

SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Tiene la facultad de tomar posesión para liquidar una entidad vigilada / TOMA DE POSESION DE ENTIDAD FINANCIERA - Alcance

La toma de posesión para liquidar es una decisión que profiere el Superintendente Bancario para proteger a los ahorradores y a los terceros e impedir que la situación de la entidad genere desconfianza en el sistema y termine por afectar al sector financiero en general, debido al interés público que envuelve la actividad financiera (artículo 335 de la Constitución Política). Conlleva, en general, la disolución y liquidación de la entidad vigilada; la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida; la separación del revisor fiscal; la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida y la formación de la masa de bienes (artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). En cuanto a la alegada incompetencia de la demandada para proferir la toma de posesión por captación ilegal de recursos del público, la Sala recuerda que la medida en mención se dictó porque la Fiduciaria violó el artículo 114 [a), e) y f)] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dado que incurrió en cesación de pagos, violación de estatutos y la ley, y manejo no autorizado e inseguro de sus negocio. Comoquiera que la Superintendencia dictó el acto acusado con fundamento en los artículos 114 y 326 [5- d)] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que expresamente la facultan para ordenar la toma de posesión de entidades vigiladas con fundamento en las causales previstas en la primera de las disposiciones citadas, no es admisible el argumento de la actora en el sentido de que la demandada no tenía competencia para expedir el acto acusado.

SOCIEDADES FIDUCIARIAS - No están facultadas para captar recursos del público ni a nombre propio ni en desarrollo de los fideicomisos / OFERTAS COMERCIALES DE INVERSION - Son operaciones de mutuo que no pueden desarrollar las sociedades

La vinculación de terceros como acreedores no estaba prevista en los contratos de fiducia como forma de dotar de recursos a los fideicomisos. Y, conforme al artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a los estatutos de la Fiduciaria, las sociedades fiduciarias no están facultadas para captar recursos del público ni a nombre propio ni en desarrollo de los fideicomisos. Se reitera que a pesar de que las sociedades fiduciarias pueden obtener recursos mediante negocios fiduciarios de inversión, en este caso no se celebró fiducia ni encargo alguno, pues, no aparece contrato en el que consten instrucciones de los inversionistas (fideicomitentes) para que la Fiduciaria invirtiera en títulos. Tampoco existe prueba de que la entidad vigilada hubiera creado un patrimonio autónomo con los recursos provenientes de las supuestas inversiones de los fideicomitentes. Las denominadas “ofertas comerciales de inversión”, también instrumentaban operaciones de mutuo, no permitidas en los contratos de fiducia inmobiliaria, pues, a través de las mismas, se invitaba a los “inversionistas” a que se vincularan a los fideicomisos de inversión con destinación específica (los cuales no existían), mediante realización de “inversiones temporales” a cambio de una oferta de rendimiento concreto. Cabe advertir que la oferta de un rendimiento cierto era violatoria del artículo 29 [3] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dado que las sociedades fiduciarias no pueden garantizar obligaciones de resultado. Aunque las ofertas de inversión daban la apariencia de ser contratos de fiducia mercantil, no se creó un patrimonio autónomo para el manejo e inversión de los dineros, pues, los recursos ingresaban a los fideicomisos inmobiliarios, como se lee expresamente en las ofertas. Además, los inversionistas no adquirirían la calidad de fideicomitentes ni beneficiarios del fideicomiso, por la sencilla pero no menos clara razón de que no se constituyó fideicomiso alguno. De

otra parte, en los contratos de fiducia inmobiliaria no se previó la posibilidad de dar liquidez a los fideicomisos, mediante créditos otorgados por terceros sin vinculación alguna al negocio fiduciario. Y, dentro del objeto social especial de las sociedades fiduciarias, no les está permitido captar recursos del público de manera masiva y habitual, ni directamente, ni a través de los patrimonios autónomos; tampoco está permitido garantizar resultados, por lo cual la Fiduciaria violó el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y PENAL - Diferencia / ACTO ADMINISTRATIVO MOTIVADO / DESVIACION DE PODER - Configuración. Prueba / FALTA DE COMPETENCIA - No es causal para invocar la desviación de poder

Una es la responsabilidad administrativa que cabe a una entidad vigilada por la violación de las normas que estatutaria y legalmente debe acatar y por el manejo no autorizado e inseguro de sus negocios, que puede conducir, como en el caso sub júdice, a que la Superintendencia ordene la toma de posesión para liquidar la institución, con fundamento en los artículos 114 y 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y, otra la responsabilidad penal por la realización de un hecho punible, cuya determinación corresponde legalmente al juez penal. Ambas responsabilidades pueden concurrir, sin que sea dable aceptar que la autoridad administrativa deba esperar la decisión el juez penal para tomar medidas que, como la toma de posesión, deben ser inmediatas para evitar el desplome del sistema financiero por la pérdida de la confianza del público. Tampoco es aceptable que por el hecho de que la Superintendencia haya encontrado probado que la Fiduciaria incurrió en captación masiva e ilegal de dineros del público, esté reemplazando al juez penal, pues, la determinación de si hubo tal conducta para efectos de tomar las medidas administrativas correspondientes no significa que la demandada invada la competencia del juez penal, dado que, se insiste son dos tipos de responsabilidad que no se excluyen y, por el contrario, concurren. A su vez, como la Superintendencia tenía competencia para determinar si, para efectos administrativos, la entidad vigilada había incurrido en captación ilegal de recursos, y a partir de dicha conducta encontrar configuradas las causales de toma de posesión de manejo no autorizado e inseguro de negocios fiduciarios (artículo 114 lit. f) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y violación de los estatutos y la ley (lit e) ibídem), el acto estuvo debidamente motivado y con su expedición no se incurrió en desviación de poder. Por lo demás, como lo ha reiterado la Corporación, la desviación de poder se configura cuando la atribución de que está investida una autoridad administrativa se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes, esto es, cuando la autoridad competente para expedir el acto acusado, lo hace por móviles distintos a la finalidad expresa o implícita de la norma que le atribuye dicha competencia. Y, a quien alega la desviación de poder, le corresponde probar de manera contundente que los motivos que tuvo en cuenta la autoridad administrativa para expedir el acto, perseguían un fin distinto al bien jurídico tutelado por la ley. No obstante, la alegada incompetencia del Superintendente no podía ser el fundamento de la desviación de poder, por cuanto para invocar este motivo de nulidad de los actos de la Administración (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), debe partirse del supuesto de que quien lo expidió era el competente, y, en este asunto, la recurrente plantea precisamente la incompetencia del funcionario.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HECTOR J. ROMERO DIAZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-24-000-1999-00598-01(14353)

Actor: CACERES Y FERRO S.A. Y OTROS

Demandado: SUPERINTENDENCIA BANCARIA (hoy SUPERINTEDECENCIA FINANCIERA)

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de 2 de octubre de 2003, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto mediante el cual LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA (hoy SUPERINTENDENCIA FINANCIERA) ordenó la toma de posesión con fines de liquidación de los bienes, haberes y negocios de la FIDUCIARIA CÁCERES Y FERRO.

ANTECEDENTES

Previas visitas de inspección (realizadas entre el 18 de septiembre y el 17 de diciembre de 1998 y entre el 8 y el 27 de abril de 1999), solicitudes de explicaciones y respuestas a las mismas, LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA, mediante Resolución 721 de 13 de mayo de 1999, tomó posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de la FIDUCIARIA CÁCERES Y FERRO S. A., por haber incurrido en las causales del artículo 114 [a), e) y f)] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

LA DEMANDA

GUSTAVO CÁCERES SERRANO, CECILIA FERRO DE CÁCERES, ÁNGELA, GUSTAVO y MANUEL CÁCERES FERRO y la sociedad CÁCERES Y FERRO S.A., en su calidad de accionistas de la FIDUCIARIA CÁCERES Y FERRO, solicitaron la nulidad del acto por el cual la SUPERINTENDENCIA BANCARIA tomó posesión de los bienes, haberes y negocios de la Fiduciaria con fines de liquidación.

Como normas violadas invocaron los artículos 29 [2], 114 [a), e) y f)] y 208 [3 y 4] y siguientes del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; 20 y 21 del Decreto 2920 de 1982; 1 del Decreto 1981 de 1988 y Ley 45 de 1923, por las razones que siguen:

La demandada violó por falta de aplicación el artículo 29 [2] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues, no tuvo en cuenta que dentro del objeto reglado de las fiduciarias, éstas pueden efectuar operaciones de apalancamiento, por lo cual la suscripción de pagarés y la aceptación de ofertas comerciales a cargo de los fideicomisos de inversión hacen parte de las operaciones autorizadas a la Fiduciaria.

El acto acusado vulneró el artículo 114 [a), e) y f)] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dado que la toma de posesión no se originó en las causas contenidas en los literales enunciados, sino que la demandada consideró que la supuesta captación indebida es una práctica no autorizada y a la vez insegura.

Además, la toma de posesión no es la medida con la que debe sancionarse la captación masiva e ilegal de recursos del público, puesto que lo procedente es la sanción penal (artículos 20 y 21 del Decreto 2920 de 1982 y 1 del Decreto 1981 de 1988). En consecuencia, la demandada no tenía competencia para sancionar a la entidad vigilada con la toma de posesión de bienes, haberes y negocios, por la supuesta captación masiva.

La Superintendencia violó el debido proceso, dado que el acto acusado se expidió y cumplió sin tener en cuenta los descargos de la sociedad. No obstante, la Fiduciaria explicó que las deudas que aparecían en los pagarés y ofertas comerciales se habían contraído en desarrollo de los negocios fiduciarios y estaban a cargo de los fideicomisos. Y, señaló que no era cierto que en los documentos donde aparecían varios acreedores bajo la fórmula “y/o”, se aumentaba el número de los mismos para efectos de sobrepasar el límite de personas u operaciones contempladas en el Decreto 2920 de 1982.

El acto administrativo está falsamente motivado, porque la entidad vigilada no incurrió en prácticas no autorizadas ni inseguras; no es cierto que la sociedad incurrió en cesación de pagos, pues, según lo constató la demandada, los

cheques impagados fueron sólo cuatro y por cuantías exiguas; mucho menos hubo quebranto patrimonial, dado que la misma Superintendencia reconoció que la Fiduciaria se encontraba “*ad portas*” del quebranto.

LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada se opuso a las pretensiones con base en las razones que se resumen así:

La persistencia en la violación de los estatutos y la ley (artículo 114 literal e) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), se configuró porque la Fiduciaria Cáceres y Ferro realizó varias operaciones que desbordaron su objeto social, toda vez que no le está permitido captar dineros del público de manera masiva y habitual, ni directamente ni a través de los fideicomisos que administra, situación que violó el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Decreto 1981 de 1988.

Lo anterior, porque aun cuando la Fiduciaria celebró contratos de fiducia mercantil inmobiliarios, debido a la falta de recursos para financiar los proyectos, vinculó a los fideicomisos a personas en condiciones y mecanismos diferentes a los propios del negocio fiduciario, pues, no se suscribieron contratos de adhesión ni encargos fiduciarios de inversión, sino pagarés y ofertas comerciales de inversión, que tenían como propósito instrumentar contratos de mutuo.

Así, en los pagarés se entregaban dineros en préstamo a los patrimonios autónomos a cambio de intereses corrientes y de mora. Y, en las ofertas comerciales de inversión se entregaban dineros a la Fiduciaria, a cambio de un rendimiento definido, lo cual es ilegal, pues, las fiduciarias no pueden comprometerse a obligaciones de resultado (artículo 29 [3] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

En el acto constitutivo del patrimonio autónomo no se estableció la posibilidad de apalancamiento al desarrollo inmobiliario por parte de personas naturales; en los pagarés y las ofertas tampoco se autorizó que los recursos estuvieran destinados al apalancamiento de los proyectos inmobiliarios. Adicionalmente, el supuesto apalancamiento no se realizó a través de contratos de fiducia de inversión.

La Fiduciaria incurrió en captación masiva y habitual de recursos del público, dado que en cada patrimonio autónomo vinculó a más de 20 personas, quienes eran deudores y no fideicomitentes o beneficiarios. El pasivo para con el público estaba compuesto por más de cincuenta obligaciones y el valor de los dineros sobrepasó el 50% del patrimonio líquido de los patrimonios autónomos.

Además, la entidad vigilada tuvo un manejo no autorizado e inseguro de sus negocios (artículo 114 literal f) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), puesto que la captación ilegal de dineros del público, además de ser una operación no autorizada, implicó el manejo inseguro de los negocios fiduciarios, ya que los fideicomisos presentaban graves problemas de liquidez y, sin embargo, se seguían recibiendo dineros del público, sin tener la certeza del retorno del capital y sus intereses.

Igualmente, incurrió en cesación de pagos (artículo 114 [a] ibídem), como se precisó en el acto acusado y lo reconoció la Fiduciaria, puesto que admitió que dejó de pagar algunos cheques de cuantías exiguas, circunstancia que no la eximía de responsabilidad. Además, no es cierto que cheques devueltos por \$12.000.000 y \$16.000.000 fueran de poco valor y la falta de pago se extendió a múltiples obligaciones respecto de establecimientos de crédito, impuestos, salud, pensiones, aportes parafiscales y proveedores hasta por \$735.571.789.80.

No hubo aplicación indebida del artículo 208 [3 y 4] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, relativo al hecho punible de captación masiva y habitual, dado que el acto acusado no se fundamentó en dicha norma, puesto que la competencia para conocer del mencionado delito es de la justicia ordinaria.

No hubo violación del debido proceso, puesto que la demandada tuvo en cuenta las explicaciones de la Fiduciaria, conforme a las cuales se detectó que los pagarés y las ofertas comerciales de inversión no fueron consecuencia de una fiducia de inversión.

No eran aceptables las explicaciones respecto de la captación masiva de recursos del público, puesto que la demandada encontró que en los negocios fiduciarios se vincularon más de veinte personas, lo que originó un pasivo para con el público, sin que tal número de obligaciones fuera el resultado de contabilizar doblemente la misma obligación. Por lo demás, la toma posesión no

requiere del trámite de explicaciones previas, pues éste sólo es obligatorio en la imposición de sanciones.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal desestimó las súplicas de la demanda. Las razones que motivaron la decisión se compendian de la siguiente manera:

La Superintendencia es competente para decretar la toma de posesión por la captación masiva e ilegal de dineros del público, porque aunque es un delito, también genera responsabilidad administrativa. Adicionalmente, la toma de posesión no se fundó sólo en la captación masiva y habitual de dineros del público, pues, advirtió la violación del artículo 114 [a), e) y f)] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La toma de posesión no es una pena sino una medida cautelar para salvaguardar la confianza pública, motivo por el cual podía ser tomada incluso antes de cualquier investigación penal o sancionatoria.

No hubo falsa motivación ni desviación de poder, dado que la Fiduciaria no desvirtuó en sede administrativa ni ante la Jurisdicción, las glosas de la Superintendencia ni controvirtió las conclusiones de los informes de visita.

No hubo aplicación indebida del artículo 29 [2] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, puesto que la Fiduciaria sí efectuó operaciones por fuera de su objeto social, aunque en apariencia fueran negocios fiduciarios.

La entidad vigilada tuvo la oportunidad de defenderse y el hecho de que la Administración no le hubiera dado la razón, no significa que le violó el debido proceso y el derecho de defensa. Adicionalmente, para tomar la medida obtuvo el concepto previo del Consejo Asesor y se sometió a la aprobación del Ministro de Hacienda, como lo señala el artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora apeló con base en las siguientes razones:

Las erróneas conclusiones del Tribunal obedecen a la interpretación equivocada de las pruebas documentales sobre la supuesta captación masiva de recursos del público. Ello, porque afirmó, sin fundamento alguno, que no había prueba que demostrara que la Fiduciaria había constituido un fondo común ordinario con los dineros percibidos de los diversos contratos de fiducia, como lo prevé el artículo 29 [2] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, con lo cual dio una interpretación equivocada a las actas de visita de la demandada.

El Tribunal incurrió en error conceptual y de apreciación de las pruebas, ya que no existe evidencia que lleve a la conclusión de que las ofertas comerciales y pagarés constituyen operaciones de captación masiva y habitual de dineros del público, dado que todas las ofertas mercantiles y pagarés son negocios jurídicos lícitos que podía celebrar la Fiduciaria.

El *a quo* no tuvo en cuenta la contabilidad de los diferentes fideicomisos inmobiliarios, en la cual no aparecieron registrados los recursos recibidos a título de fideicomiso de inversión con destinación específica. En consecuencia, supuso, sin razón, la existencia de una captación masiva de recursos, por lo cual la toma de posesión fue falsamente motivada.

La Superintendencia violó el debido proceso y el derecho de defensa, porque carecía de competencia para investigar y sancionar a la Fiduciaria por captación masiva y habitual de dineros del público, ya que dicha competencia se encuentra atribuida a los jueces penales, razón por la que el acto administrativo está viciado de falsa motivación y desvío de poder.

También vulneró el debido proceso por cuanto la Superintendencia Bancaria no dio oportunidad a la Fiduciaria de rendir descargos ni solicitar pruebas, puesto que el procesó se falló con base en los antecedentes administrativos amañados que entregó la demandada, hecho que debe merecer un pronunciamiento serio del Consejo de Estado. Como los administradores fueron removidos de sus cargos, quedaron imposibilitados para tener acceso a documentos que demostraban la inexistencia de las supuestas captaciones masivas de dinero que se adujeron como motivo de la toma de posesión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La Superintendencia alegó en los siguientes términos:

El recurso de apelación no está debidamente sustentado, ya que no puede basarse en la simple calificación subjetiva de la sentencia, sino en fundamentos de hecho y de derecho serios y razonados que en este caso no fueron expuestos.

No se presentaron las supuestas irregularidades y maniobras fraudulentas que mencionó la demandante en relación con las pruebas, dado que el dictamen pericial no se realizó porque la parte actora no suministró la colaboración requerida y por tanto la prueba se consideró desistida (artículo 242 del Código de Procedimiento Civil); los antecedentes administrativos fueron suministrados en forma completa y oportuna e incluso la demandada interpuso recurso de reposición para que se tuvieran en cuenta documentos que en principio no se habían aportado. Adicionalmente, la actora no recurrió en su oportunidad las pruebas remitidas por la Superintendencia Bancaria.

Debe tenerse en cuenta que la recurrente sólo cuestionó el acto acusado en relación con la captación masiva y habitual que la Superintendencia detectó, por lo que tendrían que mantenerse las restantes causales (persistencia en la violación de los estatutos y la ley y manejo no autorizado e inseguro de sus operaciones).

Están probadas todas las causales de toma de posesión, conforme se advierte en distintos folios del proceso. Los pagarés suscritos por el representante legal de la Fiduciaria acreditan que esa sociedad recurrió a la figura del mutuo o préstamo de uso y no a la fiducia de inversión.

A su vez, el texto de las ofertas comerciales nada tienen que ver con el negocio fiduciario, pues, no se determina ningún inversionista sino un acreedor y el patrimonio autónomo es deudor, por lo que los derechos del acreedor frente al patrimonio autónomo se concretan en recuperar el capital prestado más los intereses, de donde se concluye que el acreedor no adquiere ningún derecho fiduciario.

A pesar de las explicaciones rendidas por la Fiduciaria, está probada la captación masiva de recursos, puesto que si bien es cierto que en algunas

ocasiones los acreedores fueron los mismos, el número de obligaciones demuestra que la sociedad fiduciaria vinculó a través de cada uno de los fideicomisos a más de veinte personas.

Tampoco fueron válidas las explicaciones respecto de la captación masiva y habitual, porque al verificar los balances de los fideicomisos se advierte que las deudas sobrepasan el 50% del patrimonio. Si la entidad vigilada consideraba que no se tuvieron en cuenta los elementos necesarios para la correcta evaluación de los balances, debió aportar las pruebas necesarias; adicionalmente, los balances presentados y certificados por el representante legal y el revisor fiscal tienen pleno valor probatorio.

La parte actora insistió en los argumentos de la apelación y en particular en la manipulación indebida de los antecedentes administrativos, dado que se entregaron incompletos. Y, añadió:

Como los fideicomisos no son personas naturales ni jurídicas, la captación ilegal de recursos no puede ser tipificada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 208 (3) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, toda vez que el sujeto activo de este tipo penal sólo puede ser una persona natural o jurídica; por tanto, hace falta el primer elemento previsto por la ley para la captación masiva y habitual de dineros de público.

Las ofertas mercantiles y los pagarés que analizó la demandada corresponden a un negocio jurídico lícito que podía celebrar la fiduciaria a través de los diversos fideicomisos.

La recurrente explicó por qué en cada fideicomiso no hubo captación masiva e ilegal de dineros del público.

El acto acusado fue expedido con base en un informe interno de la demandada que no fue conocido por la entidad vigilada, por lo cual hubo violación del debido proceso. Además, al haberse removido a los administradores, éstos quedaron imposibilitados para acceder a pruebas importantes con el fin de demostrar la inexistencia de las supuestas captaciones masivas de dinero.

El Ministerio Público solicitó confirmar la sentencia apelada porque:

El *a quo* no interpretó las pruebas que había en el proceso sino que fundamentó su decisión en la información verificada por la Superintendencia en las actas de visita, cuyas conclusiones no fueron rebatidas, acerca de la cesación de pagos, el manejo no autorizado e inseguro de los negocios, la iliquidez de los fideicomisos, las operaciones de suscripción de pagarés y ofertas comerciales independientes de los encargos fiduciarios.

Está probado que los pagarés fueron suscritos a título de mutuo y no dentro de negocios fiduciarios. No cabe examen de la prueba pericial, puesto que mediante auto de 24 de septiembre de 2002 se prescindió de la misma.

El Tribunal interpretó correctamente el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y determinó que la entidad vigilada había violado el artículo 29 *ibídem*, pues, ejecutó operaciones por fuera del objeto social.

Como el fundamento de los actos acusados no fue la captación masiva de recursos, no prospera el cargo de desviación de poder y falsa motivación. Carece de sustento la afirmación de que los representantes legales de la Fiduciaria no tuvieron oportunidad de ser escuchados, puesto que consta que rindieron los descargos solicitados por la Superintendencia Bancaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos de la apelación, precisa la Sala si se ajusta a derecho la Resolución 721 de 13 de mayo de 1999, por la cual la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera)¹ ordenó la toma inmediata de posesión de los bienes, haberes y negocios de la sociedad fiduciaria CÁCERES Y FERRO S.A , con fines de liquidación, por haber incurrido en cesación de pagos (artículo 114 [lit. a] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero); violación de sus estatutos y la ley (lit. e) *ibídem*) y persistir en el manejo de sus negocios en forma no autorizada e insegura (lit. f) *ibídem*).

Las dos últimas causales (artículo 114 [lit e) y f]) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), las encontró configuradas la demandada, porque, mediante

¹ Por Decreto 4327 de 25 de noviembre de 2005 se fusionó la Superintendencia Bancaria en la de Valores con el nombre de Superintendencia Financiera de Colombia.

contratos de mutuo, a través de pagarés y ofertas comerciales de inversión, la Fiduciaria incurrió en captación masiva y habitual de recursos del público, conducta que además de exceder su objeto social, constituía un manejo no autorizado e inseguro de los negocios fiduciarios.

Conforme al recurso interpuesto por la parte actora, la Sala analiza si estaba probado que los pagarés y las ofertas comerciales de inversión se utilizaron por la Fiduciaria para realizar contratos de mutuo no permitidos, o, si por el contrario, los instrumentos en mención se emplearon en desarrollo de los negocios fiduciarios.

También precisa si la demandada tenía competencia para ordenar la toma de posesión en razón de la captación masiva y habitual de recursos del público y si hubo un manejo amañado de las pruebas y se privó a la entidad vigilada del derecho de defensa.

Pues bien, de acuerdo con el artículo 189 numeral 24 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República, *“ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos del público”*. Y, con base en el artículo 211 ibídem, estas funciones corresponden hoy a la Superintendencia Financiera.

El artículo 326 [5-d] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero², vigente para la época de los hechos, en lo pertinente disponía:

“Artículo 326.- Funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria. Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes, sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan.

(...)

5. Facultades de prevención y sanción. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción:

d) Tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada cuando se presente alguno de los hechos previstos en el artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que, a juicio del Superintendente Bancario, hagan

² De acuerdo con el texto del Decreto 2359 de 1993, artículo 2°.

necesaria la medida, previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

[...]"

Por su parte, el artículo 114 *ibídem* vigente también cuando sucedieron los hechos, preveía:

“Artículo 114.- Causales. *Corresponde a la Superintendencia Bancaria tomar posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios de la entidad vigilada cuando se presente alguno de los siguientes hechos que, a su juicio, hagan necesaria la medida y previo concepto del consejo asesor:*

a) *Cuando haya suspendido el pago de sus obligaciones;*

(...)

e) *Cuando persista en violar sus estatutos o alguna ley;*

(...)

f) *Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura.*

(...)"

Y, el artículo 115 *ibídem*³ disponía:

“Artículo 115.- Procedencia de la medida. *El superintendente bancario, previo concepto del consejo asesor y con la aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá tomar inmediata posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada para su administración o para su liquidación.*

[...]"

La toma de posesión para liquidar es una decisión que profiere el Superintendente Bancario para proteger a los ahorradores y a los terceros e impedir que la situación de la entidad genere desconfianza en el sistema y termine por afectar al sector financiero en general, debido al interés público que envuelve la actividad financiera (artículo 335 de la Constitución Política). Conlleva, en general, la disolución y liquidación de la entidad vigilada; la separación de los administradores y directores de la administración de los bienes de la intervenida; la separación del revisor fiscal; la exigibilidad de todas las obligaciones a plazo a cargo de la intervenida y la formación de la masa de bienes (artículo 116 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

³ El artículo 21 de la Ley 510 de 1999 modificó la toma de posesión y previó como objeto de la misma, establecer si la entidad debe ser liquidada; si es posible ponerla en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones para que los depositantes, ahorradores e inversionistas puedan obtener el pago total o parcial de sus acreencias.

En el caso concreto, la entonces Superintendencia Bancaria ordenó la toma de posesión para liquidar la FIDUCIARIA CÁCERES Y FERRO S.A., porque se configuraron tres de las causales que conforme al artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero daban lugar a la toma de posesión, a saber: cesación de pagos (lit a); violación de estatutos y de la ley (lit e) y manejo de negocios en forma no autorizada o insegura (lit f).

Como la Sala precisó al inicio de estas consideraciones, ningún análisis se hará respecto de la cesación de pagos, en razón de que no fue materia de apelación. Para efectos del recurso, basta, pues, con reiterar que la demandada ordenó la toma de posesión también por las causales ya citadas, por cuanto consideró que el otorgamiento por parte de la Fiduciaria de pagarés y ofertas de inversión, generaban una captación masiva y habitual de recursos del público y desbordaban el objeto social permitido por la ley a dicha sociedad de servicios financieros, con lo cual se generaba un manejo no autorizado e inseguro de sus negocios.

Pues bien, en visitas de inspección realizadas por la demandada entre el 18 de septiembre y el 17 de diciembre de 1998 y entre el 8 y el 27 de abril de 1999, cuyas conclusiones figuran en los informes 27-98 (folios 34 a 45 c. ppal) y 01-99 (folios 20 a 33 c.a.1)⁴, el organismo de control, inspección y vigilancia encontró que para dar liquidez a los fideicomisos inmobiliarios⁵, desde 1995 la Fiduciaria venía captando recursos del público a título de mutuo, mediante la suscripción de pagarés (folios 38 a 45 c. ppal) y de ofertas comerciales de inversión.

Los pagarés eran otorgados por el representante legal de la Fiduciaria en desarrollo de los patrimonios autónomos, y, en virtud de los mismos, el fideicomiso o patrimonio autónomo se obligaba a pagar al acreedor, al vencimiento del plazo, **la suma recibida a título de mutuo**, más los intereses corrientes (folios 292 a 448 c.a.2).

Aunque la Fiduciaria ha alegado que la suscripción de los pagarés se hizo en desarrollo de los fideicomisos inmobiliarios y, por ende, hacía parte del objeto

⁴ Estos informes fueron conocidos por la Fiduciaria, pues, con base en los mismos, la Superintendencia le pidió explicaciones, las cuales fueron rendidas en su oportunidad (folios 3 a 19 c.a.1),

⁵ Entre los cuales analizó los fideicomisos Moderno Park, Altamira Plaza, Bellavista y el Carey.

social de la misma, está probado que en el contrato de fiducia inmobiliaria no se previó la posibilidad de que terceros inversionistas pudieran dar liquidez al fideicomiso, o, como lo dice la demandante, apalancaran los proyectos (folio 2 c.ppal). Además, la condición de acreedor del pagaré no daba la calidad ni de fideicomitente ni de beneficiario del proyecto inmobiliario; sólo daba derecho a la devolución del dinero prestado al fideicomiso más los intereses.

De otra parte, tampoco se cumplían los requisitos de una fiducia de inversión, que es el negocio que celebran las sociedades fiduciarias con sus clientes, para invertir o colocar a cualquier título sumas de dinero, *“de conformidad con las instrucciones impartidas por el constituyente y con lo previsto en el presente Estatuto”* (artículo 29 [2] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Ello, porque en los pagarés no hubo ninguna instrucción de los supuestos inversionistas (acreedores), ni existen pruebas de la destinación de los recursos en títulos (como se prevé en los fondos comunes ordinarios o especiales), ni de la creación de patrimonio autónomo alguno, por lo cual los pagarés no instrumentaban ningún negocio fiduciario. Sencillamente, con la excusa de la constitución de inversiones respaldadas en los fideicomisos inmobiliarios, la Fiduciaria dio liquidez a los mismos **con préstamos de terceros**, que eran ajenos al negocio fiduciario propiamente dicho; además, en los pagarés se advierte expresamente que las sumas recibidas por la Fiduciaria en desarrollo de los patrimonios autónomos, lo eran **a título de mutuo** (folios 291 a 373 c. a.2).

De otra parte, se reitera, la vinculación de terceros como acreedores no estaba prevista en los contratos de fiducia como forma de dotar de recursos a los fideicomisos. Y, conforme al artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y a los estatutos de la Fiduciaria (folios 118 vto y 119 c.ppal), las sociedades fiduciarias no están facultadas para captar recursos del público ni a nombre propio ni en desarrollo de los fideicomisos.

Se reitera que a pesar de que las sociedades fiduciarias pueden obtener recursos mediante negocios fiduciarios de inversión, en este caso no se celebró fiducia ni encargo alguno, pues, no aparece contrato en el que consten instrucciones de los inversionistas (fideicomitentes) para que la Fiduciaria invirtiera en títulos. Tampoco existe prueba de que la entidad vigilada hubiera creado un patrimonio

autónomo con los recursos provenientes de las supuestas inversiones de los fideicomitentes.

Y, si bien la recurrente sostuvo que en la contabilidad de los fideicomisos inmobiliarios no aparecían los recursos obtenidos de los pagarés, tal afirmación no significa que con tales dineros se haya creado un patrimonio autónomo en desarrollo de un fiducia mercantil de inversión, como lo afirmó, sin soporte alguno.

De otra parte, las denominadas “*ofertas comerciales de inversión*”, también instrumentaban operaciones de mutuo, no permitidas en los contratos de fiducia inmobiliaria, pues, a través de las mismas, se invitaba a los “inversionistas” a que se vincularan a los fideicomisos de inversión con destinación específica (los cuales no existían), mediante realización de “inversiones temporales” (folios 34 y ss c.a 1), a cambio de una oferta de rendimiento concreto. Cabe advertir que la oferta de un rendimiento cierto era violatoria del artículo 29 [3] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dado que las sociedades fiduciarias no pueden garantizar obligaciones de resultado.

Aunque las ofertas de inversión daban la apariencia de ser contratos de fiducia mercantil, no se creó un patrimonio autónomo para el manejo e inversión de los dineros, pues, los recursos ingresaban a los fideicomisos inmobiliarios (Moderno Park, Altamira Plaza, Bellavista y Portal de Rosales folio 37 c.a.1), como se lee expresamente en las ofertas. Además, los inversionistas no adquirirían la calidad de fideicomitentes ni beneficiarios del fideicomiso, por la sencilla pero no menos clara razón de que no se constituyó fideicomiso alguno.

Así, la función de los inversionistas era sólo prestar dinero, para dar liquidez a los fideicomisos inmobiliarios, lo que se corrobora con las ofertas mismas, pues, a manera de ejemplo, en una de las ofertas se lee, “FINALIDAD ESPECÍFICA DE LA INVERSIÓN: Fideicomiso Altamira Plaza” (folio 34 c.a.1). Entonces, bajo la apariencia de fideicomisos de inversión, la Fiduciaria disfrazaba la captación de recursos de terceros, que no tenían vinculación como fideicomitentes o beneficiarios, esto es, no eran parte en el negocio fiduciario y sus dineros, se utilizaban, como se ha insistido, para dotar de liquidez a los patrimonios autónomos de los proyectos inmobiliarios.

De otra parte, en los contratos de fiducia inmobiliaria no se previó la posibilidad de dar liquidez a los fideicomisos, mediante créditos otorgados por terceros sin vinculación alguna al negocio fiduciario. Y, dentro del objeto social especial de las sociedades fiduciarias, no les está permitido captar recursos del público de manera masiva y habitual, ni directamente, ni a través de los patrimonios autónomos; tampoco está permitido garantizar resultados, por lo cual la Fiduciaria violó el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora bien, sostiene la recurrente que, sin fundamento alguno, el Tribunal apreció equivocadamente las pruebas, dado que encontró que no se había acreditado la constitución de la fiducia de inversión, que, según la actora fue el mecanismo utilizado para obtener recursos.

No asiste razón a la apelante, dado que, en realidad, no hubo fideicomiso de inversión alguno, por lo que tampoco podía probarse su existencia, pues, como quedó precisado, mediante los pagarés y las ofertas comerciales de inversión se quiso dar la apariencia de dicho negocio fiduciario, a pesar de que está probado que eran sólo mecanismos de captación de recursos de terceros, debido a que los fideicomisos presentaban serios problemas de liquidez.

En efecto, con fundamento en las visitas de inspección (realizadas entre el 18 de septiembre y el 17 de diciembre de 1998 y entre el 8 y el 27 de abril de 1999), cuyas conclusiones no fueron desvirtuadas por la Fiduciaria ni por la parte actora, la Superintendencia Bancaria precisó en el acto acusado (folios 34 a 45 c.ppal y 20 y ss c.a.1, que la situación de iliquidez de los fideicomisos inmobiliarios se estableció plenamente, entre otras razones, por las quejas de personas vinculadas a los mismos, en razón de que no se habían atendido sus acreencias y porque los proyectos inmobiliarios iniciaban la etapa de construcción, sin los recursos suficientes para cubrir los costos del proyecto (folio 23 c. ppal).

Y, como el incumplimiento de las obligaciones de los fideicomisos generó su iliquidez, la Fiduciaria recurrió a la captación masiva de dineros del público para obtener recursos, a tal punto que, según lo precisó el acto acusado y no pudo controvertirlo la demandante, a 31 de marzo de 1999, los trece fideicomisos a través de los cuales se captaron recursos de terceros, adeudaban a éstos \$8.310 millones por capital; \$1.228 millones por intereses corrientes; \$1.036 millones por intereses de mora, para un total de \$10.572 millones (folio 24 c.ppal).

Tampoco hubo falsa motivación de la toma de posesión, pues, la actora no pudo acreditar que los recursos recibidos de terceros, provenían de fideicomisos de inversión, por cuanto no aparece documento ni prueba alguna que corrobore la existencia de los mismos. Por el contrario, la prueba documental, esto es, los pagarés y las ofertas de inversión corroboran la existencia de contratos de mutuo y no de fiducia.

En cuanto a la alegada incompetencia de la demandada para proferir la toma de posesión por captación ilegal de recursos del público, la Sala recuerda que la medida en mención se dictó porque la Fiduciaria violó el artículo 114 [a), e) y f)] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dado que incurrió en cesación de pagos, violación de estatutos y la ley, y manejo no autorizado e inseguro de sus negocios (folios 18 a 31 c.ppal).

También debe recordarse que sólo las dos últimas causales tuvieron como fundamento, entre otros motivos, la captación masiva e ilegal de recursos del público y, que el manejo inseguro de los negocios fiduciarios también se debió a la falta de estudio de títulos previo a la constitución de los fideicomisos, la omisión del deber de rendir cuentas y la ausencia de controles respecto de la vigencia de las pólizas para amparar los bienes fideicomitidos (folio 26 c. ppal). En consecuencia, no es cierto que la toma de posesión se dictó exclusivamente porque la demandada encontró que la Fiduciaria había incurrido en captación ilegal de recursos del público, pues, por lo demás, no constituye una causal autónoma de toma de posesión (artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

De otra parte, una es la responsabilidad administrativa que cabe a una entidad vigilada por la violación de las normas que estatutaria y legalmente debe acatar y por el manejo no autorizado e inseguro de sus negocios, que puede conducir, como en el caso *sub júdice*, a que la Superintendencia ordene la toma de posesión para liquidar la institución, con fundamento en los artículos 114 y 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y, otra la responsabilidad penal por la realización de un hecho punible, cuya determinación corresponde legalmente al juez penal.

Ambas responsabilidades pueden concurrir, sin que sea dable aceptar que la autoridad administrativa deba esperar la decisión del juez penal para tomar medidas que, como la toma de posesión, deben ser inmediatas para evitar el desplome del sistema financiero por la pérdida de la confianza del público. Tampoco es aceptable que por el hecho de que la Superintendencia haya encontrado probado que la Fiduciaria incurrió en captación masiva e ilegal de dineros del público, esté reemplazando al juez penal, pues, la determinación de si hubo tal conducta para efectos de tomar las medidas administrativas correspondientes no significa que la demandada invada la competencia del juez penal, dado que, se insiste son dos tipos de responsabilidad que no se excluyen y, por el contrario, concurren.

Comoquiera que la Superintendencia dictó el acto acusado con fundamento en los artículos 114 y 326 [5- d)] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que expresamente la facultan para ordenar la toma de posesión de entidades vigiladas con fundamento en las causales previstas en la primera de las disposiciones citadas, no es admisible el argumento de la actora en el sentido de que la demandada no tenía competencia para expedir el acto acusado.

A su vez, como la Superintendencia tenía competencia para determinar si, para efectos administrativos, la entidad vigilada había incurrido en captación ilegal de recursos, y a partir de dicha conducta encontrar configuradas las causales de toma de posesión de manejo no autorizado e inseguro de negocios fiduciarios (artículo 114 lit. f) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero) y violación de los estatutos y la ley (lit e) ibídem), el acto estuvo debidamente motivado y con su expedición no se incurrió en desviación de poder.

Por lo demás, como lo ha reiterado la Corporación, la desviación de poder se configura cuando la atribución de que está investida una autoridad administrativa se ejerce, no hacia el fin exigido por la ley, sino en busca de logros diferentes⁶, esto es, cuando la autoridad competente para expedir el acto acusado, lo hace por móviles distintos a la finalidad expresa o implícita de la norma que le atribuye dicha competencia.

⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 5 de diciembre de 1997, exp. 8381, M.P. Delio Gómez Leyva, Sala Plena, Sentencia del 17 de noviembre de 2004, exp. S-629, M.P. Ligia López Díaz.

Y, a quien alega la desviación de poder, le corresponde probar de manera contundente que los motivos que tuvo en cuenta la autoridad administrativa para expedir el acto, perseguían un fin distinto al bien jurídico tutelado por la ley.

No obstante, la alegada incompetencia del Superintendente no podía ser el fundamento de la desviación de poder, por cuanto para invocar este motivo de nulidad de los actos de la Administración (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), debe partirse del supuesto de que quien lo expidió era el competente, y, en este asunto, la recurrente plantea precisamente la incompetencia del funcionario.

En relación con la alegada violación del debido proceso, porque la demandada no dio a la Fiduciaria oportunidad de rendir descargos ni solicitar pruebas, la Sala precisa que no se presentó la violación alegada, puesto que la Superintendencia sí pidió las explicaciones respecto de los informes de visita y la entidad vigilada rindió los descargos y aportó pruebas que consideró pertinentes (folios 3 a 19 c..a. 1 y 146 a 116 c. ppal).

De otra parte, no hubo una entrega amañada de antecedentes administrativos por parte de la demandada; por el contrario, en la primera instancia ésta pidió reposición del auto de 12 de diciembre de 2002 que ordenó correr traslado para alegar de conclusión (folio 285 c.ppal), porque los antecedentes administrativos no estaban completos (folios 286 y 288 c. ppal).

No obstante, la demandada consideró que debía desestimarse el recurso porque, a su juicio, tenía fines dilatorios, por lo que no tiene sentido que con ocasión del recurso de apelación, venga ahora a sostener que los antecedentes estaban incompletos. Por lo demás, mediante auto de 21 de mayo de 2004, el Consejero Ponente en segunda instancia ofició a la Superintendencia para solicitar todos los antecedentes administrativos (folios 380 y 381 c.ppal), y por oficio de 30 de agosto de 2004, la demandada los remitió en catorce (14) carpetas (folios 389 a 398).

Por último, frente al hecho de que los administradores de la Fiduciaria no pudieron aportar las pruebas que acreditaban la inexistencia de la captación masiva, porque fueron removidos de la administración, la Sala precisa que la remoción de los administradores no fue una decisión arbitraria de la demandada,

sino una las consecuencias legales de la toma de posesión para liquidar (artículo 115 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Adicionalmente, existe en el proceso suficiente prueba que corrobora la legalidad de la decisión de la Superintendencia, dentro de la cual están los descargos rendidos y las pruebas presentadas por el representante legal de la Fiduciaria, por lo que no es cierto que los administradores de la entidad vigilada no pudieran aportarlas.

Por las razones expuestas se impone confirmar la sentencia apelada.

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,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia 2 de octubre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO