etc.). Al final del año se califica el riesgo al que estuvieron expuestos los depositantes para establecer si a la institución se le devuelve un porcentaje de lo pagado o se le cobra una prima adicional.

Ahora bien, para establecer el monto a devolver o la suma adicional se parte de la calificación del FOGAFIN, se tuvieron en cuenta los indicadores financieros y de solvencia líderes utilizados por la Superintendencia Bancaria, los cuales garantizan el uso de criterios técnicos adecuados para medir el riesgo de las entidades financieras. Esta remisión es legítima y responde al deber de coordinación de las actuaciones de las autoridades administrativas para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, establecido en el artículo 209 de la Constitución Política.

En relación con la supuesta indefinición de la expresión "indicadores

¹⁴ La Ley exige la adopción de primas diferenciales que permiten optar por dos formas de cobro "ex ante" atendiendo los estándares de riesgo y márgenes de solvencia antes de que termine el periodo, o "ex post" que tiene en cuenta los niveles de riesgo detectados al finalizar el periodo, premiando a las entidades con la devolución de parte de lo pagado por su fortaleza frente a las demás y el menor riesgo que representaron. (Caicedo Montaña Hernán, "El Sistema de Seguro de Depósitos en Colombia" en Economía Colombiana y coyuntura Política – Revista de la Contraloría General de la Nación)

Pág:

Radicación No. ~~11001-0-327-000-2003-00051-01-13980~~

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

líderes” contenida en el artículo 3° de la Resolución acusada, la Sala observa que los indicadores utilizados por la Superintendencia Bancaria para evaluar el comportamiento financiero de sus vigiladas se basan en la metodología CAMEL¹⁵ utilizada desde 1979 por las agencias regulatorias federales de los Estados Unidos, con lo cual se presenta una clara referencia a los instrumentos de medición del riesgo que debían ser tenidos en cuenta por el Fondo a efectos de la calificación de las entidades financieras.

La Superintendencia Bancaria le informó al FOGAFIN mediante el Oficio 20001078015-2 del 10 de diciembre de 2001 los indicadores líderes del sistema CAMEL que utiliza la entidad.

Los indicadores de la metodología CAMEL no se adoptan de la misma forma en todos los casos, pues su uso depende de los factores o circunstancias que quieran valorarse y de acuerdo con los diferentes sectores del sistema financiero. Así mismo, tienen la posibilidad de ser corregidos por la evolución de las ciencias económicas o bien por circunstancias particulares como las crisis, que ameritean ajustes o correcciones. Lo relevante en todo caso es que permite elaborar un juicio respecto de la situación de cada institución financiera utilizando los mismos indicadores para cada una de ellas.

En conclusión, la norma acusada no prescindió de ninguno de los requisitos exigidos por las disposiciones que regulan las primas del seguro de depósitos, ni omitió aspectos que debieron definirse en dicho acto, de tal forma que no sea posible su aplicación o que no produzca efectos jurídicos, por lo cual no es procedente la pretensión subsidiaria de declarar la inaplicación del artículo 3° de la Resolución 5 de 2000.”

“Para la Sala, no es suficiente considerar como lo hace de manera subjetiva la parte demandante, que la calificación obtenida al aplicar la fórmula establecida en la norma acusada no es proporcional con el monto de la devolución, porque ello por sí solo no implica un tratamiento preferencial o discriminatorio. No puede perderse de vista que el principio de igualdad implica aplicar el mismo tratamiento entre iguales y diferente entre desiguales. No se exige una igualdad matemática como la que pretende la parte actora.

En el presente caso, quienes obtengan la misma calificación y estén en las mismas circunstancias relevantes, estarán en idéntica

¹⁵ Capital, Asset, Management, Earning and Liquidity que, traducido al español significa Capital, Activos, Manejo gerencial, Utilidades y Liquidez.

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

posibilidad de acceder a la devolución de la prima pagada o de cancelar un excedente.

Con el sistema de la Resolución 5 de 2000, la entidad que obtenga una mejor calificación se beneficiará con una devolución que va a ser proporcionalmente mayor a la otra, porque no hay porcentajes de devolución fijos como ocurría en el sistema anterior, sino que el monto de devolución o la prima adicional se establece mediante una fórmula algebraica que disminuye la posibilidad de las brechas que se generaban, en la medida que aumenta o disminuye la prima definitiva conforme sea menor o mayor la calificación obtenida.¹⁶

Este cargo tampoco está llamado a prosperar porque no se demuestra en qué forma la norma otorgó un tratamiento discriminatorio a alguna o algunas entidades financieras frente a otras, ni que se quebranten los principios de igualdad o de proporcionalidad.”

~~El Consejo de Estado Sección Cuarta reitera lo expuesto en el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Occidente contra la sentencia del 23 de octubre proferida por la Sección Primera del Tribunal, donde se pronuncia sobre el mismo asunto, transcribe parte de la sentencia mencionada siendo Magistrada Ponente la Dra: Ligia López D .y se dice:~~

~~“En relación con la presunta ilegalidad del artículo 3° de la Resolución 5 de 2000 y de la Circular 3 de 2002, se advierte que mediante la Sentencia del 18 de octubre de 2006, esta Sala negó la pretensiones de la demanda de nulidad contra dichos actos, por considerar que la primera de estas normas “no prescindió de ninguno de los requisitos exigidos por las disposiciones que regulan las primas del seguro de depósitos, ni omitió aspectos que debieron definirse en dicho acto, de tal forma que no sea posible su aplicación o que no produzca efectos jurídicos.”~~

Todo lo anterior lleva a la Sala a concluir que la solicitud de nulidad de la Resolución impugnada se fundamenta en las mismas normas y argumentos considerados en el fallo mencionado, que derivó en negar las súplicas de la demanda, y por ende existe identidad en la causa petendi para declarar configurada la cosa juzgada acorde con lo previsto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo. En consecuencia, la Sala se estará a lo resuelto en la sentencia de 18 de octubre de 2006, expediente acumulados 13407 y 13414.

III. CIRCULAR 007 DE DICIEMBRE 27 DE 2002

¹⁶ Anexo 6 del documento “Propuesta sobre modificación al sistema de seguro de depósitos” aportado con los antecedentes administrativos. (Fl. 173)

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

En este punto la actora argumenta que el Director de FOGAFIN usurpó las facultades legales consagradas para la Junta Directiva para efecto de regular el seguro de depósitos, al contemplar los indicadores para la calificación de las entidades financieras, bajo la premisa de estar informándolos.

En primer término precisa la Sala que en la sentencia a que se ha hecho referencia en el punto anterior se analizaron y discutieron aspectos similares respecto de la Circular Externa No. 3 de 2002 expedida por el Director de FOGAFIN. Sin embargo la acción en este proceso se dirige contra la Circular Externa No. 007 del 2002 por lo cual la Sala debe analizar el fondo del asunto

En relación con este cargo, el artículo 318 del EOSF determinó los órganos de dirección y administración del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras incluyendo allí a la Junta Directiva y al Director y señaló las competencias de este último en los siguientes términos:

“3. Dirección. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tendrá un Director, quien será el administrador del mismo y tendrá a su cargo el desarrollo de sus actividades y la ejecución de sus objetivos, de acuerdo con las previsiones del presente capítulo y los estatutos. El representante legal del fondo de garantías de instituciones financieras tendrá entre otras las siguientes funciones:

- a) Llevar la representación legal del fondo y firmar todos los actos, contratos y documentos para el cumplimiento de los objetivos que se determinan en el capítulo I de esta parte, con sujeción a lo que se disponga en los estatutos;
- b) Someter a la consideración de la junta directiva los planes e iniciativas tendientes a lograr los objetivos del fondo y su adecuada ejecución, y
- c) Las demás que se establezcan en los estatutos del fondo.”

A su vez los Estatutos del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras aprobados mediante el Decreto 2757 del 11 de diciembre de 1991, señalan las funciones que le corresponden al Director de las que cabe destacar las siguientes:

“Artículo 27.—. —Director del Fondo. El Director del Fondo es agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción, cuya remuneración y régimen de prestaciones sociales serán señalados por la ley. Ejercerá la representación legal del fondo, será el administrador del mismo y tendrá las siguientes funciones:

- a) Llevar la representación legal del fondo, ante toda clase de personas y autoridades, administrarlo, firmar los actos, contratos y documentos que no corresponda a la junta directiva y en general desarrollar las actividades
-

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

necesarias para el cumplimiento de los objetivos señalados en normas legales, con sujeción a lo que se dispone en los presentes estatutos;

b) Someter a la consideración de la junta los planes, programas y proyectos tendientes a lograr los objetivos del fondo; una vez aprobados, dirigir y adelantar su ejecución;

(...)

f) Vigilar la observancia de las leyes y los estatutos, la correcta aplicación de los recursos y el debido mantenimiento y utilización de los bienes de la institución;

(...)

j) Ejercer bajo su responsabilidad las funciones que le asigne la junta directiva o que le atribuyan las normas legales;

(...)

m) Las demás funciones que corresponden al Fondo y que no estén atribuidas expresamente a otro órgano.” (Subraya la Sala)

Conforme con esta regulación, el Director del FOGAFIN es agente del Presidente de la República y como tal le corresponde la administración del Fondo, así como la ejecución de las actividades que permitan el cumplimiento de sus objetivos.

Es claro que el Director no puede usurpar funciones que le correspondan a la Junta Directiva por expresa disposición legal, pero de acuerdo con el literal m) del artículo 27 de los Estatutos del Fondo, debe asumir aquellas funciones del FOGAFIN que no estén atribuidas expresamente a otro órgano, así como las que le atribuyan las normas legales.

Las funciones de la Junta son de organización y regulación del seguro de depósito, al Director le corresponde por competencia residual, desarrollar y reglamentar aquellas pautas y directrices generales dictadas por la Junta Directiva del FOGAFIN.

A partir de los anteriores planteamientos debe la Sala examinar si el Director de FOGAFIN asumió la competencia regulatoria de la Junta Directiva al emitir la Circular 7 de 2002, para ello se analizará a continuación el contenido de la misma

Esta Circular sustituyó en su totalidad el contenido de la Circular 003 de 2002, para lo cual está estructurada en cinco capítulos:

En el primer capítulo de la Circular acusada se reiteran los criterios señalados expresamente por el artículo 4° de la Resolución 5 de 2000 señalando, al igual que lo hizo este acto, que para acceder a la devolución se requiere que durante el periodo anual la entidad financiera no haya contado con capital garantía otorgado por el FOGAFIN y que en ningún mes haya registrado una relación de solvencia inferior al 9%.

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

Adicionalmente, a partir de la fórmula establecida en el artículo 3° de la Resolución 5 de 2000, la Circular concluye que si la calificación obtenida por la entidad financiera es mayor a 3 accederá a la devolución y si es menor de 3 estará sujeta al cobro adicional de primas.

En este aparte no hay nada distinto de lo dispuesto en las regulaciones de la Junta Directiva y en la Ley, la Circular se limita a reiterar las disposiciones a las que debe sujetarse.

El segundo capítulo de la Circular reitera que la devolución o el cobro adicional de la prima se realizará con base en la calificación que realice el Fondo, y a renglón seguido informa los indicadores líderes utilizados por la Superintendencia Bancaria para evaluar el riesgo de las entidades obligadas a financiar el seguro de depósitos. Los indicadores utilizados para los establecimientos de crédito son los siguientes:

$$\text{1. Indicador de Capital} = \frac{\text{Patrimonio técnico}}{\text{Activos ponderados por riesgo}}$$

$$\text{2. Indicador de Cartera} = \frac{\text{Cartera Ponderada por Riesgo}}{\text{Cartera Bruta}}$$

$$\text{3. Indicador de Gestión} = \frac{\text{Gastos Operacionales Totales}}{\text{Margen Financiero Bruto}}$$

$$\text{4. Indicador de Utilidades} = \frac{\text{Utilidades Totales}}{\text{Activos Promedio}}$$

$$\text{5. Indicador de Liquidez} = \frac{\text{GAP de 90 días}}{\text{Activos Líquidos}}$$

Los indicadores utilizados para las sociedades de capitalización son:

$$\text{1. Indicador de Capital} = \frac{\text{Patrimonio técnico}}{\text{Activos ponderados por riesgo}}$$

$$\text{1. Indicador de Gestión} = \frac{\text{Gastos operacionales totales}}{\text{Margen financiero Bruto}}$$

Con formato: Numeración y viñetas

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

3. Indicador de Utilidades = $\frac{\text{Utilidades Totales}}{\text{Activo Promedio}}$

4. Indicador de Liquidez = $\frac{\text{Brecha acumulada de Liquidez a tres meses}}{\text{Saldo de los activos fijos a la fecha}}$

A renglón seguido la Circular establece los rangos de calificación, donde uno (1) es la más baja y cinco (5) la más alta. La calificación total se determina por la sumatoria ponderada de la calificación promedio mensual de cada uno de los indicadores líderes.

También señala el procedimiento para algunos eventos especiales, v.gr. Cuando a una entidad no se le pueda calcular algún indicador, cuando no hay datos para un indicador o si hay retrasmisión de balances. Señala también el Procedimiento Operativo para la Devolución de Primas y el Procedimiento Operativo para el pago de la Prima Adicional de conformidad con el artículo 5 de la Resolución número 5 de 2000 y finaliza haciendo referencia a algunas disposiciones comunes para estos procedimientos.

Para la Sala, como lo consideró al analizar la Circular 3 de 2002, el acto acusado constituye un **instructivo** expedido por el Director del FOGAFIN, una circular operativa con el procedimiento que la misma Entidad sigue para otorgar la calificación a las instituciones financieras, pues es el Fondo de Garantías quien tiene la competencia para ello.

Cuando el Director del FOGAFIN señaló el procedimiento para la calificación de las entidades, no reguló ninguno de los aspectos principales del seguro de depósitos, porque estos ya estaban regulados en la Resolución 5 de 2000 de la Junta Directiva. La Circular contiene información sobre la voluntad de la Administración, en cuanto al procedimiento para efectos de la devolución de primas, es un acto de organización interna para el cumplimiento de una competencia específica: Calificar a cada una de las instituciones financieras e informar sobre lo mismo a los representantes legales del sector financiero.

La Resolución 5 de 2000 que reguló el seguro de depósitos, dejó en cabeza del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras la calificación de las entidades financieras para efectos de la devolución de primas y prima adicional, sin que en ella se señalara la dependencia que tendría a su cargo esta función. Por ello es aplicable el literal m) del artículo 27 del Decreto 2757 de 1991 (Estatutos del Fondo) que le asigna a su Director aquellas funciones que corresponden al Fondo y que no estén atribuidas expresamente a otro órgano.

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

La Sala ha considerado, que resultaban necesarios para la adecuada ejecución de la competencia asignada, unos lineamientos que permitieran la calificación que se debe realizar para la devolución de la prima de seguro o para determinar el cobro de una prima adicional, dentro de los límites y parámetros establecidos en la Ley y en la Resolución 5 de 2000 de la Junta directiva, lineamientos que corresponden al cumplimiento de los objetivos del fondo en relación con el seguro de depósitos.

El Director del Fondo tampoco creó unos indicadores para calificar a las entidades financieras. Siguiendo la Resolución 5 de 2000 informó los indicadores líderes utilizados por la Superintendencia Bancaria y señaló los procedimientos internos de ejecución de la calificación, lo cual está dentro de sus facultades y resulta acorde con lo dispuesto por la Junta Directiva del FOGAFIN.

Como puede verificarse en los antecedentes administrativos, la Superintendencia Bancaria mediante el oficio 2002013755-1 del 15 de marzo de 2002 informó al FOGAFIN los indicadores líderes de modelo CAMEL utilizados por la entidad (Fl. 437 a 440). El Director se limitó a ejecutar el mandato de la Junta Directiva plasmado en la Resolución 5 de 2000, de acuerdo con los índices informados por la superintendencia Bancaria.

Como ya se indicó esta metodología CAMEL no es estándar, de tal manera que los indicadores no necesariamente son utilizados de la misma manera en todos los casos, pues depende de lo que se quiera evaluar y dependen también de cada sector del sistema financiero, de suerte que al ser diferentes tengan indicadores distintos de medición, como ocurre por ejemplo con las sociedades de capitalización y las entidades de crédito. También tienen la posibilidad de ser corregidos por la evolución de las ciencias económicas o bien por circunstancias particulares como las crisis, que ameritan ajustes o correcciones.

En esas circunstancias, no se requería que la Junta Directiva del FOGAFIN al regular el Seguro de depósitos llegara al nivel de señalar con detalle los indicadores utilizados dentro de sus funciones de control y vigilancia.¹⁷ Cabe anotar que la Superintendencia Bancaria en sus comunicaciones al Fondo de Garantías advierte que la información sobre los indicadores utilizados "aunque los indicadores son públicos, la forma como se utilizan en el sistema CAMEL

¹⁷ Con la modificación que hizo el artículo 79 de la Ley 795 de 2003 al Artículo 323 del EOSF se señaló que "La información relacionada con las labores de supervisión que desarrolle la Superintendencia Bancaria en cumplimiento de las funciones que le asigna la ley gozará de reserva siempre y cuando ello sea necesario para garantizar la estabilidad del sistema financiero y asegurador, la confianza del público en el mismo, y procurar que las instituciones que lo integran no resulten afectadas en su solidez económica y coeficientes de solvencia y liquidez requeridos para atender sus obligaciones".

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

(Superintendencia Bancaria), tiene carácter de reserva, es de su uso interno y para fines exclusivos de supervisión” (Fl. 461). Lo anterior por cuanto no es conveniente que se divulgue al público la información relacionada con la calificación otorgada a las instituciones financieras para fines del seguro de depósitos, pues el sistema financiero resulta muy sensible a interpretaciones equivocadas de los resultados. Los únicos interesados son sus destinatarios, es decir las instituciones financieras sujetas a la calificación.

Para la Sala no es ilegal que el Director del Fondo de Garantías establezca los procedimientos de calificación para la devolución de la prima y prima adicional, por el contrario, al hacer públicos los indicadores líderes de la Superintendencia Bancaria que tienen relevancia y las ponderaciones que se les otorga a cada uno de ellos, el proceso resulta uniforme y objetivo.

Ahora bien, en relación con el contenido de los capítulos III, IV y V, se observa que instruyen sobre los procedimientos operativos a cargo del FOGAFIN para la devolución de primas o el pago de prima adicional, decisiones que constituyen actos de organización interna que reiteran los plazos establecidos en la Resolución 5 de 2000. No señalan obligaciones o derechos para las instituciones financieras y se advierte sobre el trámite para dos eventos específicos:

1.) Los reintegros. Cuando hay un recálculo de la calificación otorgada a la entidad del que se deriven reintegros o pagos adicionales de prima a favor del FOGAFIN, la institución está obligada al pago de manera inmediata. Lo cual es correlativo con el deber del Fondo para devolver las primas que resulten a pagar después del recálculo de la calificación.

2.) La información a cargo de las instituciones financieras al FOGAFIN sobre el valor y la fecha en que realizaron los pagos de prima adicional cuando sea pertinente.

Estas disposiciones contenidas en la Circular constituyen actos para la cabal ejecución de las resoluciones sobre seguro de depósito, que no contienen nuevos derechos u obligaciones a cargo de las entidades financieras sino que hacen operativo el pago de prima adicional y la devolución de primas que resulte, de conformidad con la Resolución 5 de 2000.

Por ello la Circular 07 de 2002 es ante todo un instructivo, un acto operativo que se dirigió a las entidades financieras interesadas con el ánimo de que estuvieran informadas de los procedimientos adelantados al interior del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras.

En conclusión, el Director de FOGAFIN no excedió sus competencias pues no expidió regulaciones adicionales para el seguro de depósito, ni reemplazó las

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

fijadas por la Junta Directiva. El cargo no prospera.

2. Desviación de poder

Censura la demandante que la circular utiliza sólo un factor indicador dejando por fuera muchos de los elementos que tiene en cuenta la metodología CAMEL, pues se limita a incluir mediciones cuantitativas, sin que los indicadores establezcan discriminaciones sobre el tamaño, complejidad y perfil de riesgo de las respectivas entidades.

Aduce que el contenido de la Circular es irrazonable, porque el EOSF prevé la necesidad de un mecanismo para devolver las primas de los seguros de depósito según la calificación de riesgo obtenida por cada entidad financiera. Resulta prácticamente imposible que cualquier entidad colombiana supere la calificación de 4 sobre 5, como puede verificarse al comparar los resultados de trece entidades bancarias frente a la calificación que les asignaron las sociedades calificadoras de riesgo. Con lo cual, se obstaculiza y se hace nugatorio el derecho a la devolución de las primas, aumentando el patrimonio de FOGAFIN.

Los indicadores establecidos para la calificación de las entidades financieras dejan por fuera muchos elementos de la metodología CAMEL (información utilizada por la Superbancaria para sus análisis que incluye valoraciones cuantitativas y cualitativas), lo que no permite tener una visión completa del elemento que pretende evaluarse, adicionalmente los indicadores de la Circular 7 de 2002 no tienen en cuenta ningún elemento cualitativo, ni establecen diferencias en cuanto al tamaño, complejidad y perfil de riesgo de las entidades. La Circular tampoco incluye ningún indicador que tenga en cuenta los riesgos de mercado, como lo ha recomendado el Comité de Basilea.

Describe y critica cada uno de los indicadores capital, cartera, gestión y utilidades, y concluye que el de liquidez, no tiene en cuenta las diferencias entre el tamaño complejidad y perfil de riesgo de las entidades financieras, ni la regulación de la Superintendencia Bancaria sobre el particular.

Ahora, respecto de los indicadores, su ponderación y las calificaciones resultantes de su aplicación, aclara la Sala que éstos provienen de la Resolución 005 de 2000 de la Junta Directiva y de la Superintendencia Bancaria.

En efecto, FOGAFIN recibió de la Superintendencia Bancaria los indicadores líderes¹⁸ y el Director se limitó a informar que elementos emplearía el Fondo y la forma de liquidación de las primas de seguro de depósito para el año 2002. La

¹⁸ Ver fls 473 a 481 cdno No. 1

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

Circular 007 de 2002 se limitó a informar y dar instrucciones conforme a la Resolución 005 de 2000.

Cabe advertir que el literal c) del artículo 323 del EOSF señala dentro de los principios del seguro de depósitos que debe atender FOGAFIN que “Las primas se establecerán de manera diferencial o se preverá un sistema de devoluciones atendiendo, en ambos casos, a los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita, con base en los criterios técnicos que periódicamente determine la Junta directiva.”

Lo anterior significa que puede optarse por uno u otro sistema: Primas diferenciales o devolución de primas.

Con anterioridad a la Resolución 5 de 2000 existía un sistema de devolución de primas con base en intervalos del 25% y del 50% del valor pagado, sin embargo se consideró por la Junta Directiva de FOGAFIN que con este esquema se habían debilitado las reservas del seguro de depósito, pues se cometieron errores en la formulación de los indicadores que implicaron que se reintegraran valores a entidades que habían acudido a FOGAFIN por capital garantía o que presentaban graves problemas de solvencia y liquidez.¹⁹

El literal d) del numeral 2º del artículo 319 permite que cuando los recursos de las reservas resulten insuficientes para la realización de las operaciones de apoyo o la atención de futuros siniestros cuyo pago deba asumir el Fondo de Garantías, la Junta Directiva puede adoptar planes de reconstitución de las reservas.

Con el fin de reconstituir la reserva del seguro de depósito y garantizar la existencia futura de los recursos que le permitan al fondo desarrollar las operaciones encaminadas a proteger a los ahorradores y depositantes se determinó en la Resolución 5 de 2000 modificar el anterior sistema de devolución de primas y se adoptó uno de primas diferenciales a través de una función continua que permite diferenciar los distintos riesgos de las instituciones, estableciendo un sistema de premios y castigos.

De esta manera, aquellas entidades que toman mayores riesgos cancelan también una prima superior frente a aquellas que asumen menores riesgos. El “premio” será la devolución de una parte de lo pagado y el “castigo” será el pago de una prima adicional a la cancelada. Con ello se construye un sistema de primas diferenciales previsto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

¹⁹ Se puede citar el caso del Bancafé, entidad que fue calificada con el menor grado de riesgo, a pesar de los problemas de solvencia que tenía para ese entonces. (Caicedo Montaña Hernan, Op. Cit.)

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

Este parámetro resulta lógico por tener en cuenta que el seguro tiene como finalidad garantizar o salir a responder por un riesgo y a mayor riesgo mayor costo.

Cabe anotar que algunos consideran que puede resultar contraproducente el exigir cobros adicionales a entidades que tienen mayores dificultades, sin embargo esta afirmación no está demostrada y por otro lado el Seguro de depósitos no puede servir para inducir a que las instituciones asuman riesgos morales, esto es que tomen decisiones que impliquen riesgos indebidos, bajo la expectativa de la existencia del seguro. Con este sistema se desestimula la asunción del riesgo moral.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el destino del recaudo de las primas es la constitución de reservas para el pago del seguro de depósitos, cuya finalidad específica es la protección a los ahorradores y depositantes, y la seguridad, confianza y estabilidad de todos los actores del sistema financiero, de tal manera que si los depositantes perciben que su dinero está protegido por el seguro y existen suficientes reservas para su cobertura, no habrá ninguna razón para retirarlo de manera masiva e intempestiva de sus cuentas.

Por otra parte, la Sala reitera su criterio jurisprudencial²⁰ en el sentido de que no hay un derecho adquirido a la devolución de las primas pagadas por el seguro de depósito, pues no hay norma alguna que lo otorgue.

No se demostró por parte de la parte demandante que los indicadores utilizados fuesen irrazonables y en consecuencia el cargo no está llamado a prosperar.

3. Violación de la Ley por aplicación retroactiva

Aduce la demandante que la circular fue expedida el 27 de diciembre de 2002, publicada en el diario oficial el 28 de diciembre de la misma anualidad, a tres días del cierre del ejercicio de ese año, acto que definió una nueva reglamentación de devoluciones y primas adicionales para el año 2002.

Endilga que las entidades deben tener clara las reglas de evaluación antes de que comience el año a evaluar, que le permita adecuar su comportamiento a las exigencias de la norma y no finalizando, como se hizo a través de la Circular 007 del 2002, lo que constituye retroactividad inadmisibles y la afecta de nulidad absoluta.

Precisa la Sala que el sistema establecido en la Resolución 5 de 2000, aplicable a partir del 1 de enero de 2001, determinó un sistema de cobro *ex post*, que

²⁰ Ver sentencia de 18 de octubre de 2006, Consejera Ponente Dra Ligia López Díaz

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

mantiene en ese aspecto el criterio existente en la Resolución 01 de 1998 y que pretende evaluar el comportamiento de las instituciones con posterioridad a cada año fiscal. La utilización de un sistema de financiación ex post obliga a que la calificación se realice solamente cuando se conocen los resultados definitivos de cada entidad financiera, lo cual no implica que se aplique retroactivamente la Circular demandada.

Los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad utilizados para determinar la prima son tomados de sus balances y estados financieros, los cuales se elaboran con posterioridad a la ocurrencia de los hechos económicos que registran.

Por otro lado, fue en la Resolución 5 de 2000 que se estableció el sistema de seguro de depósitos, con aplicación hacia el futuro, como quiera que expresamente dijo que regía a partir del 1° de enero de 2001. La Circular demandada se limitó a ejecutar para la calificación correspondiente al año 2002, lo ordenado en el acto de la Junta Directiva. Así mismo, la Resolución tomó como indicadores líderes, los que estableció la Superintendencia Bancaria, la cual se basa en los balances que se producen una vez ha concluido el respectivo año fiscal.

Cabe advertir que las entidades tenían conocimiento del sistema aplicable para la devolución o pago de prima adicional en el 2002, pues la Circular 1 de 2001 ya había señalado que las devoluciones o primas adicionales a partir del 2002, en relación con los pagos realizados durante el 2001, se realizarían de acuerdo con los criterios de la Resolución 5 de 2000, con fundamento en la calificación que realice el Fondo mediante la aplicación de los indicadores líderes utilizados por la Superintendencia Bancaria.

Lo discurrido conduce a desestimar el cargo.

4. Expedición irregular del acto y falta de motivación

Acusa la demandante que la Circular 007 de 2002 adolece de falta de motivación, ya que no es posible afirmar que se trata de una mera operación ejecutora de la Resolución 5 del 2000, que como tal no requería de motivación. El acto introduce una nueva regulación, que ha debido señalar los motivos o razones de las ponderaciones o pesos de cada indicador en el total de la calificación, los rangos y equivalencias entre el resultado de cada indicador y la calificación a ser otorgada a cada entidad. Esa motivación es imprescindible para conocer los criterios adoptados por el Fondo, con base en los cuales se obtendrían las calificaciones.

FOGAFIN omitió dar cumplimiento a los artículos 14, 28 y 35 del C.C.A. y 5 de la Ley 58 de 1982, sobre la citación de terceros, al no permitir a los afectados

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

conocer las razones por las cuales se adoptaron los criterios técnicos por el Fondo, con afectación del derecho de defensa de los destinatarios de la norma.

La Sala considera pertinente insistir en que el Director del FOGAFIN no creó, modificó ni extinguió la situación jurídica de las instituciones sujetas a calificación, diferente de la ya existente al tiempo de proferir la Circular demandada.

La Sala insiste nuevamente en que los indicadores utilizados y las respectivas ponderaciones utilizadas para calificar a las entidades financieras tienen origen en la Resolución 5 de 2000 que se remitió a los indicadores utilizados por la Superintendencia Bancaria y a la información proveniente de esta entidad en la que comunica que utiliza la metodología CAMEL.

Es decir, la Circular no determinó los indicadores sino los informó para efectos internos y para mayor claridad de las instituciones financieras, pues es el FOGAFIN quien tiene el deber y la competencia para calificar y determinar la prima del seguro de depósitos, la obligación establecida en el artículo 3° de la Resolución 5 de 2000 se dirige a la Administración.

Si bien puede resultar conveniente que las instituciones financieras conozcan con anterioridad los indicadores que se van a utilizar para su calificación, el FOGAFIN y la Superintendencia Bancaria consideraron que su conocimiento público podría implicar riesgos para el sistema por exponerse a interpretaciones por parte de agentes externos que desconozcan su única finalidad de lograr la calificación de las entidades para efectos de la determinación de las primas, en aplicación del numeral 3 del artículo 322 del EOSF que dispone:

“La información relacionada con las operaciones de apoyo o salvamento que desarrolle el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en cumplimiento de su objeto gozarán de reserva, siempre y cuando ello sea necesario para preservar la confianza del público en las instituciones objeto de las medidas, así como la estabilidad de dichas entidades.”

Contrario a lo señalado por la parte demandante se observa que la Circular 7 de 2002 está debidamente motivada en la Resolución 5 del 27 de noviembre de 2000 expedida por la Junta directiva de FOGAFIN y adicionalmente los antecedentes administrativos, permiten concluir que no fue una decisión arbitraria por parte de la Administración.

En relación con la aplicación de los artículos 14, 28 y 35 del Código Contencioso Administrativo que obligaban a vincular a terceros, a comunicar la actuación en curso y darles oportunidad de intervenir antes de adoptar las decisiones, la Sala reitera que la Circular demandada es un acto de carácter general operativo, de información e instrucción y por tanto no requería de las exigencias citadas para la

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

expedición de actos particulares.

En este orden de ideas, la Sala declarará que frente al artículo 3° de la Resolución 5 de 2000 se produjo la figura jurídica de la cosa juzgada, prevista en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, que impide a la Sala avocar en esta oportunidad el conocimiento de los cargos de ilegalidad, por lo que habrá de estarse a lo resuelto en la sentencia de octubre 18 de 2006, que falló los procesos acumulados 13407, 13414 y 13490.

Respecto de la Circular 007 de 2002 proferida por el Director del Fondo de Garantías Financieras FOGAFIN toda vez que no demostró la ilegalidad del acto acusado, la Sala negará las pretensiones de las demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

~~...~~Al respecto, esta Corporación encuentra que el artículo 318 numeral 2° literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece que la Junta Directiva de FOGAFIN tendrá entre otras funciones, "regular el seguro de depósitos" en concordancia con el artículo 323 literal c) de la misma obra que dice: "La Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá organizar el Seguro de depósitos con base en los siguientes principios:... c) Las primas se establecerán de manera diferencial o se preverá un sistema de devoluciones atendiendo, en ambos casos, a los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita, con base en los criterios técnicos que periódicamente determine la junta directiva".

De tal manera que las disposiciones citadas preceptúan que la facultad de regular el seguro de depósitos, compete de manera exclusiva a la Junta Directiva de FOGAFIN, para lo cual puede establecer primas de "manera diferencial" o prever "un sistema de devoluciones", en atención a los indicadores financieros y de solvencia de las entidades, con fundamento en los criterios técnicos que ella misma determine, lo que la obliga a que tenga que expedir actos administrativos que contemplen ese tipo de circunstancias.

El Consejo de Estado, Sección Cuarta, en sentencia del 18 de octubre de 2006, siendo demandante el Banco de Occidente y la actora, .Magistrada Ponente La Dra. Ligia López ha expuesto:

—“La facultad de **regulación** que estableció el artículo 318 del EOSF le permite a la Junta Directiva del FOGAFIN expedir reglas generales a las que deben ajustarse quienes tienen relación con el Seguro de depósitos. Esta potestad no se refiere a la reglamentación de una figura previamente establecida en la Ley, sino

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

~~que le otorga libertad de acción para tomar la decisión más adecuada, advirtiendo que en todo caso no es ilimitada, en la medida en que su ejercicio debe atender a la Ley, a la finalidad del Seguro de depósitos y a los principios señalados en el artículo 323 ib., los cuales corresponden a los contenidos en el artículo 10 de la Ley 117 de 1985, transcritos cuando anteriormente se hizo una referencia general al Seguro de depósitos.~~

~~Los artículos 318 y 323 del EOSF le otorgaron a la Junta Directiva del FOGAFIN la competencia para organizar y regular el seguro de depósitos. Ello significa que este organismo debe establecer de manera amplia y a través de actos generales un sistema de seguro que garantice a los ahorradores y depositantes en las entidades financieras inscritas en el Fondo que van a obtener la devolución al menos parcial de su dinero.~~

~~En relación con las primas a cargo de las entidades financieras se destaca que el literal c) del artículo 323 del EOSF concibe el establecimiento de primas diferenciales o bien la provisión de un sistema de devoluciones, que en uno u otro caso, tenga en cuenta los indicadores financieros y de solvencia de cada entidad inscrita los cuales se fijarán con base en los criterios técnicos que periódicamente determine la Junta.~~

~~El monto de la prima a cargo de las instituciones financieras debe ser destinado a la formación de reservas para el pago del seguro de depósito, de conformidad con el literal a) del numeral 2 del artículo 319 del EOSF."~~

~~De lo anterior se concluye que el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN no posee facultades legales para regular el seguro de depósitos, ni puede abrogarse una competencia residual originada en el literal c) numeral 3° del artículo 318 del E.O.S.F. y en el literal a) del artículo 27 de los Estatutos del Fondo (Decreto 2757 de diciembre 11 de 1991), toda vez que tal función corresponde legalmente a su Junta Directiva, por lo que no se trata de un tema del cual EOSF o los propios estatutos del Fondo hayan dejado sin atribución expresa a otro órgano o funcionario.~~

~~Ahora bien, no puede considerarse que la Circular impugnada sea meramente informativa de lo regulado en la Ley y en Resolución 5 de 2000 sobre los "indicadores líderes", dado que es una facultad exclusiva y potestativa de la Junta Directiva regular todos los aspectos relacionados con el seguro de depósitos.~~

~~De todas maneras, frente a esos "indicadores líderes" que miden la solvencia económica de las entidades financieras, para efecto de la devolución de las primas de depósito o el pago de sumas adicionales que cubran el riesgo respectivo, la normalización detallada y completa pertenecía exclusivamente a la Junta Directiva~~

Pág.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01-13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

~~de FOGAFIN, y si bien de ello no se ocupó íntegramente ese órgano, no es posible inferir que el Director del Fondo puede ejercer esa facultad, con el pretexto de ejercer una función residual, que por Ley le es ajena a sus funciones.~~

~~En consecuencia, la Sala comparte la posición del Ministerio Público en el sentido de que la Circular 007 de 2002 adolece de nulidad al haber sido expedida por funcionario incompetente, lo que releva del estudio de los demás motivos de impugnación propuestos en la demanda.~~

~~Así las cosas, se declarará que frente al artículo 3° de la Resolución 5 de 2000 se produjo la figura jurídica de la cosa juzgada prevista en el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo, que impide a la Sala avocar en esta oportunidad el conocimiento de los cargos de ilegalidad, por lo que habrá de estarse a lo resuelto en la sentencia de octubre 18 de 2006, que falló los procesos acumulados 13407, 13414 y 13490.~~

~~Respecto de la Circular 007 de 2002 proferida por el Director del Fondo de Garantías Financieras FOGAFIN será anulada, por haber sido expedida por funcionario incompetente.~~

~~En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.~~

F A L L A:

ESTÉSE a lo resuelto en la sentencia de octubre 18 de 2006 proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en los procesos acumulados 13407, 13414 y 13490, en la cual se negaron las súplicas de la demanda contra el artículo 3° de la Resolución 5 de noviembre 27 de 2000.

DENIÉGASE la nulidad de ANÚLASE la Circular Externa 007 de diciembre 27 de 2002, expedida por el Director del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

JUAN AÁNGEL PALACIO HINCAPIEÉE
Presidente de la Sección

LIGIA LOÓPEZ DIÍAZ

MARÍA INEÉES ORTIZ BARBOSA
Salvo voto

HEÉECTOR J. ROMERO DIÍAZ

ACTOR: PATRICIA MIER.

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Pág:

Radicación No. 11001-0-327-000-2003-00051-01 (13980)

Número Interno: 13980

ACTOR: PATRICIA MIER BARROS

Nulidad Res.5 /2000 y Cir.007/2002

FALLO

Apoderados: PATRICIA MIER BARROS
HUGO PALACIOS MEJIA

Normas demandadas: Resolución 5 de 2000 expedida por la Junta Directiva de FOGAFIN y la Circular Externa 007 de 2002 por el Director de la misma entidad.

TEMA: SEGURO DE DEPÓSITOS

Reiteración

Cosa Juzgada con sentencia de octubre 18 de 2006, expedientes acumulados 13407, 13414, y 13490 respecto a la Resolución 5 de 2000 y Circular 003 de 2002 anulación de la Circular 007 de 2002 por falta de competencia del Director de FOGAFIN.

ED.

Niega nulidad de la Circular Externa 007 de 2002 por el Director de la misma entidad con los mismos fundamentos de la sentencia de octubre 18 de 2006, con relación a la Circular 003 de 2002

Apoderados: PATRICIA MIER BARROS
HUGO PALACIOS MEJIA
