

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil quince (2015).

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Radicación núm. 110010324000201100284 00

Acción: Nulidad.

Actor: NÉSTOR HUMBERTO MARTÍNEZ NEIRA.

El ciudadano Néstor Humberto Martínez Neira, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del anterior C.C.A., presentó una demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad parcial contra el artículo 11.3.1.1.6 del Decreto 2555 del 15 de julio de 2010, por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones.

I- .FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

I.1. La parte actora menciona los hechos, que a continuación se sintetizan:

I.1.1. De acuerdo con el artículo 40 de la Ley 1328 de 2009, que modificó el literal b) del artículo 296 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, corresponde al Fondo de Garantías e Instituciones Financieras FOGAGIN, hacer el seguimiento de la actividad de los liquidadores de las instituciones financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

I.1.2. En desarrollo de dicho precepto, fue expedido el Decreto Reglamentario 2312 de 2010, por virtud del cual se estableció el límite de la competencia de FOGAFIN respecto del seguimiento de la actividad de los liquidadores en una liquidación voluntaria, en cuyo considerando y primer artículo se refirió a las liquidaciones de **"entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera"**, instituyendo una sinonimia jurídica entre la categoría de "instituciones financieras" y de entidades "sujetas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera". (Las negrillas son del demandante).

I.1.3. Tal disposición fue luego compilada en el Decreto 2555 de 2010, donde se reprodujo de manera idéntica, subsistiendo

entonces la sinonimia jurídica entre la expresión "entidades vigiladas" y la de "instituciones financieras".

I.1.4. Empero, la Superintendencia Financiera ha entendido que *"no se encuentra que el Gobierno Nacional conciba que las instituciones financieras corresponden a la categoría de "Entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera"*. En este punto, el actor alude al concepto de esa Superintendencia con radicación No. 2011008889-003 de 4 de abril de 2011.

I.1.5. Por tanto, sostiene que si no existe tal equivalencia entre instituciones financieras y entidades vigiladas, y aquéllas son sólo una especie de éstas, ocurre entonces que el Decreto 2555 citado excedió los alcances del artículo 40 de la Ley 1328 de 2009.

I.2. El actor expone como fundamentos de derecho, en esencia, lo siguiente:

I.2.1. El artículo 11.3.1.1.6 del Decreto 2555 fue expedido infringiendo las normas en que ha debido fundarse.

I.2.1.1. El artículo 11.3.1.1.6 del Decreto 2555 infringió el artículo 40 de la Ley 1328 de 2009 y el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, por exceso en la potestad reglamentaria.

Sobre el concepto y alcance de la potestad reglamentaria, indica que de conformidad con los artículos 114 y 150 de la C.P., corresponde al Congreso de la República, de manera primaria, la creación de normas generales. Empero, existen autoridades que sin ser órganos legislativos, se les ha concedido la facultad de dictar, dentro de ciertos límites y sólo en ciertos casos normas de carácter general.

Al respecto, transcribe el numeral 11 del artículo 189 de la C.P., y cita jurisprudencia de esta Corporación sobre la potestad regulatoria allí prevista, en la que se señala que ésta no permite modificar, ampliar, adicionar, enervar, ni suprimir disposiciones que el legislador haya consagrado, en tanto que el único objeto de la norma reglamentaria es lograr el cumplimiento y efectividad de la ley que desarrolla, de suerte que no le es posible al Gobierno, so pretexto de reglamentar la ley, introducir en ella alteraciones que desvirtúan o distorsionan la voluntad del legislador, so pena de incurrir en una flagrante violación a la Constitución y a las leyes.

I.2.1.1. El artículo 11.3.1.1.6 del Decreto 2555 de 2010 excede la potestad reglamentaria cuando varía el ámbito subjetivo de aplicación de la norma establecido por el artículo 40 de la Ley 1328 de 2009.

Alude nuevamente al contenido del mencionado artículo 40, por el que se modificó el literal b) del artículo 296 del EOSF, e indica que de su texto es inequívoco el ámbito subjetivo de la norma, al referirse continua y consistentemente a la actividad de los liquidadores, frente a las liquidaciones voluntarias de las **"entidades o instituciones financieras"**. (Las negrillas son de la parte actora).

Manifiesta que a su turno, y en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la C.P., se expidió el Decreto 2312 de 2010, cuyo único artículo fue compilado luego en el Decreto 2555 del mismo año, el cual se refiere al seguimiento de la actividad de los liquidadores en las liquidaciones voluntarias de las **"entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia"**, estableciendo entonces una absoluta sinonimia jurídica entre esta expresión y la de **"institución financiera"**. (Las negrillas son de la parte actora).

Se refiere nuevamente al concepto de la Superintendencia Financiera en el que estableció que *"sobre la utilización del concepto de "institución financiera" en el texto del artículo 40 de la Ley 1328 de 2009, (...) no se encuentra que el Gobierno Nacional conciba que las instituciones financieras corresponden a la categoría de "entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia"*.

Acota que, en consecuencia, si el artículo 40 de la Ley 1328 de 2009 se refiere a las instituciones financieras y, éstas no son las mismas que integran la categoría de entidades sometidas a inspección y vigilancia por la Superintendencia Financiera, sino que son sólo una especie de éstas, es evidente que el Gobierno Nacional ha excedido sus facultades reglamentarias al variar el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, establecido por el artículo 40 de la Ley 1328 de 2009.

Sostiene que a través de la norma acusada se ha redefinido el ámbito de aplicación del artículo 40 de la Ley 1328 de 2009, extendiendo la regulación sobre el seguimiento de las actividades de los liquidadores a todas las liquidaciones administrativas y voluntarias de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, cuando la Ley limitó su ámbito de aplicación a una especie de éstas, esto es, a las entidades comprendidas dentro de

la categoría de **instituciones financieras**. (Las negrillas son de la parte actora).

Recalca que por lo anterior, la disposición acusada viola la Constitución Política y la Ley; por ende, se halla viciada de nulidad de conformidad con el artículo 84 del C.C.A.

II-. TRAMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

II.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento, en síntesis, en los siguientes argumentos:

II.1.1. En primer lugar, señala que el Decreto 2555 de 2010 es el resultado de un trabajo realizado con el propósito de integrar en

un único cuerpo las disposiciones vigentes en materia financiera, aseguradora y del mercado de valores.

Con respecto al contenido de la norma demandada, afirma que debido a la naturaleza compilatoria del Decreto 2555 de 2010, el texto del Decreto 2312 de 2010 se compiló en su totalidad sin ningún tipo de modificación, lo cual se puede constatar comparando los respectivos textos.

Explica que el Decreto 2312 de 2010 se expidió con el fin de reglamentar el artículo 40 de la Ley 1328 de 2009, del cual transcribe su texto y afirma que la redacción del artículo fue propuesta por el Gobierno Nacional en el entendido que el Fondo de Garantías e Instituciones Financieras realizara el seguimiento de las actividades de los liquidadores de las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, sin distinguir el tipo de liquidación a la que se encontraran sometidas (forzosa administrativa, por decreto o voluntaria).

Asevera que gracias a la fusión de las Superintendencias Bancaria y de Valores en el año 2005 se creó la Superintendencia Financiera, la cual se encarga de vigilar e inspeccionar las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las antiguas Superintendencias Bancaria y de Valores, lo que implica que hoy no

exista ningún tipo de distinción entre las entidades anteriormente vigiladas por éstas.

Manifiesta que, en adición, debe tenerse en cuenta que dentro del ámbito de aplicación de las normas que determinan las funciones asignadas a FOGAFIN se incluyen todas las entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera.

En tal sentido, advierte como la norma acusada establece que en los procesos de toma de posesión y liquidación forzosa administrativa adoptados sobre entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores, el FOGAFIN ejercerá las funciones consagradas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, entre otros.

Lo anterior implica que también son destinatarias de las funciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, las entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores, lo que en la actualidad se traduce en que no hay ningún tipo de distinción entre las entidades respecto de las cuales el FOGAGIN puede ejercer sus funciones.

Concluye que el Gobierno Nacional propuso tal redacción en la norma, con el entendido de cobijar a todas las entidades sometidas

a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, pues con dicha medida protege el interés público constitucional de la actividad financiera.

III-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, considera que la norma acusada debe ser declarada nula, por las siguientes razones:

III.1.- Precisa que el problema jurídico se contrae a determinar si la disposición demandada ha sido expedida por el Gobierno Nacional con violación de las normas que le han debido servir de fundamento, en particular los artículos 189 de la C.P., y 40 de la Ley 1328 de 2009, debido a que si éste se refiere a las instituciones financieras, y éstas no son las mismas que integran la categoría de entidades sometidas a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, sino que son sólo una especie de éstas, salta a la vista que el Gobierno Nacional ha excedido sus facultades reglamentarias al variar el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, establecido por el artículo 40 de la Ley 1328 de

2009, lo cual constituye un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Ejecutivo.

III.2. Luego, transcribe lo señalado por el artículo 40 de la Ley 1328 de 2009 e indica que es evidente que mientras la Ley señala que le corresponde al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras el seguimiento de la actividad de las instituciones financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera que hayan optado por realizar un proceso de liquidación voluntaria, la disposición demandada se refiere a entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Manifiesta que surge la pregunta consistente en si es posible la existencia de entidades inspeccionadas y vigiladas por la Superintendencia Financiera que no pudieran ser catalogadas como instituciones financieras.

Al respecto, alude al concepto 2011008889-003 del 4 de abril de 2011, el cual aporta dos elementos al análisis de los cargos formulados contra la disposición demandada: (1) que los conceptos de instituciones financieras y entidades

sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera no son equivalentes; y (2) que es posible la existencia de entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera que no ostenten la condición de instituciones financieras, como son las comisionistas de bolsa.

Expresa que los razonamientos anteriores permiten evidenciar la violación del artículo 40 de la Ley 1328 de 2009, pues la disposición enjuiciada extiende la aplicación de sus normas a las entidades vigiladas, cuando la mencionada ley solo contempla a las instituciones financieras vigiladas, razón por la que el aparte "*entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia*", debe desaparecer del ordenamiento jurídico.

Manifiesta que, sin embargo, en relación con la violación del artículo 189 de la C.P., considera que el Decreto 2555 de 2010 fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por los numerales 11 y 25 del artículo 189 de la C.P., en concordancia con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en especial en

su artículo 48, y en la Ley 964 de 2005, en especial en su artículo 4°, sin que se realice mención alguna a la Ley 1328 de 2009.

Acota que no es posible sugerir que el Decreto 2555 de 2010 sea una norma reglamentaria de la Ley 1328 de 2009, máxime cuando el Decreto 2312 de 2010, norma esta sí reglamentaria de dicha disposición legal, fue derogada por el artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- La norma acusada es el artículo 11.3.1.1.6 del Decreto 2555 de 2010, *“por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”*. El texto de la norma demandada es el siguiente:

“Artículo 11.3.1.1.6 Alcance del Seguimiento en Liquidaciones Voluntarias.

El seguimiento a la actividad de los liquidadores que realice el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, en las liquidaciones voluntarias de entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, se extenderá única y exclusivamente hasta el pago del pasivo para con el público.

En consecuencia, una vez se cumpla dicho propósito, y con el fin de dar por terminado el seguimiento de que trata el inciso anterior, el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras solicitará un informe de rendición de cuentas al liquidador, respecto de su gestión hasta ese momento. Lo anterior, sin perjuicio de la gestión subsiguiente del liquidador dentro de los procesos de liquidación voluntaria y la correspondiente aplicación de las normas contenidas en el Código de Comercio y sus disposiciones complementarias.

Es de advertir que el actor solicita la nulidad parcial de la norma transcrita, en lo que concierne únicamente al aparte subrayado.

2.- El demandante alega que la norma acusada transgrede la Constitución Política en su artículo 189 numeral 11, toda vez que el Ejecutivo excedió su potestad reglamentaria al ampliar el alcance de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 1328 de 2009, norma esta, que a su vez resulta también vulnerada.

De acuerdo con el actor, la vulneración cuestionada consiste en que el legislador previó, en el mencionado artículo 40, que al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN, corresponde la función de efectuar el seguimiento de la actividad de los liquidadores de las instituciones financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia; lo cual, no implica que dicha función se extienda a todas las entidades vigiladas por esa Superintendencia, tal como la norma acusada lo prevé. En tal orden, el artículo demandado amplía el ámbito subjetivo de vigilancia establecido por el Legislador.

Ahora, la Entidad demandada señaló, en esencia, que en la compilación normativa que efectúa el Decreto 2555 de 2010 el Ejecutivo dispuso la redacción de la norma en los términos cuestionados, por cuanto dicho seguimiento en la actividad de los liquidadores en los procesos de liquidación voluntaria, respecto de todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, corresponde a las funciones de FOGAFIN y se erige en garantía del interés público. Además, sugiere que a partir de la fusión de las Superintendencias Bancaria de Colombia y la de Valores, las instituciones objeto

de inspección y vigilancia por parte de aquellas pasaron a ser vigiladas por la Superintendencia Financiera sin que a hoy exista ningún tipo de distinción entre ellas.

3.- Pues bien, la Sala ha de abordar el estudio de legalidad así planteado, comenzando por establecer si, en efecto, el Ejecutivo vulneró el orden jurídico al ampliar las competencias del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN, en lo que respecta a la función de vigilar la actividad del liquidador en los procesos de liquidación voluntaria frente a todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, en lugar de conservar tal intervención en relación únicamente con las entidades financieras.

Sea lo primero precisar que la Superintendencia Financiera realiza funciones de inspección y vigilancia frente a entidades cuya naturaleza es la de instituciones financieras, y hacia otros entes que no ostentan tal categoría. Así se deriva de lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993 o E.O.S.F., que en su artículo 1º estatuye la estructura del sistema financiero así:

"Artículo 1. Estructura General.

El sistema financiero y asegurador se encuentra conformado de la siguiente manera:

- a. Establecimientos de crédito;*
- b. Sociedades de servicios financieros;*
- c. Sociedades de capitalización;*
- d. Entidades aseguradoras;*
- e. Intermediarios de seguros y reaseguros;*

Por su parte, el artículo 3º, ibídem modificado por la Ley 1328 de 2009, contempla las entidades catalogadas como instituciones financieras en los siguientes términos:

Artículo 3. Sociedades de Servicios Financieros.

1. Clases. Para los efectos del presente Estatuto son sociedades de servicios financieros las sociedades fiduciarias, los almacenes generales de depósito, las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y de cesantías y las sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales, las cuales tienen por función la realización de las operaciones previstas en el régimen que regula su actividad.

2. Naturaleza. Las sociedades de servicios financieros tienen el carácter de instituciones financieras. (Subrayado fuera de texto).

Asimismo, son instituciones financieras los establecimientos de crédito y las sociedades de capitalización, resultando excluidas de tal naturaleza las entidades aseguradoras e intermediarias¹.

Ahora, la función de inspección, vigilancia y control por parte del Presidente de la República, es ejercida por conducto de la Superintendencia Financiera (antes Superintendencia Bancaria), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 325, cuyo texto, en lo pertinente señala:

"Artículo 325. Naturaleza y objetivos. La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen la actividad financiera y aseguradora..." (Subrayado fuera de texto).

(...)

2. Entidades vigiladas. Corresponde a la Superintendencia Bancaria la vigilancia e inspección de las siguientes instituciones:

a) Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento

¹ Artículos 2, 4 y 5 del E.O.S.F.

comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida, entidades descentralizadas de los entes territoriales cuyo objeto sea la financiación de las actividades previstas en el numeral 2 del artículo 268 del estatuto orgánico del sistema financiero autorizadas específicamente por la Financiera de Desarrollo Territorial S.A., Findeter, compañías de seguros, cooperativas de seguros, sociedades de reaseguro, sociedades de capitalización, sociedades sin ánimo de lucro que pueden asumir los riesgos derivados de la enfermedad profesional y del accidente de trabajo, corredores de seguros y de reaseguros.

b) *Oficinas de representación de organismos financieros y de reaseguradores del exterior;*

c) *El Banco de la República;*

d) *El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras;*

e) *El Fondo Nacional de Garantías S.A.;*

f) *El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo Fonade;*

g) *Las casas de cambio, y*

h) *Las demás personas naturales y jurídicas respecto de las cuales la ley le atribuye funciones de inspección y vigilancia permanente.*

Igualmente, son objeto de vigilancia por dicha Superintendencia las entidades que anteriormente eran pasibles de inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Valores, en los términos señalados por la Ley 964 de 2005, en su artículo 75 parágrafo 3°, numeral 1°, que en su aparte pertinente señala:

"Artículo 75. Alcance, derogatorias e interpretación.

(...)

Parágrafo 3°. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

1. Entidades sometidas a la inspección y vigilancia permanente de la Superintendencia de Valores.

Las bolsas de valores, las bolsas de bienes y productos agropecuarios y agroindustriales y sus miembros, las bolsas de futuros y opciones y sus miembros, las sociedades que realicen la compensación y liquidación de valores, contratos de futuros, opciones y otros; las sociedades comisionistas de bolsa, los comisionistas independientes de valores, las sociedades administradoras de fondos de inversión, las sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores, las sociedades calificadoras de valores, las sociedades titularizadoras, (...)"

De otro lado, conviene referirse al objeto asignado legalmente a la Superintendencia Financiera, en los términos del artículo 8° del Decreto 4327 de 2005, derogado por el artículo 12.2.1.1.4 del Decreto 2555 de 2010, y cuyo texto actual dispone:

"Artículo 12.2.1.1.4. Objeto. El Presidente de la República, de acuerdo con la ley, ejercerá a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público.

La Superintendencia Financiera de Colombia tiene por objetivo supervisar el sistema financiero colombiano con el fin de preservar su estabilidad, seguridad y confianza, así como promover, organizar y desarrollar el mercado de valores colombiano y la protección de los inversionistas, ahorradores y asegurados".
(Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, la normativa relacionada permite constatar que las entidades sujetas al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, no son todas necesariamente instituciones financieras, como es el caso de las compañías aseguradoras o las comisionistas de bolsa, entre otras.

Lo anotado, conlleva a advertir que no le asiste razón a la Entidad demandada, al sugerir que con la transmisión de las competencias de las Superintendencias Bancaria y de Valores a la Financiera², todas las entidades vigiladas por aquellas quedaron cobijadas bajo el régimen de instituciones financieras, pues tal unificación de funciones en la Superintendencia Financiera, en modo alguno implicó el cambio de naturaleza de las entidades que conforman el sistema financiero. Así, las instituciones que no son financieras continúan funcionando de acuerdo con la naturaleza que les corresponda, como es el caso de las compañías aseguradoras; y estas, asimismo, permanecen bajo la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera.

4.- Establecido lo anterior, es preciso indagar sobre la naturaleza, objeto y funciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, a fin de dilucidar si sus competencias han de ser ejercidas en relación con todas las

² El artículo 1o del Decreto 4327 de 2005 dispone:

"Fusión y denominación. Fusi6nase la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominar6 Superintendencia Financiera de Colombia".

entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera, o si las mismas se predicen únicamente de las instituciones financieras.

Pues bien, ello es materia de regulación en los términos del artículo 316 del E.O.S.F., que en lo pertinente señala:

"Artículo 316.-Organización.

1. Naturaleza jurídica. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, creado por el artículo 1 de la Ley 117 de 1985, es una persona jurídica autónoma de derecho público y de naturaleza única, sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Parágrafo.-Las operaciones del Fondo se registrarán únicamente por este estatuto y por las normas de derecho privado.

2. Objeto. El objeto general del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras consistirá en la protección de la confianza de los depositantes y acreedores en las instituciones financieras inscritas, preservando el equilibrio y la equidad económica e impidiendo injustificados beneficios económicos o de cualquier otra naturaleza de los accionistas y administradores causantes de perjuicios a las instituciones financieras y procurando minimizar la exposición del patrimonio propio del Fondo o de las reservas que este administra, a las pérdidas. Dentro de este objeto general, el Fondo tendrá las siguientes funciones:

(...)

e. Llevar a cabo el seguimiento de la actividad de los liquidadores tanto en las instituciones financieras objeto de liquidación forzosa administrativa dispuesta por la Superintendencia Bancaria, como en la liquidación de instituciones financieras que se desarrollen bajo cualquiera de las modalidades previstas en la legislación. Para el desarrollo de la función aquí señalada el Fondo observará las normas que regulan tales procesos.

