

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: **MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA**

Bogotá, D.C., noviembre primero (1°) de dos mil siete (2007).

Radicación: 25000-23-24-000-2000-00521-02-15728
Actor: **COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA Y FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS (FOGAFÍN)**
ORDEN DE CAPITALIZACIÓN
FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 27 de julio de 2005 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección B, que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada contra los actos administrativos que ordenaron la capitalización y reducción nominal del capital social de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda GRANAHORRAR, expedidos, respectivamente, por la SUPERINTENDENCIA BANCARIA y el FONDO DE GARANTÍAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS (FOGAFÍN).

ANTECEDENTES

El 2 de junio de 1998 la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda GRANAHORRAR solicitó al Banco de la República un apoyo de liquidez ordinario de acuerdo con la Circular Externa 25 de 1995. En la misma fecha el Banco de la República autorizó el apoyo por \$144.674.000.000 con un plazo de 30 días calendarios, a una tasa DTF adicionada en 7 puntos porcentuales, bajo la modalidad de redescuento de cartera e inversiones (folio 125, Cuaderno principal).

Por solicitud de Granahorrar de 18 de junio de 1998, el Banco de la República le autorizó el ingreso a los recursos del Apoyo de Liquidez Especial en cuantía de \$270.000 millones, es decir, \$125.326 millones adicionales a los autorizados por apoyo ordinario. Se otorgó un plazo de 180 días calendario contados a partir del 2 de junio de 1998, con la misma tasa y bajo la modalidad de redescuento de cartera.

Luego de varias modificaciones al préstamo inicial, se amplió el valor solicitado a \$300.000.000.000 a cambio de los cuales, GRANAHORRAR entregó al Banco de la República, mediante descuento, títulos de contenido crediticio, con las correspondientes garantías hipotecarias por la suma de \$411.750.255.867.31. El 1 de octubre el Banco de la

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

República acordó modificar la amortización de los créditos en dos contados, uno de \$90.000 millones el 2 de noviembre y el saldo de \$210.000 el 2 de diciembre de 1998.

El 2 de julio de 1998 GRANAHORRAR solicitó al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (FOGAFÍN), la negociación de su cartera hasta por \$300.000.000.000. El 6 de julio de 1998 se firmó un convenio entre GRANAHORRAR y FOGAFÍN, mediante el cual, éste se obligó a entregar a GRANAHORRAR un cupo de aval rotatorio hasta por \$300.000 millones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que GRANAHORRAR adquiriera con otras entidades financieras mediante créditos interbancarios; y GRANAHORRAR se obligó a transferir mediante el endoso en propiedad a favor de FOGAFÍN pagarés cuyos saldos insolutos representaran no menos del 134% del cupo del aval que fuera a utilizar (folios 151 y 179).

En la cláusula quinta del mismo documento se constituyó un encargo fiduciario para recibir y custodiar físicamente los pagarés, con el objeto de que éstos mantuvieran las condiciones requeridas en el convenio. Igualmente se previó la forma de transferir los pagarés, las características de éstos, obligaciones especiales de GRANAHORRAR, el valor de la comisión por el uso del aval, la devolución de los pagarés y el evento de incumplimiento de GRANAHORRAR. (Folios 180 – 182)

El 30 de julio de 1998, FOGAFIN le comunicó a GRANAHORRAR la necesidad de firmar un encargo fiduciario para poner en venta las acciones del paquete mayoritario como condición de la utilización del cupo aval. Una vez firmado el encargo fiduciario se suscribió el otrosí No. 1 al convenio de Fogafín y Granahorrar en el que se dispuso que el cupo aval de \$300.000 millones podía utilizarlo mediante los siguientes mecanismos: como aval para garantizar obligaciones de créditos interbancarios o sobregiros de cuenta corriente, o mediante operaciones de venta de cartera con pacto de recompra por el monto de \$70.000 millones. Luego se firmaron varios otrosí en los que se modificaban el cupo y el plazo.

El 24 de septiembre de 1998 se firmó el otrosí No. 11 al convenio en el que se amplió el cupo rotatorio a \$320.000 millones, los cuales podía utilizar como cupo de aval para operaciones de créditos interbancarios o mediante operaciones de venta de cartera con pacto de recompra hasta por el monto de \$310.000 millones. Se adicionó el convenio con la Cláusula Vigésimo tercera para estipular que en el evento de configurarse una cesación de pagos por parte de Granahorrar se entendería extinguida la obligación de recompra de la cartera transferida por Granahorrar al Fondo, de forma tal que la operación de venta quedaría en firme y el Fondo podría disponer plena y totalmente de los pagarés con sus respectivas garantías (folio 200 del c.ppal).

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Ante la imposibilidad de vender el paquete accionario, los demandantes ofrecieron sus acciones en dación en pago, lo cual fue aceptado por los acreedores financieros, quienes plantearon a FOGAFIN la posibilidad de que se mejoraran sustancialmente los apoyos de liquidez. Sobre tal base y aprobado por la Junta Directiva de Fogafín concedió un nuevo plazo y aumentó el cupo, se firmó el otrosí 12 al convenio aumentando el cupo a \$345.000 millones, de los cuales \$335.000 millones serían para operaciones de venta de cartera con pacto de recompra, con un plazo hasta el 1 de octubre de 1998 (folio 202). En la misma reunión de la Junta Directiva del 30 de septiembre de 1998 (Acta 224) se acordó que si los acreedores aceptaban la dación en pago como abono a sus acreencias, el Fondo otorgaría una operación de apoyo que se instrumentaría una vez formalizada la dación y que entretanto se prorrogaría por un breve lapso la vigencia del convenio y se aumentaría el cupo rotatorio hasta \$400.000 millones.

El 1 de octubre de 1998, se firmó el otrosí 13 al convenio y se aumentó el cupo hasta por \$400.000 millones que podía utilizar como cupo de aval o mediante operaciones de venta de cartera con pacto de recompra y se prorrogó el convenio hasta el 5 de octubre de 1998.

El viernes 2 de octubre de 1998 la Superintendencia Bancaria comunicó a FOGAFÍN (7:47 p.m.) y al Banco de la República (7:50 p.m.) que GRANAHORRAR había incurrido en cesación de pagos el 30 de septiembre de 1998, pues se habían devuelto cheques por parte de Banco del Estado y se encontraba en posición negativa de tesorería.(folios 207 – 210)

A la anterior comunicación FOGAFÍN a las 9:00 p.m., respondió a la Superintendencia Bancaria, adjuntando una certificación del subdirector financiero en la que, en virtud de la cesación de pagos de GRANAHORRAR y de acuerdo con las cláusulas vigésimo tercera y undécima del convenio celebrado entre FOGAFÍN y GRANAHORRAR (folio 181), se declara extinguida la obligación de recompra, en firme la operación de venta y en consecuencia FOGAFÍN dispone plena y totalmente de pagarés y sus respectivas garantías por \$499.820.000.000 correspondiente al 134% de las operaciones de compra de cartera vigentes al 2 de octubre de 1998. (folio 212)

La anterior información fue transmitida por la Superintendencia Bancaria al Banco de la República a las 10:17 p.m., donde expuso que como consecuencia de la decisión de FOGAFÍN, GRANAHORRAR debía registrar a la fecha una pérdida por \$128.726.040.000 que la colocaba en situación de insolvencia. (Folio 214)

A las 12 de la noche, el Banco de la República comunicó a GRANAHORRAR que declaraba de plazo vencido el apoyo transitorio de liquidez y su intención de enajenar los títulos descontados o redescontados, o cobrarlos si eran exigibles en desarrollo de la Resolución 025[29] de 1995 del Banco de la República, debido a la situación de cesación de pagos que

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -. presentó y la imposibilidad de cancelar los intereses adeudados al Banco de la República por GRANAHORRAR debido a la extinción de la obligación de recompra de la cartera transferida a FOGAFÍN, que reportara en GRANAHORRAR una pérdida de \$128.726.040.000. (Folio 215)

La Superintendencia Bancaria de Colombia a las 11:50 p.m. del viernes 2 de octubre de 1998, expidió la comunicación con Radicación 1998050714-1 mediante la cual ordena a GRANAHORRAR su capitalización inmediata en mínimo \$157.000.000.000 o la suma necesaria para restablecer las relaciones patrimoniales, con el objeto de proteger el ahorro del público y salvaguardar la confianza en el sistema financiero. La capitalización debía verificarse antes de las 15:00 horas del sábado 3 de octubre de 1998. (Acto acusado folio 92, Cuaderno Antecedentes Superintendencia.)

El 3 de octubre de 1998 FOGAFÍN solicitó a la Superintendencia Bancaria el informe previsto en el Decreto 32[2] de 1986 para determinar el estado de pérdidas y la situación financiera de GRANAHORRAR para presentarlo en la Junta Directiva de FOGAFÍN a la hora convocada, es decir, a las 5:00 p.m. del mismo día (folio 216). El informe fue expedido por la Superintendencia y radicado en FOGAFÍN a las 5:44 p.m. del mismo día. (folios 217-224)

A las 6:15 p.m. del 3 de octubre de 1998 sesionó la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, como quedó registrado en el Acta 225 (Folio 169), y expidió la Resolución 002 (Acto acusado de FOGAFÍN, folio 172) que ordenó la reducción nominal del capital social de GRANAHORRAR al valor nominal individual de cada acción, de un centavo, en consideración a los hechos anteriores y de conformidad con el artículo 3 del Decreto 32 de 1986 y numeral 4 del artículo 320 del Decreto 663 de 1993. dicho acto se notificó al representante legal de GRANAHORRAR el mismo día.

DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, las sociedades demandantes efectuaron las siguientes pretensiones principales:

1.1 La nulidad de la orden de capitalización 1998050714-1 de 2 de octubre de 1998 emitida por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, a Granahorrar; y de la Resolución 002 de 3 de octubre de 1998 expedida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFÍN, por la cual se ordenó la reducción nominal del capital social de Granahorrar.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se condene a pagar a las demandadas el valor de los perjuicios causados a los demandantes. Por concepto de daño emergente, la diferencia del valor contable de la totalidad de las acciones que se encuentre registrado en la fecha inmediatamente anterior a la expedición de los actos acusados y, el valor contable de las mismas acciones una vez reducido su valor nominal a la suma de un centavo.

Subsidiariamente que se condene a pagar a las demandadas el valor de los perjuicios causados por concepto de daño emergente, la diferencia del valor en Bolsa de las acciones propiedad de los demandantes y, el valor resultante de la reducción al valor nominal de un centavo.

Adicionalmente, la actualización de las sumas de la condena, con base en el índice de precios al consumidor, entre la fecha de expedición de los actos anulados y la fecha de la sentencia. De la suma anterior el interés legal del 6% anual, entre la fecha de expedición de los actos y la ejecutoria de la sentencia, así como los intereses comerciales y de mora que trata el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Pretensiones Subsidiarias

1.2 De forma subsidiaria solicitó la nulidad de la orden de capitalización 1998050714-1 de 2 de octubre de 1998 emitida por la Superintendencia Bancaria a Granahorrar; y a título de restablecimiento del derecho, se condene a pagar a las demandadas la diferencia del valor contable de la totalidad de las acciones que se encuentre registrado en la fecha inmediatamente anterior a la expedición de los actos acusados y, el valor contable de las mismas acciones una vez reducido su valor nominal a la suma de un centavo; o en subsidio de lo anterior, se condene pagar a las demandadas la diferencia del valor en Bolsa, de las acciones propiedad de los demandantes y, el valor consecuencia de la reducción al valor nominal de un centavo.

1.3 Como segundas pretensiones subsidiarias solicitó la nulidad de la Resolución 002 de 3 de octubre de 1998 emitida por la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFÍN, por medio de la cual se ordenó la reducción nominal valor de las acciones a la suma individual de un centavo.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

De igual forma, a título de restablecimiento del derecho, se condene pagar a las demandadas, la diferencia del valor contable de la totalidad de las acciones que se encontraba registrado en la fecha inmediatamente anterior a la expedición de los actos acusados y, el valor contable de las acciones una vez reducido su valor nominal. En subsidio de lo anterior, que se condene pagar, la diferencia del valor en Bolsa de las acciones de las demandantes y, el valor producto de la reducción del valor nominal.

1.4 En ambos casos, la actualización de las sumas de condena, con base en el índice de precios al consumidor, entre la fecha de expedición de los actos anulados y la fecha de la sentencia. De la suma anterior el interés legal del 6% anual, entre la fecha de expedición de los actos y la ejecutoria de la sentencia, así como los intereses comerciales y de mora que trata el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Solicitó igualmente la condena en costas.

Narró en hechos que Granahorrar ha sido una sólida entidad financiera del sector hipotecario que debido a un problema transitorio de liquidez acudió al Banco de la República para obtener el apoyo que le permitiera superar dicha situación.

El Banco de la República otorgó el apoyo transitorio de liquidez previsto en la Resolución 25 de 1995 de la Junta Directiva con el siguiente resultado: Granahorrar mediante descuento entregó al Banco títulos de contenido crediticio junto con las correspondientes garantías hipotecarias por la suma de \$411.750.255.867,31 y recibió recursos por valor de \$300.000 millones.

Igualmente acudió a FOGAFÍN con el objeto de realizar negociación de cartera, quien luego de constatar que las dificultades de GRANAHORRAR eran de liquidez y no de solvencia, otorgó un cupo de aval para garantizar las obligaciones que adquiriera GRANAHORRAR. A juicio de los demandantes esta decisión fue nociva para GRANAHORRAR quien se vio obligada a obtener los recursos solicitados, en el mercado interbancario y en los sobregiros.

Para la celebración del convenio entre FOGAFÍN y GRANAHORRAR para el otorgamiento del aval, el Director de Fogafín contempló la potestad excepcional de solicitar la pignoración de las acciones de Granahorrar, como quedó plasmado en la Cláusula Décimo Tercera. Fue evidente además, la promoción realizada por el Director de FOGAFÍN del paquete accionario mayoritario de GRANAHORRAR a entidades internacionales como puede verse en el acta 218 de FOGAFÍN.

Afirmó que FOGAFIN accedió a realizar un apoyo a GRANAHORRAR mediante operaciones de compraventa de cartera por \$300.000 millones, condicionado a la existencia de un encargo

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -. fiduciario para la venta de la participación mayoritaria de GRANAHORRAR a la mayor brevedad posible, sin el conocimiento, por supuesto, de los accionistas (Acta 218 de Fogafín).

Esta disposición es totalmente ilegal, toda vez que las acciones de GRANAHORRAR se encontraban en la bolsa de valores de Bogotá, a través de la cual se debía realizar cualquier operación de venta, mediante una Oferta Pública de Adquisición o el remate de un lote determinado de acciones.

Lo anterior debió ser advertido por el Superintendente de Valores quien se encontraba presente cuando el Director de FOGAFÍN impartió medidas para la correcta negociación de las acciones, medidas ilegales e innecesarias, perjudiciales para GRANAHORRAR toda vez que imprimieron en la comunidad financiera un mensaje de intranquilidad y desconfianza en cuanto a la situación económica de GRANAHORRAR.

Además de las irregulares condiciones impuestas a GRANAHORRAR, el apoyo de liquidez fue previsto con un término excesivamente corto, debiendo solicitarse sucesivas prórrogas dada la reiterada negativa de conceder un término prudencial.

FOGAFÍN solicitó las cartas de despignoración expedidas por los acreedores de GRANAHORRAR, lo cual no era necesario, ya que en el contrato se pactó que el producto de la venta de acciones se entregaría a ellos, quienes otorgarían poder a la fiduciaria para que lo hiciera dentro de los tres días siguientes al cumplimiento.

Por el contrario, la entrega de las cartas de despignoración variaba la ponderación de los activos de riesgo para los acreedores, pues éstos quedaban sin prenda; la existencia de prendas no obstaculizaba la venta, toda vez que la fiduciaria se encargaría de entregar los títulos libres de gravamen.

Mientras aumentaba el cupo solicitado a FOGAFÍN, éste continuaba en comunicación con una entidad internacional al punto de permitirle realizar un estudio sobre los estados financieros de GRANAHORRAR, lo cual es abiertamente ilegal pues antes de permitir la revisión de libros y papeles contables, se oferta y se fijan condiciones de negociación, como establece el mercado de valores.

Sin embargo el proceso de venta fue invertido por FOGAFÍN quien permitió al posible comprador tener conocimiento profundo y completo de las operaciones de GRANAHORRAR. Finalmente aquél no realizó una oferta como le informó de manera definitiva al Director de FOGAFÍN el 15 de septiembre de 1998.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Lo anterior obligó a que GRANAHORRAR ofreciera en dación en pago a sus acreedores financieros las acciones que garantizaban su obligación, quienes luego de una negociación realizada el 30 de septiembre de 1998 aceptaron la dación siempre que los apoyos de liquidez dados a la Corporación mejoraran sustancialmente.

Incluso hasta este momento, los índices de solvencia de GRANAHORRAR fueron bastante favorables, como FOGAFIN reconoce en sus actas (particularmente en la del 23 de septiembre de 1998), incluso superiores a los de los bancos acreedores. La proyección de sus utilidades a diciembre de 1998 se estimaban en \$3.230 millones de pesos.

Pese a lo anterior, la junta directiva de FOGAFÍN decidió incluir en el convenio original para adicionar el incremento del apoyo autorizado, una cláusula según la cual si la Corporación suspendía el pago de sus obligaciones durante la vigencia del plazo establecido para la recompra de la cartera, la recompra quedaría suspendida y la propiedad de dicha cartera en cabeza del Fondo.

Finalmente, el mismo 30 de septiembre de 1998 FOGAFÍN autorizó prorrogar la fecha de recompra de cartera hasta el 1 de octubre de 1998 y estableció que si la operación de dación en pago se daba el Fondo otorgaría un apoyo que se instrumentaría una vez aquella fuese formalizada, y que mientras tanto se prorrogaría por un breve plazo el convenio celebrado con GRANAHORRAR (hasta el 5 de octubre), y se aumentó el cupo a \$400.000 millones de pesos, que podía utilizar como cupo de aval o para compra de cartera. Por tal razón, se firmó el Otrosí 13 de 1 de octubre de 1998.

Sin embargo, el mismo 1 de octubre de 1998 los bancos emitieron un documento que modificó el redactado por ellos el día anterior y que cambiaba las condiciones de la dación en pago, al cual dieron respuesta los actores exponiendo sus argumentos de índole legal y moral y manifestando que se acogerían a lo estipulado en el acuerdo inicial. Esta respuesta fue remitida a Fogafín. Dicha circunstancia fue sospechosamente conocida por los medios de comunicación quienes informaron, el 2 de octubre, que la dación en pago entre los Bancos y el grupo Carrizosa no se había podido llevar a cabo, en consecuencia la situación de confianza del público en general se vio reflejada en la posición de liquidez de GRANAHORRAR, quien terminó ese día con una posición negativa de tesorería de \$31.000 millones, que se habría podido evitar si FOGAFÍN hubiese cumplido con su obligación, contenida en el otrosí 13.

De lo anterior concluyó que los actos acusados son la culminación del proceso de expropiación ejecutado por las demandadas quienes, lejos de brindar un apoyo de liquidez efectivo para solucionar la situación transitoria de

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

GRANAHORRAR, realizaron un proceso de venta forzada de las acciones de la Corporación en contra de la voluntad y del conocimiento de los socios, quienes tiempo después se vieron sorprendidos por las irregularidades cometidas por las demandadas. FOGAFIN celebró el convenio en forma gravosa para la Corporación y posteriormente condicionó las prórrogas en términos cortos e ilegales con el fin único de lograr un cambio en su participación accionaria.

El demandante esquematiza los cargos contra los actos acusados de la siguiente manera:

1. Cargos de Nulidad por Falsa Motivación.
 - a) Inexistencia del quebranto patrimonial en la corporación de ahorro y vivienda GRANAHORRAR.
 - FOGAFÍN y la forma en que calculó los efectos de la terminación unilateral de los apoyos de liquidez.
 - El Banco de la República y la forma en que terminó los apoyos de liquidez.
 - b) La orden de capitalización
2. Cargos de Nulidad por Violación del Derecho de Audiencia.
 - a) Cargos de Nulidad por desviación de las atribuciones propias de la Superintendencia Bancaria y FOGAFÍN.
3. Violación de Normas Superiores.
 - a) Violación del artículo 72 de la Ley 45 de 1990.
 - b) Violación del artículo 1203 del Código de Comercio.
4. Violación del artículo 29 de la Constitución Política.

Cargos de Nulidad por Falsa Motivación

Inexistencia del quebranto patrimonial en la corporación de ahorro y vivienda GRANAHORRAR.

GRANAHORRAR no perdió el 100% de su patrimonio, como erróneamente pretenden hacer ver las demandadas en los actos acusados, quienes sin pretender subsanar la dificultad colocaron a GRANAHORRAR en una situación imposible de cumplir, más aun si se tiene en cuenta que dichos actos no fueron notificados a los accionistas demandantes.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Los actos administrativos acusados infringen el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo y 29 de la Constitución Política que exige la motivación de los actos administrativos que afectan a particulares con el objeto de no desconocer el debido proceso.

La motivación falsa o errónea es causal de nulidad, y en el caso debe ser analizada frente a la relación causal que enmarca los hechos y que dota de significado a expresiones como “compra de cartera”, la cual debe ser entendida conforme a sus características, como son su negociación, liquidación y garantías. La iliquidez de una entidad financiera no es razón suficiente para la reducción del valor nominal de sus acciones, ni para su capitalización; es diferente a la insolvencia y al quebranto patrimonial. Goza de procedimientos especiales para su solución por medio de entidades de apoyo como FOGAFÍN y el Banco de la República. La motivación de la orden de capitalización no correspondió a la realidad de los hechos y tuvo errores en su fundamento legal. El hecho de incurrir en estado de iliquidez no acarrea la expedición de una orden de capitalización, improcedente en este caso, pues, GRANAHORRAR no se encontraba insolvente; la iliquidez de una institución financiera se soluciona mediante los cupos de liquidez.

El estado de pérdidas imputado a Granahorrar se debió a las decisiones de FOGAFÍN y el Banco de la República, quienes imputaron a GRANAHORRAR pérdidas por \$228 mil millones en un breve lapso, cifra que corresponde con el ingreso obtenido por ellas como producto de cumplir (aparentemente) con el apoyo de liquidez. La Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda GRANAHORRAR, no se encontraba insolvente en el momento en que fueron emitidos los actos, por esto sus supuestos son irreales y deben ser declarados nulos.

FOGAFÍN y la forma en que calculó los efectos de la terminación unilateral de los apoyos de liquidez.

Señala que el apoyo de iliquidez de Fogafín ascendió a \$373.000 millones y la cartera de la cual dispuso el Fondo fue de \$499.820 millones. El plazo de utilización de los recursos fue del 6 de julio al 2 o 3 de octubre, por lo tanto, la tasa nominal de ese período por intereses correspondió al 34% y efectiva anual al 210%.

El más favorable de los cálculos de los apoyos de liquidez (desembolso inmediato, máximo de tiempo en la disponibilidad de los recursos, plazo de utilización de los recursos, valor nominal de la cartera) no justifica la apropiación de la totalidad de la garantía por FOGAFÍN. Los intereses estipulados en el convenio no generan como consecuencia la apropiación de la diferencia entre los recursos utilizados por GRANAHORRAR y la garantía despojada por FOGAFÍN. De acuerdo con todo ello, el estado de pérdidas acusado es irreal.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Si la Superintendencia Bancaria hubiese realizado por sí misma el cálculo del verdadero costo del apoyo de liquidez, se habría percatado del error en que incurrió FOGAFÍN en desconocimiento de las normas que prohíben la usura, y que incluso la misma Superintendencia ha regulado mediante órdenes sobre contabilización de operaciones de descuento y redescuento, inaplicadas en este caso debido a que no realizó el análisis de costos y se limitó a aceptar la errónea motivación propuesta por FOGAFÍN, que quedó plasmada en los actos acusados.

Para fundamentar lo anterior, la Superintendencia Bancaria expuso la tesis poco seria de que el FOGAFÍN era competente para fijar los costos relacionados con los apoyos transitorios de liquidez sin límite de ninguna índole, tesis que aún siendo aceptada, no fue respetada por el FOGAFÍN, ya que si se hubiese aplicado la tasa dispuesta por la Junta Directiva del FOGAFÍN (DTF + 7) el máximo costo adeudado habría sido de \$8.000 millones de pesos y no la estrambótica suma de \$128.000 millones de pesos.

Las operaciones "repo" se liquidan cuando se elaboran y no en el momento de su incumplimiento, como ha afirmado con anterioridad la superintendencia Bancaria y en consecuencia la suma imputada no corresponde a la realidad.

El Banco de la República y la forma en que terminó los apoyos de liquidez.

El apoyo dado por el Banco de la República consiste en un crédito con endoso de cartera, garantizado con títulos valores, en este caso los pagarés, que faculta al Banco para cobrar el título que recibe como garantía al tercero deudor o a la entidad que recibe el apoyo, con el cargo en todo caso de devolver el título, y como contraprestación, el deudor paga una tasa de interés; Así lo regula el artículo 24 de la Resolución 25 de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Del material obrante en el expediente, está probado que GRANAHORRAR sí pagó ese crédito, incluso con los excesivos intereses impuestos por el Banco, pues la cuantía del apoyo fue de \$300.000 millones y la de la cartera \$411.750.255.867, lo que da una diferencia de \$111.750.255.867 por 123 días de utilización y arroja como tasa de interés del período 37.2% y 180% efectiva anual.

No es dable al Banco apropiarse de la totalidad de la cartera, sin motivar (con el cálculo de las cifras y sus fechas), el acto mediante el cual decidió enajenar los títulos descontados o redescontados o cobrarlos si eran exigibles con el objeto de extinguir la obligación.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

En el apoyo de liquidez el Banco tiene derecho como contraprestación económica a la devolución del capital, los intereses y las sanciones y no está probado que se devolvieran garantías por el exceso de intereses, como sí está demostrado que GRANAHORRAR canceló la totalidad de la obligación adquirida con el Banco de la República, quien haciendo uso de una tasa de interés excesivamente alta, produjo la apropiación de la totalidad de la garantía, desbordando sus facultades al desconocer las verdaderas sumas aplicables en la medida necesaria, desconociendo así lo dispuesto en la Resolución 25 de 1995.

La orden de capitalización

La orden de capitalización no contiene el anterior análisis de cifras. Se dice que la Superintendencia calculó las pérdidas en \$228.000 millones y como había informado que las pérdidas por razón de la terminación del convenio suscrito con Fogafín habían ascendido a \$128.000, es de suponer que las pérdidas arrojadas como consecuencia de dar por terminado el apoyo de liquidez del Banco de la República, fueron de \$100.000.

El cálculo de la Superintendencia desconoce la realidad de las consecuencias de dar por terminado el apoyo de liquidez del Banco de la República, pues, en la carta que el Emisor le envió a Granahorrar no se le anuncia que la totalidad de la cartera fuera a ser propiedad del Banco, por esta razón, la Superintendencia no podía calcular las pérdidas sobre el total de la cartera endosada, sino sobre los apoyos de liquidez.

La simple liquidación de los "Repos", como se expone en la Resolución 04 del 13 de enero de 2000 del liquidador de financiera Desarrollo S.A., no es suficiente para que el acreedor se quede con la cartera garantía de los apoyos de liquidez, como en este caso lo hizo con la totalidad de la cartera el Banco de la República.

La pérdida alegada por las demandadas no existió, los intereses, abiertamente ilegales, no daban lugar a ella para GRANAHORRAR de acuerdo con la sanción contenida en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. El hecho de que GRANAHORRAR cancelara los créditos adquiridos sólo refleja que no existía estado de insolvencia.

El monto de las utilidades generadas por la terminación del apoyo de liquidez fue tan incierto para las demandadas al momento de expedir los actos, que con mucha posterioridad a ellos no tenían certeza de su monto, como se desprende de las comunicaciones realizadas por FOGAFÍN a la Superintendencia Bancaria en octubre de 1998 y febrero de 1999.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Si se admitiera que FOGAFÍN puede cobrar lo que determine su junta directiva sin límite alguno, de manera confiscatoria, y sin importar que no consulte la relación causal del apoyo, la valoración de la cartera y el desconocimiento de los plazos máximos que rigen para las operaciones de reporto, por lo menos debió determinar con claridad cuál fue el costo fijado por el Banco de la República (DTF +7), obteniendo que el máximo costo posible sería de \$8.000 millones, con el cargo, no de apropiarse de la cartera sino de enajenarla o cobrarla y con el deber de devolver los saldos y todo exceso cobrado reputarlo como intereses.

Con esto se desvirtúa el quebranto patrimonial originado en la indebida retención de los ilegales intereses.

El hecho de que FOGAFÍN informe un cálculo erróneo a la Superintendencia, y ésta ordene la capitalización con base en esa información y luego presente el informe al FONDO para que éste decida ordenar la reducción del valor nominal del capital social de Granahorrar, es un círculo vicioso y manifiesta la ilegalidad de los actos acusados, toda vez que no es suficiente una simple certificación para demostrar las pérdidas imputadas a Granahorrar ya que la supuesta pérdida de capital por el 100% no fue cierta.

Cargos de Nulidad por Violación del Derecho de Audiencia

Ninguno de los actos acusados ha sido notificado ni comunicado a los accionistas demandantes, a quienes se les ha violado el debido proceso administrativo, demostrando así la nulidad de los actos administrativos acusados y su ejecución; los fundamentos de los actos administrativos acusados no pudieron ser controvertidos por los demandantes.

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

Los apoyos de liquidez fueron vinculados a compromisos de venta de las acciones de los accionistas mayoritarios de la corporación, lo cual, excede las facultades de los miembros de la junta directiva del FOGAFÍN, quienes no pueden usar sus facultades de brindar facilidades de liquidez a los integrantes del sector financiero, con exigencias, condicionamientos o negociaciones no previstas en la Ley.

Si FOGAFÍN condicionó la existencia o la vigencia de los apoyos de liquidez a una compraventa y no otorgó el apoyo cuando la compraventa no se presentó, incurrió en un indebido uso de sus facultades al desarrollarlas en forma no prevista por la Ley y en consecuencia los actos acusados deben declararse nulos, pues tienen como fundamento la fallida venta de la Corporación. La supuesta “cesación de pagos” de GRANAHORRAR fue producto de la terminación unilateral de los apoyos de liquidez, los cuales cesaron con el

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.
fracaso de la compraventa de acciones buscada por FOGAFÍN, como se evidencia de las actas aportadas.

La devolución de cheques no es el verdadero fundamento de la orden de capitalización, pues no tienen el valor económico ni legal ni suficiente para originar el estado de pérdidas que sustentara la orden de capitalización, menos aún si se tiene en cuenta que su devolución obedeció a la suspensión unilateral de los apoyos de liquidez y a los supuestos intereses que originaron la apropiación ilegal de la cartera entregada en garantía del crédito.

El verdadero fundamento de la orden de capitalización y la reducción del valor nominal de las acciones consiste en el interés del cambio de accionistas de la Corporación, como se desprende del manejo que se dio al crédito en relación con el proceso de venta de acciones.

Violación del artículo 72 de la Ley 45 de 1990

En lugar de hacer efectivas las tasas de interés configuradas por FOGAFÍN, que incurren en usura, la Superintendencia Bancaria debió dar aplicación al artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Los actos acusados se originan en las pérdidas producidas por la apropiación de cartera realizada por el FOGAFÍN, apropiación que se cimentó en tasas ilegales de intereses que avaladas por la Superintendencia Bancaria y el Banco de la República, desconocieron el artículo 72 de la Ley 45 de 1990, cuya aplicación al momento de la terminación unilateral de los apoyos de liquidez pudo evitar la liquidación y apropiación ilegal. Dicha norma no se aplicó y los intereses de usura fueron simplemente cobrados mediante la apropiación de la garantía, mediante una liquidación ilegal incorporada en los actos acusados.

Violación del artículo 1203 del Código de Comercio

Las decisiones tomadas por FOGAFÍN y el Banco de la República en el sentido de apropiarse de la prenda entregada en garantía por el uso de los apoyos de liquidez, es ilegal al tenor del artículo 1203 del Código de Comercio, el cual establece la ineficacia de las estipulaciones tendientes a permitir que el acreedor disponga de la prenda por medios distintos a los previstos por la Ley, evidenciando que no se trata de una compraventa de cartera sino, un endoso de cartera en garantía, de la cual no podían apropiarse sin violar la norma citada, y que por no poder hacerlo al momento del desembolso, se apropiaron al momento del pago, (desvirtuando la naturaleza de la operación de crédito para convertirla en una compraventa) con el agravante que sobre dicha apropiación también se hicieron efectivas las tasas ilegalmente liquidadas

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Violación del artículo 29 de la Constitución Política

Finalmente se presenta violación al debido proceso ya que los demandantes no tuvieron posibilidad de controvertir las decisiones acusadas al no haber sido notificadas.

Con la **aclaración de la demanda** presentada por el actor en desarrollo del artículo 208 del Código Contencioso Administrativo, incluyó el numeral 3.4.3 en relación con las normas violadas por la Superintendencia Bancaria, en el sentido de que la Superintendencia Bancaria desconoció los artículos 84 del Estatuto del Sistema Orgánico del Sistema Financiero y 53, 113[2], 326[5], 423, 385 y 388 del Código de Comercio, que consagran un verdadero proceso con términos, formalidades y condiciones que deben cumplirse para evitar que la capitalización sea ilegal. La orden de capitalización es ilegal, por el término contenido en ella.

OPOSICIÓN

La **Superintendencia Bancaria** al contestar la demanda, luego de exponer su apreciación de los hechos planteados por la demandante, afirmó que:

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

El planteamiento de que los apoyos económicos fueron supeditados indebidamente a un cambio en la participación accionaria de GRANAHORRAR, es completamente infundado como se encuentra plasmado en las actas respectivas, al punto que el tema fue planteado inicialmente por el Presidente de GRANAHORRAR. El apoyo se brindó con independencia de la composición accionaria de la Corporación, pese a las divergencias en dicha composición que tanto perjudicaron la confianza y seguridad del público en general.

La Superintendencia Bancaria no realizó apropiación alguna por lo que los argumentos del actor carecen de todo sustento y se refieren al FOGAFÍN y al Banco de la República.

Contra las pretensiones aducidas por el actor propuso las siguientes excepciones:

Caducidad de la Acción.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

La orden de capitalización acusada fue emitida y notificada el 2 de octubre de 1998 al Presidente de GRANAHORRAR, de acuerdo con las normas de representación. La demanda se presentó el 28 de julio de 2000, claramente por fuera del término previsto para la interposición de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en virtud del artículo 136 del C. C. A.

El 3 de octubre de 1993 el presidente de GRANAHORRAR comunicó a la Superintendencia Bancaria, que en cumplimiento de su obligación legal había procedido a informar a los accionistas de GRANAHORRAR, telefónicamente y mediante cartas, la decisión adoptada por la Superintendencia Bancaria.

Lo anterior consta en la Resolución 02 del 3 de octubre de 1998 notificada en la misma fecha a GRANAHORRAR, quien por intermedio de su presidente renunció al término de su ejecutoria sin interponer recurso alguno y que constituye el otro acto acusado.

Manifiesta Improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada.

La Superintendencia Bancaria se ajustó a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes, consagradas para proteger el interés público manifestado en la seguridad y confianza del público en el sistema financiero, lo cual prevalece sobre los derechos patrimoniales de los accionistas, que no genera responsabilidad patrimonial del Estado, debido a que la entidad se ajustó a las normas de oficialización de entidades financieras.

Los perjuicios morales y materiales alegados no le son imputables a la Administración Pública demandada.

La disminución en el valor de las acciones de los demandantes, es sólo una consecuencia de su actuar, de la situación económica verificable en la disminución del patrimonio de los actores, que contrario a lo expuesto por los demandantes trató de ser evitada por la Superintendencia con las medidas previstas por la Ley.

No existe ilegalidad ni responsabilidad objetivamente imputable a la Administración por el perjuicio que pudo experimentar la parte actora, mucho menos cuando se interpone la acción tan extemporáneamente, agravando los perjuicios ocasionados por la misma demandante.

El **Fondo de Garantías de Instituciones Financieras** al contestar la demanda, manifiesta la forma como deben entenderse los hechos expuestos en la demanda y se pronuncia respecto a los cargos así:

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Los hechos en que se basó la orden de capitalización son ciertos y comprobables, reflejan la incapacidad de pago de GRANAHORRAR respecto a las obligaciones a su cargo con los usuarios de sus servicios, acreedores y en particular con el Banco de la República y con FOGAFÍN.

Los actos acusados tienen una causa real, su motivación se ajusta a lo exigido por la Ley y tiene sus fundamentos en ella, la iliquidez y posterior insolvencia de GRANAHORRAR se desprende incluso de los hechos narrados por el actor, quien omite revelar la efectiva puesta a disposición de los grandes recursos otorgados por el ahora demandado, con el objeto de solucionar el estado de GRANAHORRAR que fue el que dio origen a los actos acusados.

El actor confunde el contrato celebrado entre GRANAHORRAR y Fogafín al pretender que se trata de un mutuo o un crédito con garantía, cuando de la simple lectura del contrato celebrado, se desprende que se trata de una venta de cartera con pacto de retroventa, con características encubiertas en el escrito de demanda; se trata de una venta de cartera para obtener liquidez y en caso de que se produjera dicha liquidez GRANAHORRAR tenía opción de recompra,

La iniciativa de la venta de las acciones correspondió al Presidente de GRANAHORRAR por comunicación de sus accionistas, como consta en las actas del FOGAFÍN, las condiciones impuestas por el Banco de la República y FOGAFÍN no pretenden un cambio accionario, están dirigidas, a la protección de los intereses públicos y de los ahorradores de GRANAHORRAR.

No hay la violación del derecho de audiencia alegado por el actor, las decisiones tomadas por la Superintendencia y FOGAFÍN siempre fueron comunicadas oportunamente al representante legal de GRANAHORRAR. La cesación de pagos es real, no fue discutida por el actor, y es la verdadera causa de la situación de GRANAHORRAR, quien para el momento de la cesación debía más de 300.000 millones al Estado, por lo que se ordenó la capitalización de la entidad.

Finalmente FOGAFÍN propuso las siguientes excepciones:

Carencia de legitimación en la causa

La orden de reducción de valor nominal de las acciones debe ser comunicada al representante legal de la entidad, no a cada uno de los accionistas de ella, como pretenden las demandantes, quienes no son los titulares de los derechos reclamados, no hacen parte de la relación jurídica sustancial, no aparecen en el convenio celebrado entre GRANAHORRAR y Fogafín, ni en los pagarés aludidos, así, no se entiende bajo qué supuesto vienen ahora a reclamar a FOGAFÍN un perjuicio inexistente ocasionado en una relación jurídica en la que no participaron.

Carencia de causa.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

La orden de reducción del valor nominal emitida por FOGAFÍN se ajusta a derecho, no debe anularse ni debe existir responsabilidad derivada, pues su motivación y su comunicación se realizaron conforme a la Ley. Desconocer la actuación del representante de GRANAHORRAR es desconocer la actividad y gestión de los propios accionistas. Los perjuicios pretendidos por el actor equivalen a cero, dada la realidad económica de GRANAHORRAR al momento de ordenar la reducción del valor de sus acciones.

Contrato válidamente celebrado

La acción de nulidad y restablecimiento del derecho no está prevista para obtener la declaración del incumplimiento contractual; de los hechos narrados por el actor y el contrato celebrado entre FOGAFÍN y GRANAHORRAR se desprende que aquél se limitó a cumplir fielmente lo estipulado en el contrato ante el incumplimiento de GRANAHORRAR, se trata de un contrato de repo y de descuento que implica la transferencia en propiedad de títulos valores y la prerrogativa de las partes para mantener dicha propiedad como pago en caso de incumplimiento.

Contrato no cumplido.

Se propone esta excepción toda vez que no le asiste derecho a GRANAHORRAR de exigir a FOGAFÍN una indebida ejecución del convenio celebrado, derivada en una indebida apropiación, cuando GRANAHORRAR ha incumplido sus obligaciones contractuales.

Enriquecimiento sin causa

Las sumas pretendidas por las demandantes, originadas en un contrato que GRANAHORRAR no cumplió, significan un enriquecimiento para las demandantes pues es claro que el valor de las acciones registrado con anterioridad al momento de emitir la orden de capitalización, es superior al correspondiente a la verdadera situación económica de GRANAHORRAR. Su reconocimiento constituye un enriquecimiento indebido para las actoras.

Caducidad

La acción interpuesta por los demandantes caducó pues los actos fueron expedidos el 2 y 3 de octubre de 1998. El término de 4 meses del artículo 136 del C. C. A. precluyó y en consecuencia el derecho de iniciar la acción tendiente a su nulidad y el restablecimiento del derecho, se extinguió.

LA SENTENCIA APELADA

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

El Tribunal declaró no probadas las excepciones propuestas y negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Caducidad de la acción:

Las demandantes cuestionaron la notificación de los actos demandados, pues aunque a Granahorrar se los notificaron el mismo día de su expedición, ellas tuvieron conocimiento sólo dos años después de expedidos.

Las normas especiales que regulan la actividad de la Superintendencia Bancaria y de Fogafín no prevén de manera especial la forma de notificación de sus actos administrativos, razón por la cual debe aplicarse el Código Contencioso Administrativo, que en su artículo 46 señala que cuando las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, se ordenará publicar la parte resolutive por una vez en el diario oficial o en el medio oficialmente destinado para esos efectos o en un periódico de amplia circulación.

Como en el caso, las decisiones afectaban de manera directa a terceros, entre otros, a los accionistas de Granahorrar, obligaba que se les comunicara tales determinaciones, lo cual sólo tuvo ocurrencia el 25 de julio de 2000, cuando la Superintendencia Bancaria respondió una consulta elevada por el apoderado de las demandantes. En consecuencia, la demanda presentada el 28 de julio de 2000, fue dentro del término de caducidad de la acción.

2. Falta de legitimación en la causa por activa porque el contrato celebrado entre Fogafín y Granahorrar no incluye a los accionistas de esa Corporación. Los accionistas están legitimados para interponer la acción porque las órdenes impartidas por las demandadas afectaron sus intereses patrimoniales y los derechos reclamados están en cabeza de los demandantes.

Las demás excepciones propuestas no tuvieron prosperidad por cuanto los argumentos en que se sustentaban hacían referencia al fondo del asunto y no a circunstancias procesales que impidieran su estudio.

En lo de fondo se pronunció así el a quo.

1. Falsa motivación.

Sobre la situación económica en la que se encontraba Granahorrar para el vencimiento del primer bimestre de 1998 resaltó lo siguiente:

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

El 2 de julio de 1998, Granahorrar solicitó a Fogafín la compra de una cartera de créditos con garantía hipotecaria por \$300.000.000.000, con el fin de atender necesidades de liquidez. En ese momento gozaba del apoyo transitorio de liquidez concedido por el Banco de la República el 1 de julio de 1998 por \$270.000.000.000, a quien también solicitó el 2 de julio de 1998 una ampliación de cupo extraordinario por \$43.700.000.000. De estos cupos hizo uso la Corporación, sin embargo no logró la estabilización de los problemas de liquidez.

La corporación había perdido confianza y seguridad y además se habían disminuido los depósitos que administraba, debido a las diferencias suscitadas entre sus accionistas.

El Director Técnico de Fogafin recomendó condicionar el otorgamiento del apoyo a que los accionistas de Granahorrar constituyeran un negocio fiduciario para la venta de acciones, pues, era una medida conveniente para recuperar la confianza del público, a lo cual consintieron los accionistas, con algunos reparos en cuanto a las condiciones en que debe constituirse el negocio fiduciario y el medio a través del cual se comercializarían las acciones.

El Convenio para otorgar el cupo rotatorio entre Fogafín y la Corporación se celebró el 6 de julio de 1998, en el cual se estipuló que la avalada tenía que transferir unos pagarés cuya sumatoria entre todos, fuera del 134% del cupo de aval que fuere a utilizar la corporación. Con ellos se constituyó el encargo fiduciario para custodiar y realizar las gestiones que le fueran encomendadas.

En el convenio se estipuló que si Granahorrar incumplía las obligaciones derivadas de la celebración de operaciones a corto plazo en el mercado interbancario y/o sobregiros en cuenta corriente, Fogafín dispondría plena y totalmente de los pagarés entregados y sus garantías, previo requerimiento del acreedor avalado. También se convino que en el evento en que Granahorrar incurriera en cesación de pagos se entendería extinguida la obligación de recompra de la cartera por Fogafin, de manera que la operación de venta quedaría en firme, y se podría disponer plena y totalmente de los pagarés y sus garantías.

El 2 de octubre de 1998 la Superintendencia Bancaria informó al Director de Fogafin que Granahorrar había incurrido en cesación de pagos según lo habían informado los Bancos de Occidente, Davivienda y del Estado. Se informó igualmente que la Corporación había cerrado con una posición de \$31.000.000.000 en rojo, lo cual daba lugar a que Fogafin hiciera uso de las cláusulas vigésimo tercera y undécima del convenio y la venta quedara en firme. En consecuencia se dispuso plena y totalmente de los pagarés y sus garantías que a esa fecha totalizaban \$499.820.000.000.

En la misma fecha la Superintendencia informó al Banco de la República la cesación de pagos y al Presidente de Granahorrar que no estaba en capacidad de cancelar los intereses que le

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -. adeudaba, razón por la cual el emisor consideró que las condiciones de liquidez de la corporación no permitían asegurar el pago de la obligación que había sido contraída con el apoyo de liquidez transitoria y dio por vencido el plazo del apoyo.

Con base en esta situación, la Superintendencia, el mismo día, ordenó la capitalización inmediata de Granahorrar en \$157.000.000.000 al día 3 de octubre de 1998 a las 15 horas, lo cual no fue cumplido por GRANAHORRAR y dio lugar a que FOGAFIN, luego de estudiar el caso, determinara la oficialización de la corporación porque se encontraba en situación de insolvencia. Además, en reunión de junta directiva del fondo de 3 de octubre de 1998, el Superintendente en conjunto con el viceministro de Hacienda sugirieron al Fondo que se ordenara la reducción del capital a valores nominales.

De lo anterior concluyó:

No era cierto que GRANAHORRAR fuera una entidad solvente al momento de las órdenes de capitalización y oficialización. Su patrimonio registraba un saldo negativo por valor de \$7.703 millones de pesos y por ende, una relación de solvencia del cero por ciento.

Tampoco era cierto que las pérdidas que reportó la superintendencia fueron producto del cobro de intereses excesivos por parte del banco central y del Fondo.

Era indiscutible que si Granahorrar incumplía con sus obligaciones el Fondo estaba facultado para hacer efectivo el acuerdo, lo cual no puede confundirse con un abuso de su condición de acreedor. No obstante que el Banco de la República no es parte, su actuación no fue ilegal en cuanto al apoyo de liquidez prestado a Granahorrar, pues, se debió a sus circunstancias particulares de insolvencia.

La Superintendencia es la única entidad capacitada para rendir un concepto técnico sobre las circunstancias de iliquidez e insolvencia, por eso el artículo 2 del Decreto 032 de 1986 dispone que sea esa ella quien rinda el informe para evaluar la procedencia de la orden de reducción simplemente nominal del capital social de una institución financiera inscrita en el Fogafín.

2. Violación del derecho de audiencia

Se sustenta el cargo, en que ninguno de los actos administrativos demandados fueron notificados a los accionistas de Granahorrar, sin embargo, su falta de notificación no es causal de nulidad, sino que afecta su eficacia.

3. Desviación de atribuciones propias de la Superintendencia Bancaria y Fogafin.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Fogafín concedió el apoyo de liquidez a Granahorrar condicionado a la venta de las acciones de los accionistas mayoritarios de la Corporación, ante la desconfianza del público en la Corporación proveniente de los enfrentamientos entre los accionistas, quienes estuvieron de acuerdo con el requisito.

La cesación de pagos no fue consecuencia de la suspensión del aval. El hecho es anterior como consta en los oficios de algunas entidades financieras.

La actuación de la Superintendencia Bancaria se ajustó a derecho. No estaba obligada a declarar la toma de posesión (sic), pues los artículos 113 y 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero le otorgan a esa entidad cierta discrecionalidad para tomar medidas preventivas y evitar la toma de posesión, entre ellas, la recapitalización, la cual resultaba acorde con la realidad de Granahorrar. La Superintendencia no tuvo más opción que ordenar la capitalización dentro del primer día hábil siguiente (5 de octubre de 1998) pues si ello no se lograba, Granahorrar colapsaría.

4. Violación de normas superiores

La jurisdicción por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no puede estudiar los términos del contrato para obtener Granahorrar el apoyo económico del Banco de la República y del Fogafín, pues su regulación es independiente.

La orden de capitalización tuvo como finalidad el mantenimiento de la confianza y solidez del sector financiero. Además se instó a la Corporación para que la realizara a través de mecanismos como los anticipos de capital, para que resultara menos traumático.

5. Violación del artículo 29 de la Constitución Política

La falta de notificación no es causal de nulidad. Además, el ejercicio de la presente acción garantiza el derecho de defensa y la controversia de las decisiones demandadas.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión desestimatoria de las súplicas de la demanda, el apoderado judicial de las sociedades actoras interpuso recurso de apelación que sustentó con los argumentos que se resumen a continuación.

Afirma el apelante que el Tribunal en su sentencia no decidió sobre los planteamientos presentados en el libelo introductorio.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Así mismo manifiesta que el a quo no valoró el material probatorio y que el fallo se sustentó en las afirmaciones contenidas en los actos administrativos objeto de impugnación.

De otro lado arguye que en el expediente está demostrado de manera exhaustiva, como se indicó en los alegatos de conclusión presentados en primera instancia, que la motivación de la actuación administrativa no tiene relación con los hechos, por lo cual se encuentra incurso en falsa motivación.

Concluye que los actos demandados fueron expedidos aparentemente en aplicación de las normas legales, pero que de acuerdo con los hechos se incurrió en ellos, de manera clara y evidente, en desviación de poder.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

FOGAFIN reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, de los cuales se resaltan los siguientes:

Los hechos ocurridos desde junio de 1998, demuestran que la insolvencia de Granahorrar que dio lugar a la orden de capitalización no fue repentina, sino que venía de antes y no podía ser desconocida por los accionistas.

No fue la intervención de las entidades oficiales, las que llevaron a Granahorrar a su crisis de iliquidez e insolvencia. La cesación de pagos el 2 de octubre de 1998, la posición en rojo en que cerró ese viernes 2 de octubre y el panorama que se vislumbraba para el 5 de octubre de 1998 al momento de abrir las ventanillas de la Corporación, justificaron tomar las medidas de capitalización y la reducción del valor nominal de las acciones.

GRANAHORRAR suscribió el convenio con FOGAFIN sin ninguna presión ni vicio del consentimiento. Tampoco se presionó a los accionistas para que vendieran sus acciones. El convenio estipuló operaciones de repo y no constituyeron un contrato de mutuo, por lo tanto no le son aplicables las normas sobre usura.

Entre FOGAFIN y Granahorrar se pactó como precio por la recompra de cartera, el valor pagado por el FONDO más una adición consistente en el monto que resultara de aplicar a dicha suma una tasa equivalente a la interbancaria vigente adicionada en 7 puntos, lo cual no ocurrió pues no se produjo la recompra por parte de Granahorrar.

No se violaron el debido proceso ni el derecho de defensa, pues todas las actuaciones se adelantaron con la participación de los representantes legítimos de GRANAHORRAR, y los actos acusados se notificaron a su representante legal, quien renunció a términos de ejecutoria y no

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -. interpuso recurso. El 3 de octubre el Presidente de Granahorrar informó que se había notificado de la orden de reducción nominal del valor de las acciones y allegó certificación sobre ese aspecto. La caducidad de la acción debe ser examinada de manera oficiosa por el Consejo de Estado, así como la improcedencia de la acción.

La **Superintendencia Bancaria**, en oposición al recurso de apelación, señaló que la sentencia apelada sí había hecho un pormenorizado análisis de la situación que condujo a la oficialización de GRANAHORRAR.

Aduce que aunque el Tribunal decidió no dar prosperidad a las excepciones propuestas, hay caducidad de la acción, pues la notificación de la orden de capitalización de GRANAHORRAR y el cumplimiento de la reducción del valor nominal de las acciones se cumplieron el 3 de octubre de 1998.

No deben prosperar las pretensiones de la demanda, pues los actos administrativos demandados se ajustaron a las normas que rigen las medidas de rescate de las instituciones financieras y fueron adecuados a las circunstancias que rodearon la situación de Granahorrar, como lo ha considerado la jurisdicción en las acciones de grupo que adelantan una serie de accionistas y la de reparación directa, que han tenido pronunciamiento en primera instancia, mediante providencias de 21 de abril de 2004 y 14 de julio de 2004, respectivamente, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Los perjuicios solicitados a título de indemnización en esta acción, no le son imputables a la demandada, además, no fueron probados en los términos que se señalaron en la demanda.

Las **demandantes** en el alegato de conclusión, resaltaron que las demandadas no apelaron la decisión y pretenden ahora con los alegatos de conclusión que se estudien nuevamente las excepciones propuestas en primera instancia, no obstante que el Tribunal las negó.

En lo de fondo reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso y señaló como un hecho notorio que para Fogafin fue un buen negocio el proceso de salvación de Granahorrar, pues lo vendió al BBVA en \$970.000 millones que, como lo aseguró el Director de Fogafin, fueron en su totalidad utilidad, pues, los apoyos que se dieron ya habían sido recuperados. El Banco de la República también registró por 1998 utilidades de \$103.221.151.610 y aunque no lo reconocen, se debió al producto de la cartera apropiada de Granahorrar. Al lado de estas utilidades, los perjuicios reclamados resultan ínfimos.

Los perjuicios demostrados en el dictamen pericial por \$310.031.881.761, no superan el 50% del valor de venta de Granahorrar; y, coincide, salvo pequeñísimas diferencias, con el monto al que llegó Fogafin con la firma Auditor.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Insistió en que el Tribunal no analizó todos los planteamientos de la demandante, ni todas las pruebas, entre ellas, la certificación allegada por FOGAFÍN de 8 de octubre de 2002, en la que la Revisoría Fiscal del Banco Granahorrar, certifica que para el 3 de octubre de 1998, el patrimonio de Granahorrar era de \$216.993.042.849, muy diferente al valor negativo de \$7.703 millones que dice la Superintendencia para ordenar la capitalización.

El Banco de la República elaboró un documento con fecha 1 de octubre de 1998, en el que se afirma claramente que Granahorrar no tenía problemas patrimoniales y que tenía el mejor índice del sector. En la reunión de la Junta del FONDO de 23 de septiembre de 1998, se señala que el índice de solvencia se ubica en 10.67%.

Insiste en la realidad de las operaciones con el Banco de la República y el FOGAFIN que desvirtúan las supuestas operaciones de compra de cartera con pacto de recompra y que por tanto, las pérdidas calculadas con base en la apropiación indebida de cartera no fueron las correctas y en la violación del derecho de defensa por haber emitido una orden de capitalización estratégicamente diseñada para no poderse cumplir y no comunicada a los accionistas. Reitera el cargo de desviación de poder, consistente en la actividad dirigida precisamente a oficializar la entidad financiera.

MINISTERIO PÚBLICO

No se pronunció.

CONSIDERACIONES DE LA SECCIÓN

Lo primero que advierte la Sala es que el Doctor Héctor J. Romero Díaz formuló impedimento en razón de haber sido apoderado ante la Jurisdicción Ordinaria de algunas sociedades de las cuales fue o es representante legal el señor Julio Carrizosa Mutis, quien tiene interés en este proceso como socio de las sociedades demandantes, accionistas mayoritarias de la Corporación de Ahorro y Vivienda Granahorrar, hoy Banco Granahorrar, analizado el escrito la Sala concluye que el impedimento formulado no se encuadra dentro de ninguna de las causales establecidas en el artículo 150 del C.P.C. por lo cual se declara infundado.

En los términos del recurso de apelación de la parte demandante, la Sala debe determinar la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Superintendencia Bancaria hoy Financiera, ordenó la capitalización de la Corporación de Ahorro y Vivienda GRANAHORRAR en \$157.000 millones y, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFÍN, ordenó la reducción nominal del capital social de la misma Corporación al valor

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -. nominal individual de cada acción a un centavo, actos administrativos distinguidos con los números 1998050714-1 de 2 de octubre de 1998 de la Superintendencia Bancaria y Resolución 002 de 3 de octubre de 1998 de FOGAFÍN.

Previo a resolver sobre el recurso de apelación, la Sala hará algunas precisiones en torno a la oportunidad de la acción y a la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues, aunque el Tribunal decidió no declarar probadas las excepciones propuestas por las demandadas, ellas solicitan que el Consejo de Estado las analice.

Es necesario advertir en primer lugar que en cualquiera de las instancias, es deber del fallador verificar el cumplimiento de los presupuestos de la acción que ejercita el demandante con el fin de despejar la existencia de hechos que impidan decidir sobre el fondo de las pretensiones de la demanda, de manera que ante la presencia de alguno, debe declararlo aún de manera oficiosa, en la sentencia.

Son estos presupuestos procesales la caducidad de la acción, la falta de legitimación en la causa por activa o por pasiva, el no agotamiento de la vía gubernativa, la falta de jurisdicción, la escogencia inadecuada de la acción o la indebida acumulación, cuya ocurrencia imposibilita al juzgador de hacer un pronunciamiento de fondo.

Ahora bien, cuando del examen que hace el juzgador encuentra que los presupuestos de la acción se cumplen a cabalidad, no procede referirse a cada uno de ellos en la sentencia, pues, al conocer de fondo de las pretensiones de la demanda, denota que la acción estuvo correctamente instaurada y se cumplieron, por lo tanto, los presupuestos de procedibilidad.

En el presente caso, la Sala encuentra cumplidos los requisitos de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por varias sociedades que fueron accionistas de Granahorrar y comparte en esencia los argumentos expuestos por el Tribunal para declarar no probadas las excepciones propuestas. Sin embargo, las partes demandadas que no apelaron la decisión insisten en solicitar que el Consejo de Estado avoque su conocimiento de oficio, a lo cual procederá.

1. Procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por las sociedades demandantes.

Las sociedades COMPTO S.A., ASESORIAS E INVERSIONES C.G. LTDA., INVERSIONES LIEJA LTDA., EXULTAR S.A., FULTIPLEX S.A. e I.C. INTERVENTORIA Y CONSTRUCCIONES LTDA., fueron accionistas de la Corporación de Ahorro y Vivienda Granahorrar, según consta en las certificaciones visibles a folios 119 a 124 del cuaderno principal.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Mediante los actos administrativos demandados, la Superintendencia Financiera, ordenó la capitalización de la Corporación en la suma de \$157.000 millones y, FOGAFÍN, seguidamente, ordenó la reducción nominal del capital social de la Corporación a la suma de \$364.271.216, representativo de \$36.427.121.681 acciones de un valor nominal individual de un centavo.

Aunque la sociedad una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (artículo 98 del Código de Comercio) y en tal sentido es sujeto de derechos y obligaciones, en el caso que ocupa la atención de la Sala, es evidente que el cumplimiento de las órdenes dadas por las autoridades mencionadas, iban dirigidas a sus accionistas, por ser ellos quienes, a través de la asamblea general de accionistas tienen la facultad de disponer sobre el aumento de capital (artículo 459 del Código de Comercio); y segundo, el valor de sus acciones quedarían por el valor nominal de un centavo al cual redujo el segundo de los actos administrativos demandados, de manera que son, junto con la Corporación, los directamente afectados con la expedición de los actos acusados.

Ahora bien, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, cualquier persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho o se le repare el daño; por lo tanto, encuentra la Sala que los accionantes tienen personería para ejercer esta acción, tal como lo decidió el a quo.

Adicionalmente, fueron los actos administrativos acusados los que a su juicio causaron el agravio particular, circunstancia que diferencia la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con la acción de acción de reparación directa, cuya característica esencial es que el daño sufrido por el particular fue causado por un hecho o una omisión administrativa y no por un acto administrativo.

Como en el presente caso el resarcimiento del daño solicitado por los demandantes se fundamenta en la ilegalidad de las decisiones administrativas demandadas, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, como acertadamente la instauraron.

2. Caducidad de la acción

Las entidades demandadas han insistido en que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducó pues los actos administrativos demandados fueron notificados a Granahorrar los días 2 y 3 de octubre de 1998 sin que fuera propuesto ningún tipo de recurso contra esas decisiones. Por esta razón, la demanda presentada el 28 de julio de 2000, lo fue por fuera de

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -. los cuatro meses que señala el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo para este tipo de acción.

Las entidades parten del supuesto de que sólo era necesario notificar al representante de Granahorrar de estas decisiones y no correspondía comunicar a sus accionistas por no ser los legítimos destinatarios de los actos expedidos por ellas.

Cabe reiterar que aunque las órdenes demandadas iban dirigidas a Granahorrar, su cumplimiento correspondía y afectaba a sus accionistas. Por esta razón, comparte la Sala el argumento del Tribunal según el cual, conforme al artículo 46 del Código Contencioso Administrativo, cuando a juicio de las autoridades, las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutive, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para esos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones.

No aparece dentro del expediente prueba alguna que indique que los accionistas se enteraron del contenido de los actos relativos a la orden de capitalización y a la reducción nominal del capital social de Granahorrar en la misma fecha en que se notificaron las decisiones al representante de la Corporación.

Tampoco hay prueba de que se hayan hecho las publicaciones conforme al artículo 46 citado, como las mismas entidades lo admiten, de manera, que al margen de que conforme al inciso final del artículo 48 ibídem, la decisión no podría producir efectos, de haberse presentado una notificación por conducta concluyente, no está demostrada ninguna con fecha que otorgue certeza al juzgador para efectos de contar la caducidad, salvo la del 25 de julio de 2000.

En consecuencia, la demanda presentada el 28 de julio de 2000 fue dentro de la oportunidad legal, como bien lo decidió el Tribunal al negar la excepción propuesta.

Precisado lo anterior y no habiendo causal de nulidad que invalide lo hasta aquí actuado, procede la Sala al estudio de fondo de las pretensiones de los demandantes.

Falsa motivación de los actos demandados

Inexistencia del quebranto patrimonial en la corporación de ahorro y vivienda GRANAHORRAR.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Aducen los demandantes que GRANAHORRAR no perdió el 100% de su patrimonio, como erróneamente se considera en los actos acusados. El problema de la Corporación era de iliquidez y no de insolvencia o quebranto patrimonial, de manera que ni la capitalización ni la reducción nominal de sus acciones podían fundamentarse en la situación de iliquidez de Granahorrar.

Las pérdidas que se imputaron a Granahorrar se debieron a las decisiones adoptadas por FOGAFÍN y el Banco de la República, quienes imputaron pérdidas por \$228 mil millones en un breve lapso. La apropiación de la cartera de Granahorrar por cada una de esas entidades, significó que se hubieran cancelado intereses desproporcionados frente a los apoyos de liquidez otorgados.

Los cálculos efectuados sobre las pérdidas de Granahorrar no reflejaron la realidad de las operaciones, pues si se hubiese aplicado la tasa dispuesta por la Junta Directiva del FOGAFÍN (DTF + 7) el máximo costo adeudado habría sido de \$8.000 millones de pesos y no la de \$128.000 millones de pesos.

Granahorrar pagó todo el apoyo de liquidez que le otorgó el Banco de la República, por lo tanto, no era dable que el Banco se hubiera apropiado de la totalidad de la cartera, por causa de unas tasas de interés excesivamente altas.

La Superintendencia calculó las pérdidas sin tener la certeza de si al dar por terminado el apoyo de liquidez del Banco de la República, éste se fuera apropiado de la totalidad de la cartera endosada.

La pérdida no existió y GRANAHORRAR no se encontraba en estado de insolvencia. Se trató de un círculo vicioso y cruces de informaciones y certificaciones entre la Superintendencia y Fogafín, que originaron las aducidas pérdidas y el quebranto patrimonial.

El primero de los actos administrativos demandados es la orden de capitalización No.19988050714-1 del **viernes 2 de octubre de 1998**, dada por la Superintendencia Bancaria a las **11:50 p.m.** (folio 37 del cuaderno de anexos de papeles de trabajo).

Los fundamentos fácticos de la orden fueron los siguientes:

- Los apoyos de liquidez del Banco de la República y sus prórrogas.
- El cupo de aval otorgado por Fogafín y sus prórrogas.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

- La cesación de pagos incurrida por Granahorrar el 2 de octubre de 1998 que según informe de Fogafín originó que se hiciera uso de la Cláusula vigésimo tercera del convenio según la cual, ante la cesación de pagos se entendería extinguida la operación de recompra de la cartera transferida por la Corporación al Fondo, por lo que la operación de venta quedaría en firme y el Fondo dispondría de la totalidad de los pagarés y sus garantías.
- La comunicación del Banco de la Republica en la que informa que ante las condiciones de iliquidez de la Corporación que no permiten asegurar el pago de las obligaciones para con el banco, decidió hacer exigible la inmediata devolución de los recursos del Banco entregados a la Corporación.
- Las circunstancias descritas, evidenciaron para la Superintendencia que “la entidad incurre en pérdidas aproximadas de \$228.726 millones, las cuales afectan gravemente la relación de solvencia de la Corporación la que se sitúa a la fecha en el 0%”.
- Esas pérdidas también generaron el quebranto patrimonial de que trata la letra g del artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Por tales razones la Superintendencia dispuso lo siguiente:

- La capitalización debía ser por la suma de \$157.000.000.000 mínimo o el monto necesario para restablecer las relaciones patrimoniales
- Debía verificarse a más tardar el 3 de octubre de 1998 a las 15 horas (sábado).
- Debía acreditarse con una certificación suscrita por el Representante Legal y el Revisor Fiscal de la Corporación sobre la constancia de tales recursos, o con certificaciones de entidades financieras legalmente establecidas en Colombia, donde se indicara que los recursos se encontraban disponibles a favor de Granahorrar y presentar la documentación antes de la hora indicada.

Pues bien, la orden de capitalización de una entidad financiera es una medida preventiva de la toma de posesión y se encuentra prevista en el numeral 2 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en los siguientes términos:

“ART. 113.- Medidas preventivas de la toma de posesión.

(...)

Recapitalización. La Recapitalización es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria ordenar las recapitalizaciones correspondientes, de acuerdo con las disposiciones legales.

Corresponde a la Superintendencia proferir la orden de capitalización en ejercicio de sus funciones de prevención y sanción consagradas en el artículo 326 ibídem que señala:

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

“ART. 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:

(...)

c) Adoptar **cuando lo considere pertinente y según las circunstancias**, cualquiera de las siguientes medidas cautelares para evitar que una institución vigilada incurra en causal de toma de posesión¹ de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:

(...)

- Ordenar la Recapitalización de la institución, de acuerdo con las disposiciones legales”.

Ahora bien, los antecedentes que rodearon la expedición de esta orden de capitalización fueron básicamente dos, el primero el hecho de haber incurrido Granahorrar en cesación de pagos, lo cual daba lugar a que Fogafín diera por terminado el convenio suscrito el 6 de julio de 1998 con Granahorrar mediante el cual se le otorgaba un cupo de aval. El segundo, el hecho de haber dado por terminado por parte del Banco de la República el apoyo transitorio de liquidez que venía otorgando desde el mes de junio de 1998.

El convenio firmado con Fogafín el 6 de julio de 1998, tuvo como antecedentes los siguientes:

“CONVENIO ENTRE EL FONDO DE GARANTIAS DE INSTITUCIONES FINANCIERAS Y LA CORPORACIÓN GRANCOLOMBIANA DE AHORRO Y VIVIENDA GRANAHORRAR.

[...] 1) Que GRANAHORRAR viene afrontando importantes dificultades de liquidez, que han dado lugar a que se acceda a los cupos de crédito ordinario y especial que administra el Banco de la República, como herramienta para conjurar dicho estado transitorio de iliquidez, sin que GRANAHORRAR con estas acciones y con los esfuerzos que adelantó para obtener recursos en el mercado financiero, haya logrado superar las dificultades que enfrenta. 2) Que el representante legal GRANAHORRAR se dirigió al FONDO mediante comunicación de 2 de julio de 1998, con el

¹ La Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, puede decidir la toma de posesión de una entidad financiera cuando se reduzca su patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito. (letra g artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero). Esta circunstancia también está prevista como causal de disolución de las sociedades anónimas, según el artículo 457 del Código de Comercio.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

fin de solicitar el apoyo de esta entidad para enfrentar la situación descrita, velar por los intereses de sus ahorradores y depositantes, y evitar un deterioro general de la entidad que ponga en peligro la estabilidad de la misma y la del sector 3) Que GRANAHORRAR requiere acceso a recursos de crédito interbancario y a sobregiros en cuenta corriente, acceso que se facilitaría al contar con una garantía de cumplimiento de pago que resulte admisible para los proveedores de crédito 4)[...] 5) Que de conformidad con lo previsto en el literal h) del numeral 1 del artículo 320 del referido estatuto, el FONDO está facultado para otorgar avales a las instituciones financieras inscritas [...]"

En atención a lo anterior, se convinieron las siguientes estipulaciones:

“PRIMERA. OBJETO: El FONDO se obliga a otorgar un cupo de aval rotatorio hasta por TRESCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS (300.000.000.000MCTE), que garantice el cumplimiento de obligaciones por concepto de capital e intereses que GRANAHORRAR adquiriera a partir de la fecha de firma del presente documento, en virtud de la celebración de operaciones de crédito a corto plazo con el mercado interbancario y/o de sobregiros en cuenta corriente y, de otra parte, GRANAHORRAR se obliga a transferir, mediante el endoso en propiedad a favor del FONDO, pagarés en las condiciones que adelante se señalan. **PARÁGRAFO.** Las obligaciones que avale el FONDO serán aquellas respecto de las cuales GRANAHORRAR formule al FONDO la solicitud de aval, siempre y cuando se trate de obligaciones derivadas de operaciones a corto plazo con el mercado interbancario y/o sobregiros en cuenta corriente. **SEGUNDA. ALCANCE DEL OBJETO.** Los pagarés que GRANAHORRAR transfiera al FONDO serán tantos cuantos sean necesarios para que la sumatoria de los saldos insolutos de capital de todos ellos, en ningún caso sea inferior al ciento treinta y cuatro por ciento (134%) del cupo de aval que vaya a utilizar, en el entendido de que mientras GRANAHORRAR no entregue la totalidad de los pagarés necesarios para acceder al cupo total del aval aprobado por el FONDO, GRANAHORRAR sólo podrá solicitar que el FONDO expida su aval de obligaciones derivadas de operaciones de crédito a corto plazo con el mercado interbancario y/o de sobregiros en cuenta corriente, cuyo monto no supere el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la sumatoria de los saldos de capital de los pagarés efectivamente entregados a la fiduciaria. Tales pagarés deberán haber sido clasificados por GRANAHORRAR en la categoría “A” como resultado del proceso de evaluación que haya adelantado sobre los mismos, de conformidad con las disposiciones que sobre evaluación y clasificación de cartera haya impartido o imparta la Superintendencia Bancaria. **PARÁGRAFO.** En todo caso, el FONDO se reserva la facultad de solicitar en cualquier momento la sustitución de los pagarés que, a pesar de estar calificados en “A”, no ofrezcan a su juicio las seguridades requeridas. **TERCERA. TRANSFERENCIA DE LOS PAGARÉS:** GRANAHORRAR se obliga a transferirle al FONDO los pagarés indicados en la cláusula segunda del presente convenio, mediante endoso en propiedad y con responsabilidad, su entrega material y la elaboración de una relación detallada en la cual conste por lo menos la siguiente información: 1) La identificación del pagaré 2) El nombre y la identificación del deudor 3) El valor y el saldo de capital de la obligación a la fecha de entrega de los

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

pagarés 4) La fecha de vencimiento 5) La forma de amortización 6) Las garantías que respalden las obligaciones derivadas de tales pagarés. Dicha relación y las que produzcan durante la ejecución del presente convenio constituyen anexo que forma parte integral del mismo **PARÁGRAFO:** GRANAHORRAR entregará materialmente los pagarés que cumplan con las condiciones de cantidad y de calidad indicadas en la cláusula segunda del presente convenio, a la sociedad fiduciaria que se designe. [...] **OCTAVA. COMISIÓN:** GRANAHORRAR se obliga a pagar al FONDO por concepto de la utilización del aval que por este documento se conviene, la suma que resulte de aplicar al monto del aval efectivamente utilizado diariamente, una comisión equivalente al tres por ciento (3%) anual, durante el término de la vigencia del aval. **NOVENA. FORMA DE PAGO:** La comisión determinada de conformidad con lo establecido en la cláusula precedente, la pagará GRANAHORRAR al FONDO al vencimiento de la vigencia del aval que mediante este documento se conviene, o en la fecha en que GRANAHORRAR al vencimiento de la vigencia del aval que mediante este documento se conviene, o en la fecha en que GRANAHORRAR informe al FONDO por escrito, su decisión de suspender definitivamente la utilización del cupo. **DECIMA. DEVOLUCIÓN DE LOS PAGARÉS ENTREGADOS.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de expiración del término de vigencia del aval que mediante este documento se conviene, o a la fecha de presentación de la comunicación mediante la cual GRANAHORRAR informe al FONDO su decisión de suspender definitivamente la utilización del cupo, el FONDO se obliga a transferir los pagarés entregados mediante su endoso en propiedad y sin responsabilidad y su entrega material. **UNDÉCIMA. INCUMPLIMIENTO DE GRANAHORRAR:** En el evento en que GRANAHORRAR incumpla con la obligación de honrar las obligaciones derivadas de la celebración de operaciones a corto plazo en el mercado interbancario y/o de los sobregiros en cuenta corriente, el FONDO, previo requerimiento de pago por parte del acreedor avalado, quedará facultado para disponer plena y totalmente de los pagarés entregados y de sus garantías, en la calidad que corresponda al ciento treinta y cuatro por ciento (134%) de la(s) obligación(es) incumplida(s). **DUODÉCIMA. ABONOS DE CAPITAL E INTERESES DE LOS PAGARÉS:** Sin perjuicio de la obligación contenida en el numeral 12 de la cláusula sexta de este documento, queda entendido que las sumas recibidas por concepto de abonos a capital y/o intereses, sobre la totalidad de los pagarés transferidos al FONDO, pertenecen a GRANAHORRAR hasta el momento en que se configure el incumplimiento que trata la cláusula undécima anterior. **DÉCIMO TERCERA.** Sin perjuicio de lo dispuesto en las estipulaciones contenidas en el presente convenio, el FONDO se reserva adicionalmente, la facultad de exigir a los accionistas de GRANAHORRAR la pignoración de sus acciones en dicha entidad, como garantía del aval que mediante este documento se conviene. Si el FONDO opta por hacer uso de la facultad aquí convenida informará a los accionistas de tal decisión, por conducto del Presidente de GRANAHORRAR, con el fin de que aquellos procedan a suscribir los documentos necesarios para llevar a cabo tal operación. Queda entendido que la renuencia de los accionistas de GRANAHORRAR a cumplir con los requerimientos que el FONDO haga, para los efectos previstos en esta cláusula, podrá dar lugar a la terminación unilateral del aval convenido. **PARÁGRAFO.** El presidente de GRANAHORRAR asume el compromiso irrevocable de disponer toda las medidas que sean necesaria para que los accionistas de GRANAHORRAR

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

adelanten las gestiones tendientes a liberar y a mantener sus acciones libres de gravámenes y/o de cualquier forma de limitación del dominio, a efectos de que el FONDO pueda ejercer la opción de que trata la presente cláusula [...]” (folio 179 c.ppal)

En síntesis, el convenio era que el FONDO le otorgaba a Granahorrar un cupo de aval rotatorio hasta por \$300.000 millones para garantizar el cumplimiento de obligaciones por concepto de capital e intereses que GRANAHORRAR adquiriera en operaciones de crédito a corto plazo con el mercado interbancario y/o de sobregiros en cuenta corriente.

Por su parte GRANAHORRAR debía transferir mediante el endoso en propiedad a favor del FONDO, pagarés clasificados en categoría “A” en un número necesario para que la sumatoria de los saldos insolutos de capital de todos ellos, en ningún caso fuera inferior al 134% del cupo de aval que fuera a utilizar. La entrega material de los pagarés se harían a la sociedad fiduciaria que se designara. Al vencimiento de la vigencia del aval o a la fecha en que se comunicara por escrito la decisión de Granahorrar de no utilizar el cupo de aval, el FONDO se obligaba a transferir los pagarés entregados mediante su endoso en propiedad y sin responsabilidad y su entrega material. En caso de incumplimiento de la obligación de GRANAHORRAR de honrar las obligaciones derivadas de la celebración de operaciones a corto plazo en el mercado interbancario y/o de los sobregiros en cuenta corriente, el FONDO podría disponer plena y totalmente de los pagarés entregados y de sus garantías, en la calidad que corresponda al 134% de las obligaciones incumplida.

Granahorrar debía pagar al FONDO por concepto de la utilización del aval, una comisión del 3% anual, durante el término de la vigencia del aval pagadera a su vencimiento o en la fecha en que GRANAHORRAR informara al FONDO por escrito, su decisión de suspender definitivamente la utilización del cupo.

Adicionalmente, el FONDO podía exigir a los accionistas de GRANAHORRAR la pignoración de sus acciones en dicha entidad, como garantía del aval convenido, por lo tanto, de presentarse esta opción, los accionistas debían liberar y mantener sus acciones libres de gravámenes y/o de cualquier forma de limitación del dominio.

El 30 de julio de 1998, FOGAFIN le comunicó a GRANAHORRAR, como condición de la utilización del cupo aval, la necesidad de firmar un encargo fiduciario para poner en venta las acciones del paquete mayoritario al que pertenecen las sociedades demandantes. Así, se suscribió el otosí No. 1 al convenio en el que se dispuso que el cupo aval de \$300.000 millones podía utilizarlo la Corporación o como aval para garantizar obligaciones de créditos interbancarios o sobregiros de cuenta corriente, o mediante operaciones de venta de cartera con pacto de recompra por el monto de \$70.000 millones.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

El cupo rotatorio fue ampliado a \$320.000 millones, mediante el otrosí No. 11 de 24 de septiembre de 1998, que se podía utilizar como cupo de aval para operaciones de créditos interbancarios o mediante operaciones de venta de cartera con pacto de recompra hasta por el monto de \$310.000 millones.

En este otrosí se adicionó la Cláusula Vigésimo Tercera para estipular que en el evento de configurarse una cesación de pagos por parte de Granahorrar se entendería extinguida la obligación de recompra de la cartera transferida por Granahorrar al Fondo, de forma tal que la operación de venta quedaría en firme y el Fondo podría disponer plena y totalmente de los pagarés con sus respectivas garantías (folio 200 del c.ppal).

Ante la imposibilidad de vender el paquete accionario y aceptado por los acreedores financieros de los demandantes recibir las acciones de Granahorrar en dación en pago, se aprobó por la Junta Directiva de Fogafín conceder un nuevo plazo y aumentar el cupo. Así, se firmó el otrosí 12 al convenio aumentando el cupo a \$345.000 millones, de los cuales \$335.000 serían para operaciones de venta de cartera con pacto de recompra, con un plazo hasta el 1 de octubre de 1998 (folio 202).

En la misma reunión de la Junta Directiva de 30 de septiembre de 1998 (Acta 224) se acordó que si los acreedores aceptaban la dación en pago como abono a sus acreencias, el Fondo otorgaría una operación de apoyo que se instrumentaría una vez formalizada la dación y que en el entretanto se prorrogaría por un breve lapso la vigencia del convenio y se aumentaría el cupo rotatorio aprobado hasta \$400.000 millones.

En consecuencia, se firmó el Otrosí 13 al convenio, el 1 de octubre de 1998, con las siguientes modificaciones: se aumentó el cupo hasta por \$400.000 millones que podía utilizar como cupo de aval o mediante operaciones de venta de cartera con pacto de recompra; y, se prorrogó el convenio hasta el 5 de octubre de 1998 (lunes).

El 2 de junio de 1998 por solicitud de GRANAHORRAR, el Banco de la República autorizó un apoyo de liquidez ordinario de acuerdo con la Circular Externa 25 de 1995 de la Junta Directiva del Banco, por \$144.674.000.000 con un plazo de 30 días calendarios, a una tasa DTF adicionada en 7 puntos porcentuales, bajo la modalidad de redescuento de cartera e inversiones (folio 125, Cuaderno principal).

El 18 de junio de 1998 y por solicitud de Granahorrar, el Banco autorizó el ingreso a los recursos del Apoyo de Liquidez Especial en cuantía de \$270.000 millones, es decir, \$125.326 millones adicionales a los autorizados por apoyo ordinario. Se otorgó un plazo de 180 días calendario contados a partir del 2 de junio de 1998, con la misma tasa y bajo la modalidad de redescuento de cartera.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Luego de varias modificaciones, se amplió el valor solicitado a \$300.000.000.000 a cambio de los cuales, GRANAHORRAR entregó al Banco de la República, mediante descuento, títulos de contenido crediticio, con las correspondientes garantías hipotecarias por la suma de \$411.750.255.867.31.

Finalmente, el 1 de octubre de 1998 el Banco de la República acordó modificar la amortización de los créditos en dos contados, uno de \$90.000 millones el 2 de noviembre y el saldo de \$210.000 el 2 de diciembre de 1998.

Ahora bien, la relación de solvencia según el artículo 2 del Decreto 673 de 1994, vigente para la fecha², era:

ART. 2º—Relación de solvencia de los establecimientos de crédito.

Establécese, como relación de solvencia, un nivel mínimo de patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito equivalente al nueve por ciento (9%) del total de sus activos, en moneda nacional y extranjera, ponderados por nivel de riesgo. Por lo tanto, el patrimonio técnico de los establecimientos de crédito, definido en los términos de este decreto, no podrá ser inferior al nivel adecuado de patrimonio aquí señalado”.

Como antecedentes próximos a la orden de capitalización, el 2 de octubre de 1998 la Superintendencia Bancaria comunicó a FOGAFÍN (7:47 p.m.) y al Banco de la República (7:50 p.m.) que GRANAHORRAR había incurrido en cesación de pagos, pues se habían devuelto cheques por parte de Banco del Estado y se encontraba en posición negativa de tesorería (folios 207- 210).

A las 9:00 p.m., FOGAFÍN respondió a la Superintendencia Bancaria y adjuntó una certificación del subdirector financiero en la que hace constar que en virtud de la cesación de pagos y de acuerdo con las cláusulas vigésimo tercera y undécima del convenio celebrado entre FOGAFÍN y GRANAHORRAR, se declaraba extinguida la obligación de recompra, en firme la operación de venta y en consecuencia FOGAFÍN dispondría plena y totalmente de los pagarés y sus respectivas garantías por \$499.820.000.000 (folio 212).

A las 10:17 p.m. de ese viernes 2 de octubre de 1998, la Superintendencia le informó al Banco de la República que Granahorrar debía registrar una pérdida de \$128.726.040.000 como consecuencia de que Fogafín hizo efectiva la cláusula Vigésimo Tercera del convenio y extinguió la obligación de recompra de cartera. Que esta pérdida la colocaba en situación de

² Actualmente se encuentra regulado en el artículo 2 del Decreto 1720 de 2001, que derogó el Decreto 673 de 1994.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.
insolvencia toda vez que la relación correspondiente se reducía muy por debajo del 9% (Folio 214).

A las 12 de la noche, el Banco de la República comunicó a Granahorrar que declaraba de plazo vencido el apoyo transitorio de liquidez y por ello enajenaría los títulos descontados o redescontados, o cobraría los exigibles, por razón de la cesación de pagos y la imposibilidad de cancelar los intereses adeudados, como consecuencia de la extinción de la obligación de recompra de la cartera transferida a FOGAFÍN que reportaba en Granahorrar una pérdida de \$128.726.040.000 (Folio 215).

A las 11:50 p.m. de ese 2 de octubre de 1998, la Superintendencia expidió la comunicación con Radicación 1998050714-1 mediante la cual ordenó la mencionada capitalización, que como se relató, debía verificarse antes de las 15:00 horas del sábado 3 de octubre de 1998, porque la entidad incurrió en pérdidas aproximadas de \$228.726 millones lo cual afectó la relación de solvencia.

Lo hasta aquí narrado evidencia para la Sala que la supuesta insolvencia en que incurrió Granahorrar y que dio lugar a la orden de capitalización, se generó como consecuencia de las pérdidas aproximadas de \$228.726 millones que calculó la Superintendencia sobre los hechos acontecidos por motivo de la cesación de pagos en que ese mismo día había incurrido la Corporación.

En primer término, el cálculo de las pérdidas por parte de la Superintendencia Bancaria en la suma mencionada no aparece explicado en la orden de capitalización, ni en ningún documento adicional previo a dicha orden, por tal razón, el quebranto patrimonial a que alude el acto administrativo, no tiene un sustento fáctico ni probatorio pertinente.

Por el contrario, los documentos que obran en el expediente permiten considerar que la situación de Granahorrar para ese día, 2 de octubre de 1998, no era de insolvencia, sino de iliquidez, conceptos que se diferencian en cuanto a su naturaleza y efectos.

La iliquidez es la falta de disposición de recursos necesarios para cumplir con sus obligaciones o asegurar las actividades económicas normales de una empresa, mientras que la insolvencia es una situación patrimonial de la entidad que sitúa unos niveles de patrimonio inferiores al capital.

La situación de Granahorrar no era de insolvencia, porque para que el Banco de la República autorizara los apoyos transitorios de liquidez tanto ordinarios como especiales, se requería indefectiblemente que la entidad no fuera insolvente.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

En efecto, el artículo 1 de la Circular Externa 25 de 1995 que regulaba para la época de los hechos los apoyos transitorios de liquidez del Banco de la República³, preveía expresamente que *“En ningún caso los apoyos de liquidez podrán otorgarse a entidades insolventes o tener por finalidad o efecto resolver un problema de insolvencia”*. Para efectos de esos apoyos de liquidez, se consideró como establecimiento de crédito insolvente, aquél que *“al cortar sus estados financieros registra un patrimonio neto inferior al 50% del capital pagado”* (Parágrafo artículo 1 ibídem).

Lo anterior, porque al 1 de octubre de 1998 seguía vigente el apoyo transitorio de liquidez del Banco de la República y en esa fecha se había modificado la amortización de los créditos en dos contados, uno de \$90.000 millones el 2 de noviembre y el saldo de \$210.000 el 2 de diciembre de 1998. En consecuencia, mientras mantuviera la Corporación una situación de solvencia, permanecería el apoyo de liquidez.

En la reunión de la Junta Directiva de Fogafín de 23 de septiembre de 1998, días antes de la orden de capitalización, se dejó plasmada, según Acta 223, la situación patrimonial de Granahorrar, cuyos principales apartes se transcriben:

“Acta N° 223
Sesión de 23 de septiembre de 1998

(...)

4. ASUNTO GRANAHORRAR

Anexo 1 SITUACIÓN ACTUAL

El balance correspondiente a 31 de agosto se resume de la siguiente forma:

Las captaciones en depósitos se ubicaron en \$1.416.237 millones, con 20.96% en lo corrido del año.

La cartera de créditos se sitúa en \$2.2134.721 millones, con un crecimiento del 13.85% durante los primeros 8 meses, principalmente como consecuencia de la corrección monetaria.

El valor del patrimonio es de \$218.465 millones con un aumento del 14.02% en el mismo período.

El Estado de Pérdidas y Ganancias muestra utilidades por \$7.082 millones con un descenso del 65.90% con relación al mismo período del año anterior, producto de una disminución del margen financiero debido al gran incremento del costo de la mezcla de recursos.

³ En la actualidad la Resolución 6 de 2001 de la Junta Directiva del Banco de la República, regula los apoyos de liquidez y en similares términos señala que no pueden otorgarse a establecimientos de crédito insolventes.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

El índice de solvencia actual se ubica en 10.67%

De acuerdo con el flujo de fondos proyectado para lo que queda del presente año, se plantea un escenario basado principalmente en los siguientes presupuestos:

Venta definitiva de cartera por \$25.000 millones en octubre.

Titularización de cartera por \$400.000 millones en octubre y \$221.000 millones en noviembre.

Descensos en el nivel captaciones a razón de \$23.000 millones mensuales de octubre a diciembre.

Cancelaciones de las obligaciones con el Fondo y el banco de la República de la siguiente forma:

ENTIDAD	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
FOGAFIN	\$300.000		
BANCO DE LA REPUBLICA	\$45.000	\$45.000	\$210.000

Bajo estos supuestos el Estado de Pérdidas y Ganancias Proyectado presenta utilidades de \$3.230 millones a diciembre del presente año.

El índice de solvencia presenta tasas cercanas al 12% para los tres meses proyectados.

En el Flujo de Caja se observa que las disminuciones en los depósitos que no son cubiertas con las recuperaciones de cartera, se fondean a través de créditos interbancarios y operaciones a la vista. Del mismo modo, la cancelación de las obligaciones para con el Fondo y el Banco de la República, están supeditadas a la colocación de la titularización que de no lograrse arrojaría un flujo de caja negativo para todos los meses de la proyección.

Del análisis practicado al GAP con corte al 31 de agosto de 1988, se advierte la presencia de una brecha de liquidez negativa en todos los plazos de maduración, al punto que el desbalance acumulado al cabo de un año llega a \$1.108.823 millones.

SITUACIÓN ACCIONARIA

De acuerdo con la información presentada sobre composición accionaria y sus respectivas pignoraciones a septiembre 22 del presente año (ver anexo), se advierte que 56% de las acciones en circulación la corporación se encuentra pignorado a favor de 18 entidades del Sector Financiero, dentro de las cuales se detallan las doce con mayor participación. Esta circunstancia plantea la posibilidad de que las entidades financieras acreedoras acepten las acciones como pago de las obligaciones contraídas por los accionistas de la Corporación.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

El patrimonio de Granahorrar a agosto 31 de 1998 es de \$218.467 millones y las acciones en circulación corresponden a un total de \$36.427.121.681, lo que arroja un valor intrínseco de \$5.99 por acción. Las acciones pignoradas a valor intrínseco totalizan \$122.527 millones. Es de anotar que los \$106.732 millones correspondientes a las acciones pignoradas del Grupo Carrizosa computadas a valor intrínseco avalan obligaciones del Sector Financiero por \$140.000 millones de acuerdo con información suministrada por Granahorrar” (folio 164 c.ppal). (Negrillas fuera de texto)

En diciembre de 1998, el Presidente de Granahorrar presenta un informe de presidencia sobre la situación general y la evolución de la entidad, en el cual efectúa un resumen estadístico de las cifras del activo, pasivo, patrimonio, utilidades, captaciones, cartera, etc., de los meses de julio a octubre de 1998, en los que consta que para finales de septiembre el patrimonio de la entidad era de \$214.804 millones y para finales de octubre era de \$130.088 millones (folios 41 y siguientes del cuaderno anexo de papeles de trabajo).

Estas cifras coinciden con las certificaciones allegadas por Fogafín del Revisor Fiscal del hoy Banco Granahorrar, en las que consta que el patrimonio de Granahorrar era el siguiente:

El 30 de septiembre de 1998, presentaba un patrimonio de \$214.803.564.784,63 (folio 601 c.ppal)

El 2 de octubre de 1998, el patrimonio ascendía a \$212.927.151.867,67 (folio 603 c.ppal)

El 3 de octubre de 1998, el patrimonio era de \$216.993.042.849,88 (folio 604 c.ppal)

Estas cifras permiten considerar a la Sala que para el 2 de octubre de 1998 la situación de Granahorrar no era de quebranto patrimonial, como lo señaló la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, como sustento de la orden de capitalización, la cual, como se vio, no tuvo motivación alguna en relación con el cálculo que arrojaron las pérdidas que supuestamente la insolventaron.

Es importante advertir que la Superintendencia Bancaria tomó la decisión de ordenar la capitalización de Granahorrar a las 11:50 p.m. del viernes 2 de octubre, antes de que el Banco de la República notificara a Granahorrar que daba por terminado el apoyo transitorio de liquidez, con las consecuencias que señalaba la Circular Externa 25 de 1995; sin embargo, la Superintendencia, tomó como un hecho cierto el retiro del apoyo de liquidez del Banco emisor para efectos de “calcular” las pérdidas de Granahorrar como consecuencia de la disposición de aquél de los títulos dados en descuento en los términos del apoyo.

Lo anterior conduciría a estimar que la Superintendencia Bancaria no debió tener en cuenta el retiro del apoyo de liquidez del Banco de la República para calcular las pérdidas, situación que eventualmente arrojaría otro resultado sobre la situación patrimonial de Granahorrar y

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.
desvirtuaría la necesidad de su capitalización. Sin embargo, ello no es posible determinarlo, pues, la falta de motivación de la orden de capitalización que se ha señalado, no permite establecer la incidencia de tal hecho, en el cálculo de las pérdidas.

Por lo demás, la cesación de pagos en que incurrió Granahorrar y que diera lugar a la terminación del convenio con Fogafín, fue generada por el mismo Fondo al no entregar el apoyo adicional autorizado por la Junta Directiva, como consta en la reunión del 3 de octubre, en cuya acta 225 se lee:

“El Director informó que el Fondo tuvo conocimiento de que las gestiones que estaban adelantando el denominado grupo Carrizosa y sus acreedores financieros garantizados con acciones de Granahorrar para suscribir un acuerdo de dación en pago, no fueron finalmente exitosas, por lo cual, el apoyo adicional autorizado por la Junta Directiva en beneficio de la Corporación no fue finalmente entregado, ya que el mismo se encontraba supeditado a la negociación indicada” (folio 169 c.ppal)

En efecto, Fogafín no hizo entrega del último apoyo adicional autorizado y convenido según el Otrosí 13 de 1 de octubre de 1998, porque no se había dado la dación en pago; sin embargo, ello no fue lo que se acordó, pues según consta en dicho Otrosí⁴, mientras se formalizaba la dación en pago, se

⁴ Otrosí 13 [...] consideraciones: 1) Que los Bancos de Colombia, Cafetero, Santander, Ganadero, Popular, Superior, Interbanco, del Estado, la Corporación Financiera del Valle y las compañías de Financiamiento Comercial Comercia y Findesarrollo, decidieron aceptar la oferta otorgada por el señor Julio Carrizosa, en representación del Grupo IC mediante comunicación del 30 de septiembre de 1998 para la adquisición de las acciones de Granahorrar a título de dación en pago, como abono a las acreencias con ellas contraídas, 2) Que los presidentes de las entidades financieras enunciadas en el considerando primero informaron al FONDO la decisión de aceptación de las acciones de Granahorrar y solicitaron al FONDO que se evaluara la posibilidad de que GRANAHORRAR cuente con un apoyo de mayor permanencia que aquel con el que ha venido contando hasta la fecha, con el propósito de lograr la recuperación de la entidad y de garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por GRANAHORRAR 3) que la Junta Directiva del FONDO adoptó la decisión de atender de forma favorable la solicitud de las entidades financieras en mención, mediante la aprobación de una operación de apoyo que se instrumentará una vez se haya formalizado la adquisición de las acciones de GRANAHORRAR por parte de las entidades señaladas en el considerando primero de este documento 5) Que entretanto, la Junta Directiva del FONDO decidió autorizar la prórroga de la vigencia del CONVENIO e incrementar la cuantía del cupo otorgado a GRANAHORRAR mediante la operación de apoyo instrumentada en el mismo convenio. De conformidad con lo expuesto, las partes acuerdan celebrar el presente otrosí al CONVENIO, el cual se regirá por los siguientes términos. PRIMERO: Modificar la cláusula primera del CONVENIO, la cual quedará así: PRIMERA. OBJETO: EL FONDO se obliga a otorgar un cupo rotatorio hasta por CUATROCIENTOS MIL MILLONES DE PESOS MCTE. (\$400.000.000.000) cupo que GRANAHORRAR podrá utilizar a través de los siguientes mecanismos: 1) Como aval para que el FONDO garantice el cumplimiento de obligaciones por concepto de capital e intereses que GRANAHORRAR adquiera a partir de la fecha de firma del presente documento, en virtud de la celebración de operaciones de crédito a corto plazo con el mercado interbancario y/o de sobregiros en cuenta corriente PARÁGRAFO. Las obligaciones que avale el FONDO serán aquellas respecto de las cuales GRANAHORRAR formule el

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

incrementaba la cuantía del apoyo a \$400.000 millones y se prorrogaba el convenio hasta el 5 de octubre de 1998, razón por la cual, el desembolso no dependía de la formalización de la dación en pago, pues, para ello se había pactado un plazo hasta el 5 de octubre siguiente.

De manera que Fogafín incumplió su propio convenio con Granahorrar al no entregar el apoyo e hizo efectivas las cláusulas de incumplimiento por parte de la Corporación (incumplimiento por cesación de pagos generado por el mismo Fondo) y exigió el pago de la obligación antes de expirar el plazo convenido, sin causa legal ni convencional, pues, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1553 del Código Civil, una de las causales en las que se puede exigir el pago de la obligación antes del plazo, es cuando el deudor se halla en notoria insolvencia, situación que como se analizó, no se presentaba.

En el anterior orden de ideas, las pérdidas establecidas por la Superintendencia fueron consecuencia del incumplimiento de Fogafín del convenio suscrito con Granahorrar y por esta razón, la supuesta insolvencia de la Corporación, fue generada por ese incumplimiento de Fogafín.

Ahora bien, las cifras certificadas sobre el patrimonio de Granahorrar que se señalaron desvirtúan también la información rendida, en breve tiempo (hora y media aproximadamente), por la Superintendencia Financiera a la Junta Directiva de Fogafín, el 3 de octubre de 1998, sobre la situación de Granahorrar con el fin de aplicar la reducción simplemente nominal de las acciones de que trata el artículo 2 del Decreto 32 de 1986 en que informó que para ese día el patrimonio de la Corporación registró saldo negativo por valor de \$7.703 aproximadamente, acreditando una relación de solvencia del cero por ciento (0%) producto de las pérdidas incurridas por las circunstancias reseñadas.

FONDO la solicitud de aval, siempre y cuando se trate de obligaciones derivadas de operaciones a corto plazo con el mercado interbancario y/o sobregiros en cuenta corriente, y/o 2) Mediante operaciones de venta de cartera con pacto de recompra con el FONDO. En cualquier caso, GRANAHORRAR se obliga a transferir, mediante el endoso en propiedad con responsabilidad a favor del FONDO, pagarés en las condiciones que en la cláusula siguiente se señalan. **SEGUNDO:** Modificar la cláusula decimosexta del CONVENIO, la cual quedará así: DECIMOSEXTA. VIGENCIA DEL CONVENIO: El presente convenio estará vigente hasta el 5 de octubre de 1998. En todo caso, el FONDO se reserva la facultad de darlo por terminado anticipadamente y de manera unilateral, en el evento en que GRANAHORRAR incumpla alguna de las obligaciones previstas en el CONVENIO. **TERCERO:** Modificar la cláusula decimooctava del CONVENIO, la cual quedará así: DECIMOCTAVA. RECOMPRA GRANAHORRAR se obliga a adquirir la cartera que haya transferido al FONDO en desarrollo de operaciones de compra de cartera con pacto de retroventa y el FONDO a transferirla nuevamente a GRANAHORRAR, a más tardar el día 5 de octubre de 1998, fecha de expiración del término de vigencia del CONVENIO. No obstante lo anterior, GRANAHORRAR podrá adquirir de forma anticipada total o parcialmente la cartera vendida [...]"

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

En efecto, el sábado 3 de octubre de 1998, teniendo en cuenta que para las 3 de la tarde, Granahorrar no había realizado la capitalización, Fogafín solicitó a la Superintendencia Bancaria el informe previsto en el Decreto 32[2] de 1986 para determinar el estado de pérdidas y la situación financiera de la Corporación (folio 216). A las 5:44 de la tarde la Superintendencia radicó en FOGAFÍN el informe, con las siguientes afirmaciones que interesan al proceso:

“Una vez aplicadas tanto por parte de FOGAFIN la cláusula vigésimo tercera (23) del convenio suscrito entre éste y la corporación, por virtud de la cual la venta de cartera queda en firma y el Fondo puede disponer de la misma, como por parte del Banco de la República la Resolución 25 de 1995, según la cual se hace exigible la inmediata devolución de los recursos cuando se presentan problemas de liquidez y de insolvencia y “Ante la ausencia de fondos suficientes en la cuenta de depósitos que mantiene la Corporación, el Banco procederá a enajenar los títulos descontados o redescontados, o cobrarlos son actualmente exigibles, conforme lo autoriza el artículo 30 de la resolución mencionada”, el patrimonio de la Corporación registra saldo negativo por valor de \$7.703 aproximadamente, acreditando una relación de solvencia del cero por ciento (0%) producto de las pérdidas incurridas por las circunstancias reseñadas” (folios 217-224).

A las 6:15 p.m. del 3 de octubre de 1998 sesionó la Junta Directiva del Fondo y de acuerdo con el anterior informe de la Superintendencia expidió la Resolución 002 que ordenó la reducción nominal del capital social de GRANAHORRAR al valor nominal individual de cada acción, de un centavo (folio 172).

La decisión quedó plasmada en el Acta 225 así:

“3. ASUNTO GRANAHORRAR [...]

Al cabo de la hora indicada, el Presidente de Granahorrar comunicó al despacho de la Superintendente Bancario que la Corporación no recibió de los accionistas de la Corporación manifestación o pago alguno respecto de la orden de capitalización impartida.

Tal circunstancia dio lugar a que la Dirección del Fondo solicitara de la Superintendencia Bancaria el informe referido en el numeral 4 del artículo 320 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero cuya reglamentación se encuentra contenida en el Decreto 32 de 1986 [...]

Culminada la lectura del informe, **la Superintendente Bancario destacó que lo perentorio del plazo para realizar la capitalización obedeció a la precaria situación de liquidez de la Corporación** y que, en tales circunstancias, el interés de los ahorradores y depositantes prevalece sobre el interés de los accionistas. Manifestó que si la capacidad de la Corporación para devolver los depósitos no se encuentra restablecida para el lunes próximo, los retiros masivos incrementarán su situación de

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

insolvencia lo cual inevitablemente conducirá a la entidad al colapso, propiciando una crisis sistemática y un eventual pánico económico.

Manifestó, además que las entidades financieras deben garantizar en todo momento que están en condiciones de devolver los depósitos que les han entregado y que los accionistas de las mismas deben estar en capacidad de proporcionales los recursos necesarios para que atiendan los retiros y para mantener la solvencia de las entidades. En el caso de Granahorrar esto no ha ocurrido ya que sus accionistas nunca manifestaron su intención de capitalizarla.

A renglón seguido, tanto el señor Viceministro de Hacienda como la Superintendente Bancario manifestaron la conveniencia de que la Junta Directiva del Fondo adopte la decisión de ordenar la reducción del capital de la Corporación a valores simplemente nominales y, a renglón seguido, autorice al Fondo para capitalizar a Granahorrar en la cantidad ordenada por Superintendencia Bancaria [...]

Adicionalmente, la Junta decidió que una vez notificada la resolución expedida al representante legal de la Corporación y certificada por ésta la disminución del valor nominal de cada acción a un centavo (\$0.01), el Fondo procede a cumplir con la orden de capitalización impartida por la Superintendencia bancaria por la cantidad de \$157.000 millones.

Las anteriores acciones conducirán a que Granahorrar adquiera el carácter de entidad oficial, dada la participación que el Fondo tendrá en el capital de la Corporación” (Resalta la Sala).

Las consideraciones de la Resolución 002 de 3 de octubre de 1998, consistieron en síntesis en:

“[...]”

NOVENO: Que de acuerdo con el informe presentado por la Superintendencia Bancaria mediante comunicación del 3 de octubre de 1998 sobre la situación patrimonial real de la Corporación Grancolombiana de Ahorro y Vivienda **Granahorrar**, dicha entidad **ha perdido más del cien por ciento (100%) de su capital.**

DÉCIMO: Que el artículo 3 del Decreto 32 de 1986 dispone que si del informe de la Superintendencia Bancaria resulta que la institución financiera respectiva ha perdido el cien por ciento o más de su capital, la reducción del valor nominal del mismo se hará de manera que tenga como valor nominal cada acción la suma de un centavo.

DÉCIMO PRIMERO: Que en virtud de lo dispuesto por el numeral cuarto del artículo 320 del Decreto 663 de 1993 y por los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 32 de 1986, la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras puede ordenar la reducción simplemente nominal del capital social de una institución inscrita, previo informe de la Superintendencia Bancaria [...].”

De acuerdo con lo anterior, la motivación de Fogafín se centra en que en virtud de las pérdidas generadas como consecuencia de haber dado por terminados los apoyos de liquidez del Banco de la República y el convenio con Fogafín, Granahorrar perdió más del 100% de su capital,

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

situación que no mejoró por no haberse cumplido la orden de capitalización y por tal razón daba lugar a ordenarse la reducción del valor nominal del capital, según lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 32 de 1986.

Pues bien, el Decreto 32 de 8 de enero de 1986 reglamentó la Ley 117 de 1985 que creó el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras y dispuso:

Artículo 1° La reducción simplemente nominal del capital social de una institución financiera inscrita en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, que puede ordenar la Junta Directiva de dicho Fondo, deberá mostrar la situación patrimonial real de la entidad respectiva de acuerdo con el informe que presente la Superintendencia Bancaria.

Artículo 2° Para que la Junta Directiva del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras pueda ordenar la reducción simplemente nominal del capital social de una institución financiera inscrita, deberá solicitarse a la Superintendencia Bancaria un informe de la entidad respectiva que contenga, entre otros datos, los siguientes:

- a) Capital autorizado;
- b) Capital suscrito;
- c) Capital pagado, número de acciones y su valor nominal;
- d) Reserva legal, reservas eventuales y las demás reservas;
Valor de los bonos efectivamente suscritos y convertibles en acciones;
- e) Valorizaciones;
- f) Ajuste de cambios;
- g) Utilidades o pérdidas conocidas;
- h) Provisiones ordenadas por la Superintendencia Bancaria;
- i) Órdenes de capitalización vigentes y su cumplimiento;
- j) Cálculo de los activos improductivos.

Artículo 3° Una vez conocidas las pérdidas de capital y la situación financiera de la entidad por la Junta Directiva del Fondo, de acuerdo con el informe rendido por la Superintendencia Bancaria, el Fondo podrá ordenar al representante legal de la institución financiera la reducción simplemente nominal del capital social. El representante legal dará inmediato cumplimiento a esta orden.

Si del informe de la Superintendencia Bancaria resultare que la institución financiera respectiva ha perdido el ciento por ciento o más de su capital, la reducción del valor nominal del mismo se hará de manera que tenga como valor nominal para cada acción la suma de un centavo" (Resalta la Sala).

La reducción simplemente nominal del capital social pretende que se muestre la situación patrimonial real de una institución financiera según la información de la Superintendencia; sin embargo, si el informe de la Superintendencia no muestra la situación patrimonial real de la entidad y se establece que las pérdidas de capital no son existentes o ciertas, no hay lugar a la reducción del mismo.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

En el presente caso, el supuesto quebranto patrimonial o situación de insolvencia de la Corporación Granahorrar quedó desvirtuado con las cifras certificadas posteriormente por la misma institución financiera, lo que evidenció, además de la su precaria motivación, que la orden de capitalización fue tomada sin sustento serio y contundente sobre la real situación patrimonial de Granahorrar, al igual que la decisión de la reducción del valor nominal del capital social.

A juicio de la Sala, las precedentes consideraciones muestran que las sucesivas cruzadas cartas entre Fogafín y la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, entre la noche del viernes 2 de octubre y la tarde del sábado 3 de octubre, colocaron a Granahorrar en una supuesta situación de insolvencia, con medidas de salvamento imposibles de cumplir y constituyeron a su vez la causa de que se tomaran una cadena de decisiones de las entidades, apoyadas la una en la otra todo por el incumplimiento de Fogafín de entregar el apoyo adicional ese día 2 de octubre, conforme lo había convenido el 1º de octubre anterior.

Lo anterior, sumado a la falsa motivación del quebranto patrimonial que le atribuyó la Superbancaria con anterioridad a la decisión del Banco de la República, tanto para tomar la orden de capitalización, como para ordenar la reducción de valor nominal del capital social de la Corporación, demuestra la ilegalidad de los actos acusados, razón por la que se anularán, previa revocatoria de la sentencia de primera instancia, que como lo manifestó el recurrente, no resolvió sobre todos los planteamientos de la demanda ni valoró todas las pruebas en que los demandantes sustentaron sus pretensiones.

En relación con el restablecimiento del derecho, solicitan los demandantes que se condene a las demandadas al pago del daño emergente que consiste en la diferencia entre el valor contable de la totalidad de las acciones que cada una de las demandantes poseía en la Corporación que se encontraba registrado en los libros de contabilidad de cada una de ellas en la fecha inmediatamente anterior a la de los actos acusados y el valor contable de las mismas una vez reducido su valor nominal a la suma de un centavo.

En subsidio que se condene a pagar como daño emergente la diferencia entre el valor en bolsa de las acciones que los demandantes poseían en Granahorrar y el valor resultante de la reducción en su valor nominal.

En cualquiera de los eventos solicitaron que se actualicen las sumas resultantes con el IPC entre la fecha de expedición de los actos demandados y la fecha de la sentencia y sobre ellas se liquiden los intereses legales del 6% anual entre la fecha de expedición de los actos acusados y la ejecutoria de la sentencia. Además sobre las mismas se reconozcan los

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -. intereses comerciales y de mora estipulados en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Teniendo en cuenta que, como se advirtió, se declarará la nulidad de los actos acusados, para efectos del restablecimiento del derecho y conforme al artículo 85 del C.C.A. la responsabilidad del daño causado corresponde a las dos entidades demandadas, quienes concurrirán cada una en un 50% del valor que se establezca.

Con el fin de determinar el valor del restablecimiento del derecho se practicó en primera instancia un peritaje.

Al respecto, es importante precisar, que según el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil establece que no es necesaria la intervención de peritos para avaluar bienes muebles cotizados en bolsa, pues, su valor se determinará por la cotización debidamente certificada que hayan tenido en la oportunidad correspondiente.

No significa lo anterior que la prueba esté prohibida, sino que no es necesaria. En el presente caso y conforme al cuestionario desarrollado por los peritos, la prueba practicada no pretendía establecer el valor en bolsa, sino el valor contable de las acciones de propiedad de cada demandante, en los siguientes casos:

1. Valor contable en las fechas objeto de la prueba y períodos intermedios
2. Valor contable en la fecha de expedición de los actos acusados
3. Valor contable, una vez se refleja contablemente el efecto de la orden de reducción del valor nominal de la acción a un centavo y,
4. Cálculo de la diferencia o efecto contable, indicando si se trata de ganancia o de pérdida, que se produjo en cada uno de los demandantes como resultado de la reducción del valor nominal de la acción de Granahorrar a un centavo.

Entre otros puntos, se dictaminó:

El valor contable de las acciones de propiedad de cada demandante a septiembre de 1998 es el siguiente:

Sociedad	No. Acciones	Valor contable por acción Septiembre	Valor de las acciones a septiembre	Valor de la acción Octubre	Valor de las acciones a octubre	Diferencia
Asesorías e Inversiones C.G. LTDA.	6.510.717.773	13.7751	89.685.504.258	0.01	65.107.178	89.620.397.080
Inversiones Lieja	3.716.932.674	13.7823	51.228.013.184	0.01	37.169.326	51.190.843.858

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Exultar S.A.	4.675.996.809	13.8077	64.564.963.930	0.01	46.750.932	64.518.212.998
Interventorías y Construcciones Ltda.	176.689.837	13.7383	2.427.421.327	0.01	1.766.973	2.425.654.333
Fultiplex Ltda.	1.858.902.826	13.7801	25.615.834.620	0.01	18.590.075	25.597.244.545
Compto S.A.	4.464.823.293	13.7782	61.517.228.296	0.01	44.650.748	61.472.577.548

Para establecer el valor contable de la acciones a septiembre de 1998, los peritos informaron que se tomó el costo histórico, más el ajuste por inflación, más la valorización, más las compras, menos las ventas y provisiones de las inversiones. Además señalaron que la contabilidad de las sociedad estaba llevada conforme a las normas de contabilidad previstas en el Decreto 2649 de 1993. A los valores resultantes como diferencia entre los valores contables de las acciones correspondientes al mes de septiembre de 1998 y el valor de la acción a octubre de ese mismo año, se aplicó la fórmula de actualización "aprobada" por el Consejo de Estado de acuerdo con los índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE por el período de octubre de 1998 y mayo de 2002. Sobre los valores actualizados los peritos calcularon los intereses del 6% efectivo anual, por 1330 días, lo cual arrojó las siguientes sumas:

Sociedad	Valor actualizado de acciones	Intereses	Total
Asesorías e Inversiones C.G. LTDA.	120.885.829.030	26.796.358.768	147.682.187.798
Inversiones Lieja	69.049.544.525	15.305.982.370	84.355.526.895
Exultar S.A.	87.026.368.102	19.290.844.929	106.317.213.032
Interventorías y Construcciones Ltda.	3.271.880.560	725.266.858	3.997.147.418
Fultiplex Ltda.	34.527.230.726	7.653.536.144	42.180.766.870
Compto S.A.	82.918.216.629	18.380.204.686	101.298.421.316

El anterior dictamen pericial fue objeto de solicitud de aclaración y complementación, para que señalaran entre otros puntos cómo se había efectuado el cálculo del valor contable de las acciones y en concreto se les preguntó con base en qué disposición las sociedades registraban las acciones en la contabilidad por un valor diferente al valor intrínseco de las mismas (folio 547 c.ppal).

Los peritos respondieron que conforme al artículo 61 del Decreto 2649 de 1993 que establece la forma de actualizar el costo histórico de las acciones, su reexpresión y tratamiento contable, si existe la cotización en bolsa para el valor de las acciones, éste es el que se debe tomar y, no el valor intrínseco y que en el presente caso, la Bolsa de Medellín certificó un valor de \$8.80 que fue el que se tomó para actualizar el costo histórico. Precisarón que la experticia no tuvo por objeto visionar la realidad económica de un hecho, sino determinar si los procedimientos contables se ajustan a la normatividad contable aplicando los procedimientos y recursos necesarios (folios 547 c.ppal).

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

El apoderado de FOGAFÍN objetó por error grave el dictamen pericial y su aclaración y para el efecto presentó dos dictámenes de empresas: INVERLINK, empresa de valoraciones y AUDITAR LTDA., empresa que presta los servicios de Revisoría Fiscal, Auditorías y Consultorías, inscrita en la Junta Central de Contadores. Ellos fueron admitidos como prueba por el Tribunal en el auto de 19 de noviembre de 2002 que decretó las pruebas de la objeción por error grave (folio 628 c.ppal).

El error grave se funda, en síntesis, en que los peritos incurren en una serie de inconsistencias en la realización de la prueba, que lleva a resultados equivocados y no ajustados a las normas que regulan la contabilidad. Además, con los dictámenes mencionados se evidencia que las contabilidades de las sociedades demandantes y accionistas de Granahorrar no se llevaban conforme a la ley, de tal manera que los valores contables determinados por la prueba objetada no pueden tenerse en cuenta.

Auditar Ltda., afirma en su dictamen:

“Al revisar el anexo 1 del dictamen inicial, se observa que el valor de las acciones de Granahorrar que poseían las empresas demandantes oscilaba entre \$13.7383 y \$13.8077 para el mes de septiembre de 1998, mientras que el informe diario accionario del 2 de septiembre del mismo año la Bolsa de Valores de Medellín indicó un precio de cotización de \$8.80, con lo cual es posible afirmar que las compañías no estaban dando cumplimiento a lo prescrito por el artículo 61 del Decreto 2649 de 1993 [...]” (folio 3 cuaderno del dictamen de Auditar)

También hace notar este dictamen, que la prueba objetada tiene otras inconsistencias de tipo aritmético y errores en los valores de las acciones de algunas sociedades tomados para algunos cálculos. Considera además, que se incurre en una equivocada interpretación del artículo 61 del Decreto mencionado lo cual arroja un valor de perjuicios que no corresponderían a los legalmente determinados.

Por su parte Inverlink Ltda., señala que no es correcto determinar el valor de las acciones en los libros de contabilidad de los antiguos accionistas por cuanto dicho valor no tiene en cuenta cómo evolucionó la compañía emisora de las acciones. Por ello, el artículo 61 del Decreto 2649 de 1993 señala que el valor histórico, en todo caso, debe ser ajustado al final del período al valor de la realización, sobre lo cual efectúa otras consideraciones sobre qué se debe entender por valor de la realización, cuando se trata de acciones cotizadas en bolsa.

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que la discusión se centra en la aplicación del artículo 61 del Decreto 2649 de 1993, que regula la contabilidad en Colombia, y que dispone:

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

“ART. 61.—Inversiones. Las inversiones están representadas en títulos valores y demás documentos a cargo de otros entes económicos, conservados con el fin de obtener rentas fijas o variables, de controlar otros entes o de asegurar el mantenimiento de relaciones con éstos.

El valor histórico de las inversiones, el cual incluye los costos ocasionados por su adquisición tales como comisiones, honorarios e impuestos, una vez reexpresado como consecuencia de la inflación cuando sea el caso, debe ser ajustado al final del período al valor de realización, mediante provisiones o valorizaciones.

Para este propósito se entiende por valor de realización de las inversiones de renta variable, el promedio de cotización representativa en las bolsas de valores en el último mes **y, a falta de este, su valor intrínseco [...]** (Resalta la Sala).

Significa esta disposición que para llegar a determinar el valor de las inversiones, el valor histórico una vez reexpresado como consecuencia de la inflación, debe ser ajustado al valor de realización, el cual como la misma norma lo define, es el promedio de cotización representativa en las bolsas de valores en el último mes, cuando se trata de inversiones de renta variable; y, a falta de este promedio, el valor de la realización es su valor intrínseco.

Lo anterior, por cuanto se pretende que el registro contable de estas inversiones refleje la situación económica y financiera verdadera del ente societario, y se acerque ese valor, al de mercado de la empresa y su acción.

Por eso, el artículo 61 se refiere en primer lugar al promedio de cotización representativa en las bolsas de valores en el último mes, lo que exige que se tengan en cuenta varias operaciones y parámetros para establecer el promedio y se indique el valor razonable de la acción en un mercado de oferta y demanda. Una sola operación en bolsa no puede considerarse como valor de realización, pues, no es un promedio, salvo que se demuestre que esa única negociación fue representativa y se acepte, en gracia de discusión, que pueda ser el valor de realización.

Revisado el dictamen pericial objetado, para la Sala es evidente la falta de consistencia y explicación sobre el ajuste del valor histórico de las acciones al valor de realización de las mismas, y aunque en la aclaración se explica que el valor de cotización fue de \$8.80, según informe de la Bolsa de Medellín y se afirma que es representativo, no es el que se toma para hacer el ajuste, sino un valor muy superior (aproximadamente \$13), respecto del cual no se aduce que sea el valor de realización. Además, a falta de un promedio en el último mes, no se prueba que esa sola operación haya sido representativa.

No significa lo anterior, ni se cuestiona, que las sociedades no lleven la contabilidad conforme a la Ley o que el valor contable de las acciones pueda llegar a ser superior al valor en bolsa, lo que se controvierte es la falta de esclarecimiento en el procedimiento que adelantaron los

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -. peritos para llegar al valor contable de las acciones, que fue precisamente el objeto de la prueba.

Lo anterior, a juicio de la Sala impide que pueda considerarse como valor cierto del perjuicio causado por los actos acusados a los accionantes, el determinado en el dictamen pericial practicado en primera instancia, pues adolece del error mencionado, el cual, por su falta de justificación imposibilita acceder a la pretensión de restablecimiento del derecho incoada de manera principal.

Subsidiariamente solicita la demanda, que se determine el daño emergente tomando en cuenta el valor en Bolsa de las acciones que poseían en Granahorrar y que según obra en el expediente era al 2 de septiembre de 1998, de \$8.80 según informe de la Bolsa de Medellín visible a folio 562 del cuaderno principal.

A juicio de la Sala, el valor en bolsa es un valor fluctuante, aleatorio porque depende en cada momento de la ley de la oferta y la demanda y dada esa volatilidad, no se puede considerar que este valor equivalga al valor del mercado o real de la participación en la empresa. Además, el valor informado en el expediente, corresponde a una sola operación de compra un mes antes de las decisiones que aquí se anulan y por tanto no sirve de parámetro para establecer certeramente el valor de los perjuicios.

Por ello, el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil citado, señala que el valor de los bienes muebles cotizados en bolsa, se determinará por la cotización debidamente certificada que hayan tenido en la **oportunidad correspondiente**. Es decir, que se trate de una operación en bolsa a un tiempo próximo y razonable al momento en que se causó el perjuicio, lo que descarta que pueda tenerse el valor de cotización por una operación realizada treinta días antes de los hechos.

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que la nulidad de las decisiones demandadas tuvo como fundamento el hecho de haberse desvirtuado el quebranto patrimonial endilgado en las mismas, estima la Sala, que el valor que más se aproxima a la realidad económica y financiera en la que se encontraba Grahahorrar para el momento de las decisiones, es el valor intrínseco de las acciones certificado por Granahorrar para el día 3 de octubre de 1998.

En efecto, el valor intrínseco de las acciones técnicamente es el que se obtiene de dividir el patrimonio neto de la sociedad entre el número de acciones en circulación, de manera que éste expresa el valor que le corresponde a cada participación accionaria con base en la información patrimonial contable de la sociedad (Activos menos pasivos) y en consecuencia es calculado con base en el patrimonio social reflejado en sus estados financieros.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Y es que de conformidad con el artículo 379 del Código de Comercio, a la liquidación de la sociedad el accionista tiene derecho a "recibir una parte proporcional de los activos sociales, al tiempo de la liquidación y una vez pagado el pasivo externo de la sociedad", lo que se traduce en el valor patrimonial y utilidades del ente societario.

También el mismo artículo 61 del Decreto 2649 de 1993, establece como valor de realización de las inversiones de renta variable, a falta del promedio de cotización representativa en las bolsas de valores en el último mes, el valor intrínseco, lo que permite considerar que ese valor puede indicar razonablemente el valor de una acción en el mercado.

Así las cosas, se calculará el valor de los perjuicios teniendo en cuenta la diferencia entre el valor intrínseco de las acciones certificado a 3 de octubre de 1998 por el hoy Banco Granahorrar el 8 de octubre de 2002 visible a folio 604 del cuaderno principal, en cuantía de \$5.96 y el valor de la acción a un centavo. Los números de acciones corresponden a los certificados por el Banco Granahorrar (fls. 119 a 124 c.p.), así:

Sociedad	No. Acciones	Valor de las acciones a \$0.01	Valor intrínseco de las acciones a octubre 3 de 1998	Valor de la acciones	Diferencia
Asesorías e Inversiones C.G. LTDA.	6.511.830.512	65.118.305	5.96	38.810.509.851	38.745.391.546
Inversiones Lieja	3.717.567.931	37.175.679	5.96	22.156.704.868	22.119.529.189
Exultar S.A.	4.676.795.978	46.767.959	5.96	27.873.704.028	27.826.936.069
Interventorías y Construcciones Ltda.	176.720.030	1.767.200	5.96	1.053.251.378	1.051.484.178
Multiplex Ltda.	1.859.220.529	18.592.205	5.96	11.080.954.352	11.062.362.147
Compto S.A.	4.465.586.371	44.655.863	5.96	26.614.894.771	26.570.238.908

Sobre el valor resultante se reconocerá la actualización teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$Va = Vh \times \frac{I. \text{ Final}}{I. \text{ Inicial}}$$

Donde:

Vh = Valor histórico
I. Final IPC certificado por el DANE a la fecha de esta liquidación (septiembre 2007)

I. Inicial= IPC vigente a la fecha de la reducción nominal de la acción a un centavo (octubre de 1998) = 98.91

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Al reemplazar la fórmula, tenemos:

Asesorías e Inversiones C.G. LTDA.

$$Va = \$38.745.391.546 \times \frac{176.24}{98.91}$$

Va = \$69.037.385.563

Inversiones Lieja

$$Va = \$22.119.529.189 \times \frac{176.24}{98.91}$$

Va = \$39.413.060.603

Exultar S.A

$$Va = \$27.826.936.069 \times \frac{176.24}{98.91}$$

Va = \$49.582.642.936

Interventorías y Construcciones Ltda.

$$Va = \$1.051.484.178 \times \frac{176.24}{98.91}$$

Va = \$1.873.557.491

Fultiplex Ltda.

$$Va = \$11.062.362.147 \times \frac{176.24}{98.91}$$

Va = \$19.711.158.677

Compto S.A.

$$Va = \$26.570.238.908 \times \frac{176.24}{98.91}$$

Va = \$47.343.432.465

En relación con la pretensión de que a las sumas anteriormente actualizadas se les reconozca el interés legal del 6% anual, entre la fecha de expedición de los actos y la ejecutoria de la sentencia, así como los intereses comerciales y de mora que trata el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, la Sala sólo ordenará reconocer éstos últimos en los términos que allí se disponen; y no el interés legal del 6% anual, por no corresponder a los previstos para esta clase de condenas.

Finalmente solicitan los demandantes que se condene en costas a las demandadas. Teniendo en cuenta que por regla general, conforme al artículo 171 del Código Contencioso

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Administrativo, es potestativo del juez la condena en costas, "*teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes*", no cabe en el caso bajo análisis la propuesta, pues si bien la administración se apartó de los parámetros legales para tomar las decisiones anuladas, su actuación administrativa o procesal no puede calificarse como temeraria. No se accede en consecuencia a la condena en costas.

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:

1. REVÓCASE la sentencia apelada. En su lugar:
2. DECLÁRASE LA NULIDAD de la **orden de capitalización No. 19988050714-1 de 2 de octubre de 1998**, expedida por la Superintendencia Bancaria a la Corporación de Ahorro y Vivienda Granahorrar y de la **Resolución No. 002 de 3 de octubre de 1998** por medio de la cual el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras ordenó la reducción nominal del capital social de GRANAHORRAR al valor nominal individual de cada acción, de un centavo.
3. **CONDÉNASE** a la Superintendencia Bancaria y a FOGAFÍN a pagar en un 50% cada una, a favor de cada uno de los siguientes demandantes, por concepto de reparación del daño las sumas que a continuación se enlistan:

Asesorías e Inversiones C.G. LTDA.: **\$69.037.385.563**

Inversiones Lieja: **\$39.413.060.603**

Exultar S.A.: **\$49.582.642.936**

Interventorías y Construcciones Ltda.: **\$1.873.557.491**

Fultiplex Ltda.: **\$19.711.158.677**

Compto S.A.: **\$47.343.432.465**
4. Las anteriores sumas de dinero generarán intereses comerciales y moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia, según lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A.
5. Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Expediente 15728 Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase al Tribunal de origen.
Cúmplase.

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

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
Presidente

LIGIA LÓPEZ DÍAZ
Salva Voto

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Expediente 15728

Actor: COMPTO S.A. EN LIQUIDACIÓN Y OTROS
C/ SUPERBANCARIA Y FOGAFÍN -ORDEN DE CAPITALIZACIÓN -.

Se demandan la orden de capitalización de Granahorrar expedida por Superintendencia Bancaria y la orden de reducción simplemente nominal del capital social de Granahorrar expedida por Fogafin.

Magistrado Ponente Tribunal Administrativo de Cundinamarca:
Carlos Enrique Moreno Rubio

Apoderado Demandante: Christian Fernando Cardona Nieto
Apoderados Demandada: Natalia Helibron Caballero (Banco Granahorrar)
Carlos Esteban Jaramillo (Superintendencia Bancaria)
Hernán Guillermo Aldana Duque (Fogafin)

PAA