La función de seguimiento de la actividad de los liquidadores deberá sujetarse a las reglas que mediante normas de carácter general establezca el Gobierno Nacional”.³ (Subrayado fuera de texto).

Obsérvese que de la redacción de la norma se evidencia, que el objeto y las competencias del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras - FOGAFIN - , versan exclusivamente sobre instituciones que ostentan la naturaleza de financieras, tal como en su misma razón social se anuncia. Igualmente, es claro que a dicha Entidad se le han otorgado funciones de seguimiento en relación con la actividad de los liquidadores de instituciones financieras, bien sea que la liquidación se desarrolle bajo la figura de forzosa administrativa o de cualquier otra modalidad prevista en la legislación, dentro de

³ El contenido de este literal corresponde a la modificación efectuada por el artículo 62 de la Ley 795 de 2003.

lo cual se encuentra la voluntaria, señalada en la norma acusada.

Es de inferir, entonces, que la labor de vigilancia en comento de FOGAFIN, no se consagró legalmente frente a instituciones desprovistas de la naturaleza de financieras, aunque se hallen vigiladas por la Superintendencia Financiera.

Ahora bien, cabe anotar que la norma transcrita indica, además, que la función de seguimiento de la actividad de los liquidadores, deberá sujetarse a las reglas que mediante normas de carácter general establezca el Gobierno Nacional; lo cual permite aclarar, que no obstante tal potestad normativa, es claro que las facultades de intervención del Ejecutivo en esta materia, se hallan sometidas a los límites previstos en el artículo 51 del E.O.S.F., que en lo pertinente indica:

"Artículo 51.-Límites a las facultades de intervención.

En ejercicio de las facultades de regulación otorgadas en la Ley 35 de 1993, el Gobierno Nacional no podrá modificar las normas relativas a la estructura del sistema financiero, la

constitución, objeto principal, forma societaria, y causales y condiciones de disolución, toma de posesión y liquidación de las entidades autorizadas para desarrollar las actividades financieras, inclusive las desarrolladas por entidades financieras cooperativas, aseguradora y de las demás entidades cuya actividad se relacione con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público.

En la aplicación de este artículo, el Gobierno Nacional no podrá desconocer la naturaleza y principios propios de las entidades cooperativas autorizadas para desarrollar las actividades financiera, aseguradora, o cualesquiera actividades que se relacionen con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público sin perjuicio del cumplimiento de las normas de regulación prudencial que le sean aplicables a las entidades financieras y aseguradoras...” (Subrayado fuera de texto).

Así, y en consonancia con la disposición transcrita, se ha de considerar que las funciones de seguimiento de la actividad de los liquidadores en procesos de liquidación de instituciones financieras, fue regulado de acuerdo con lo señalado en el artículo 40 de la Ley 1328 de 2009, por el que se modificó el literal b) del artículo 296 del E.O.S.F., tal como advierte la parte actora. El texto de la norma preceptúa lo siguiente:

“Artículo 40. Modifícase el literal b) del artículo 296 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual quedará así:

b) Llevar a cabo el seguimiento de la actividad de los liquidadores de las instituciones financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto de las que sean objeto de liquidación forzosa administrativa dispuesta por la misma Superintendencia, como de las instituciones financieras cuya liquidación haya sido dispuesta por el Gobierno Nacional; así como las liquidaciones voluntarias mientras registren pasivo con el público. Se exceptuarán de seguimiento las entidades que mediante normas de carácter general determine el Gobierno Nacional y aquellas cuyo seguimiento corresponda a Fogacoop. Para el desarrollo de la función aquí señalada el Fondo observará las normas que regulan tales procesos, según la modalidad adoptada, seguimiento que se llevará a cabo hasta que termine la existencia legal de la entidad o, en su caso, hasta que se disponga la restitución de la entidad a los accionistas, una vez pagado el pasivo externo, en los términos del numeral 2 del artículo 116 del presente Estatuto.

En ningún caso deberá entenderse que la facultad de seguimiento del Fondo se extiende al otorgamiento o celebración de operaciones de apoyo que impliquen desembolso de recursos por parte del Fondo, respecto de entidades financieras no inscritas en el Fondo, sometidas a proceso liquidatorio.

A partir de la vigencia de la presente ley, las entidades financieras en liquidación respecto de las cuales el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras deba realizar seguimiento a la gestión del liquidador, deberán pagar a favor del Fondo las tarifas que para el efecto establezca el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general. En todo caso, tales tarifas deberán ser cubiertas por la entidad respectiva, con cargo a los gastos de administración. Tratándose de entidades financieras sometidas a proceso de liquidación voluntaria, el seguimiento por parte

del Fondo se llevará a cabo hasta que termine la existencia legal de la entidad o hasta que se entreguen los activos remanentes a los accionistas, una vez pagado el pasivo externo.”

Nótese, entonces, que esta disposición normativa concuerda con el objeto correspondiente legalmente a FOGAFIN frente a las instituciones de carácter financiero, pues conserva la función de seguimiento de la actividad de los liquidadores exclusivamente respecto de dichas entidades.

Así las cosas, para la Sala resulta evidente que aun cuando el Gobierno cuenta con facultades regulatorias derivadas de su potestad de intervención en el sector financiero y asegurador⁴, las mismas, no le permiten variar la normativa concerniente a la estructura del sistema financiero, ni tampoco modificar la naturaleza o el objeto de las entidades que desarrollan actividades financieras, como es FOGAFIN, al ser esta una institución con funciones de dicha categoría, las cuales se hallan específicamente señaladas en la Ley, según se anotó.

Lo anotado conlleva a concluir que la norma acusada, configura una palmaria transgresión al orden jurídico al ampliar el

⁴ Artículo 189 de la C.P., numeral 25.

objeto de FOGAFIN, referente a su función de seguimiento de la actividad de los liquidadores en los procesos de liquidación voluntaria, a todas las instituciones vigiladas por la Superintendencia Financiera. Ello, se reitera, constituye una intervención regulatoria irregular del Ejecutivo, pues desnaturaliza la órbita competencial que le fue otorgada por el legislador a FOGAFIN en relación con las instituciones financieras de manera exclusiva.

Por otro lado, no sobra advertirle a la Entidad demandada que la redacción de la disposición acusada no entraña la finalidad protectora del interés público por ella planteada, pues el hecho de que FOGAFIN cumpla las funciones de seguimiento mencionadas, en relación con las instituciones financieras y no frente a todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, según se concibió por el Legislador, no implica que exista una desprotección del Estado en lo que respecta a estas últimas. En este punto, conviene aludir, por ejemplo, a las medidas de salvamento y protección de la confianza pública previstas en los artículos 113 y siguientes del E.O.S.F., entre otras, y a lo señalado por esta

Sección en Sentencia de 22 de mayo de 2014, Expediente No. 200300913, M.P. Dr. Marco Antonio Velilla, así:

"...Cabe anotar que las disposiciones legales sobre vigilancia especial se hallan dentro del Capítulo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que trata sobre las medidas de salvamento y la confianza pública, de modo que a aquella se le atribuye el propósito último de proteger y solventar situaciones que comprometan el interés general asociado a la confianza del público en el sistema financiero, en concordancia con las funciones asignadas a la Superintendencia en el artículo 325 del E.O.S.F." (Subrayado fuera de texto).

Lo hasta aquí expuesto otorga razonamientos más que suficientes para concluir que el aparte del artículo 11.3.1.1.6 del Decreto 2555 de 2010, en el que se indica "entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia" debe ser declarado nulo en razón de su clara vulneración al orden jurídico, principalmente, del artículo 40 de la Ley 1328 de 2009. Ahora, ha de entenderse, sin lugar a duda, que la regulación prevista en dicho artículo se refiere exclusivamente a las instituciones financieras vigiladas por esa Superintendencia, en concordancia con el objeto que corresponde desarrollar a FOGAFIN en los términos de la normativa aquí referenciada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

DECLÁRESE la nulidad parcial del artículo 11.3.1.1.6 del Decreto 2555 de 2010, en el aparte concerniente a "*entidades sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia*", contenido en su inciso primero.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ



GUILLELMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO