

JUSTIFICACIÓN AL PROYECTO DE DECRETO POR EL CUAL SE MODIFICA EL PROCESO DE LIQUIDACIÓN FORZOSA ADMINISTRATIVA Y EL PAGO DEL SEGURO DE DEPÓSITO DE FOGAFÍN

Presentado al Consejo Directivo de la URF para publicación a comentarios

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS:

Las parámetros generales para el desarrollo del procedimiento para la toma de posesión y liquidación de las entidades sometidas al control y la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, ahora Superintendencia Financiera de Colombia, están contenidos en la Parte XI del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Así mismo el Libro 1 de la Parte 9 del Decreto 2555 de 2010 regula el tema estableciendo normas específicas para las diferentes etapas del proceso y definiendo las funciones de las entidades facultadas para intervenir en las diferentes etapas, entre estas, las funciones del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- Fogafín. Cabe resaltar que deben observarse además para el desarrollo de los procesos de esta naturaleza, las disposiciones generales de carácter procesal y administrativo, esto es, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo referente a cuestiones procesales no previstas en las normas antes mencionadas.

Adicionalmente, el parágrafo del artículo 293 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero reconoce que los instructivos que sean expedidos tanto por la Superintendencia Financiera de Colombia así como los publicados por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras en relación con los procesos de liquidación, servirán de criterios auxiliares para los liquidadores en el desarrollo de su gestión.

De acuerdo con el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política el Presidente de la República tiene las facultades para señalar la forma como se desarrollará el proceso de toma de posesión, y en particular la forma como se procederá a liquidar los activos de la entidad, a realizar los actos necesarios para colocarla en condiciones de desarrollar su objeto social o a realizar los actos necesarios para obtener mejores condiciones para el pago total o parcial de las acreencias de los ahorradores, depositantes e inversionistas; la forma y oportunidad en la cual se deben presentar los créditos o reclamaciones; las sumas que se pueden cancelar como gastos de administración; la forma como se reconocerán y pagarán los créditos, se decidirán las objeciones, se restituirán los bienes que no deban formar parte de la masa, y en general, los actos que en desarrollo de la toma de posesión se pueden o se deben realizar.

En el Estatuto se establece que la toma de posesión tiene por objeto la protección del sistema financiero y de los depositantes y ahorradores con el objetivo de que estos puedan obtener el pago de sus acreencias con cargo a los activos de la entidad y, de ser el caso, al seguro de depósito. Por su parte el proceso de liquidación forzosa administrativa tiene por finalidad esencial la pronta realización de los activos y el pago gradual y rápido del pasivo externo a cargo de la respectiva entidad hasta la concurrencia de sus activos,

preservando la igualdad entre los acreedores sin perjuicio de las disposiciones legales que confieren privilegios de exclusión y preferencia a determinada clase de créditos.

1.1. Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- Fogafín

El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- Fogafín fue creado por la Ley 117 de 1985. En los términos del artículo 316 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el objeto general del Fondo es 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.

Para poder cumplir con el objetivo anterior dentro de sus funciones está 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 Financiera, como en la liquidación de instituciones financieras que se desarrollen bajo cualquiera de las modalidades previstas en la legislación. Esta función de seguimiento de la actividad de los liquidadores debe sujetarse a las reglas que mediante normas de carácter general establece el Gobierno Nacional.

En este sentido el artículo 296 del Estatuto dispone las atribuciones generales del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras- Fogafín en los procesos de liquidación forzosa administrativa de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Al respecto se estipula que el Fondo podrá:

- i) Designar, remover discrecionalmente y dar posesión a quienes deban desempeñar las funciones de liquidador y contralor y fijar sus honorarios. Para el efecto podrá establecer sistemas de regulación e incentivos en función de la eficacia y duración de la gestión del liquidador;
- ii) 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. Para efectos del seguimiento de la actividad de los liquidadores el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras tendrá, en cualquier tiempo, acceso a los libros y papeles de la entidad y a los documentos y actuaciones de la liquidación, sin que le sea oponible reserva alguna, con el objeto de examinar la gestión y eficacia de la actividad del liquidador, sin perjuicio de la facultad de removerlo libremente.
- iii). Emitir concepto previo a la selección de quienes han de realizar el avalúo de los activos;
- iv) Objetar e impugnar en vía gubernativa o judicialmente los actos del liquidador de los que puedan derivarse obligaciones a cargo del Fondo por concepto del seguro de depósitos.

En cuanto al seguro de depósitos administrado por el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras-Fogafín y las liquidaciones forzosas administrativas, en el artículo 323 del Estatuto se establece que las obligaciones del Fondo fundamentadas en el seguro de depósito podrán cumplirse mediante el pago directamente al depositante de la suma de dinero correspondiente o mediante el empleo de otros mecanismos que permitan al mismo recibir por lo menos una suma equivalente al valor amparado de su acreencia. Así mismo la norma dispone que puede cancelarse a los depositantes a partir de la toma de posesión, una suma hasta por un monto equivalente al valor del seguro de depósito o de la garantía correspondiente. Dicho pago tendrá efectos liberatorios respecto del seguro y la garantía en el monto por el cual el mismo se realice. Igualmente, podrán concederse créditos por parte del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras a la entidad objeto de la medida para que la misma atienda el pago del monto del deducible del seguro de depósito.

1.2. Reclamación y pago del Seguro de Depósitos administrado por Fogafín.

El Decreto 2555 de 2010 en su artículo 9.1.3.2.4, referente al pasivo a cargo de la entidad en liquidación, dispone que cuando el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –FOGAFIN pague el seguro de depósito, en las resoluciones de reconocimiento de acreencias a cargo de la institución financiera en liquidación, el liquidador deberá dejar expresa constancia que de conformidad con el artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el fondo se subroga parcialmente, y por tanto tendrá derecho a obtener el pago de las sumas que haya cancelado, con la misma prelación y en las mismas condiciones que los depositantes o ahorradores.

Al respecto el artículo 300 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone además de la facultad de subrogación en los acreedores en razón al pago del seguro de depósitos, que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras podrá recibir una reserva con las sumas que correspondan a pasivos no reclamados oportunamente por los acreedores o los accionistas durante el proceso de liquidación.

Es preciso resaltar, que tal y como se expuso al final del título anterior, el Fondo puede cancelar los montos por concepto del Seguro de Depósitos administrado por éste a partir de la toma de posesión, es decir que no es necesario esperar a que se constituya el pasivo a cargo de la entidad en liquidación.

2. PROBLEMAS Y NECESIDAD REGULATORIA

Si bien existe un marco regulatorio general con normas aplicables a los procesos de liquidación forzosa administrativa de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, así como instructivos del Fondo De Instituciones Financieras—Fogafín sobre el tema, se han identificado en la práctica algunas necesidades regulatorias para garantizar la mayor eficiencia de los procesos de liquidación forzosa y en particular en la reclamación y en el pago del Seguro de Depósitos administrado por Fogafin.

Para el entendimiento de la necesidad y el desarrollo de la respectiva propuesta regulatoria es preciso diferenciar la existencia de dos momentos del seguro de depósitos en los procesos de liquidación forzosa administrativa. El primer momento es la reclamación del seguro de depósitos que se hace durante el proceso, y el segundo momento es el pago del seguro de depósito ya reclamado. Este segundo momento a la vez supone la diferenciación de dos categorías; por un lado, el pago que Fogafin hace del seguro de depósitos a los depositantes, y por otro lado el pago que la liquidación hace a Fogafin, cuando éste se subroga en los acreedores por los montos cancelados por concepto de seguro de depósitos.

2.1. Reclamación del seguro de depósitos

En la normativa vigente sobre el tema no se dice nada acerca de la reclamación específicamente para el caso del seguro de depósitos. Este vacío conlleva que no quede claro si quien reclama el seguro de depósitos se tiene que dirigir primero a la liquidación, es decir, si hay o no obligación de reclamación en la liquidación para la obtención del pago del seguro; o si el Fondo puede reclamar por todos los depositantes que tienen derecho al seguro. Lo anterior en la práctica puede generar situaciones en las que el liquidador no reconozca a Fogafin el pago del seguro de depósitos cuando éste no ha sido reclamado dentro del tiempo que se ha definido para ello.

Es importante aclarar que el derecho para solicitar el seguro de depósitos no prescribe en un momento determinado, ya que en ninguna disposición legal se dispone de un plazo para que este derecho prescriba. Lo anterior sin perjuicio de la existencia de un término para reclamaciones al cabo del cual las obligaciones reclamadas, comprobadas y registradas serán calificadas como pasivo cierto no reclamado, de acuerdo con el artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2555 de 2010.

2.2. Pago del Seguro de Depósitos

2.2.1. Pago del Seguro de Depósitos Fogafin-Depositantes

Con el objetivo de lograr una mayor eficiencia en el pago del Seguro de Depósito a los depositantes que tengan acreencias cubiertas por éste, se plantea la necesidad de aclarar en qué momentos se hace el pago del seguro a los depositantes cuando estos han reclamado. Para esto se debe tener en cuenta que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone que el seguro de depósitos puede ser cancelado por Fogafin desde el momento en el que se ordena la toma de posesión de la entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia

2.2.2. Pago del Seguro de Depósitos Liquidación- Fogafin

La segunda categoría de pago, es la referente al pago realizado por la liquidación al Fondo de Instituciones Financieras por los montos cancelados a los depositantes por concepto de Seguro de Depósitos. En este caso se debería aclarar que Fogafin puede acudir a la liquidación a reclamar los pagos realizados hasta por el monto inicialmente reclamado. Además, se aclara la forma en que se debe hacer una reclamación cuando se

presente un evento o factor que implique reajustar el monto equivalente al valor total calculado del Seguro de Depósitos.

2.3. Otras necesidades

- Se plantea la necesidad de aclarar que el plazo previsto para que los acreedores inicien acción judicial de responsabilidad contra el liquidador, según lo establecido en el artículo 297 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no impide la terminación de la existencia legal de la entidad. Esto en concordancia con el numeral 2 del artículo 295 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y entendiendo que en la práctica suspender la terminación de la liquidación a la espera de la resolución de acción judicial de responsabilidad contra el liquidador supone grandes costos que recaen sobre la liquidación así como inseguridad jurídica para las partes y los terceros afectados. Adicional a lo anterior estos procedimientos judiciales se darían por acciones que si bien están relacionadas con el proceso son independientes de la liquidación.
- El artículo 9.1.3.3.2 del decreto 2555 de 2010 establece que dentro del mes siguiente a la fecha en que haya vencido el término para la elaboración del inventario, el liquidador, mediante resolución aceptará la valoración de los activos del inventario. La experiencia en estos procesos ha mostrado que este tiempo resulta insuficiente frente a la ubicación y condiciones de ciertos activos que demandan un periodo mayor para su valoración.
- El Artículo 9.1.3.9.1 del decreto 2555 de 2010 hace referencia a la junta asesora del liquidador. Sin embargo en los términos del artículo 298 del EOSF la junta que tiene una forma de integración y unas atribuciones específicas se denomina junta de acreedores.
- El artículo 11.3.1.1.1 establece que la función de seguimiento del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras aplica en los procesos liquidatorios de entidades financieras y aseguradoras. Por lo anterior es necesario precisar que el seguimiento a la actividad de liquidadores comprende todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- Como se expuso, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone la atribución que tiene el Fondo de Instituciones Financieras para realizar el seguimiento del liquidador. La definición de seguimiento fue luego desarrollada por el Decreto 2555 de 2010 en el artículo 11.3.1.1.2. al estipular que dicha facultad es evaluar la gestión del liquidador. Lo anterior supone un seguimiento meramente operativo de la gestión durante el proceso liquidatorio. Por lo tanto se considera necesario aclarar que las funciones del Fondo deben enfocarse de manera especial en apoyar la consecución de los objetivos de la liquidación, es decir, debería hacerse un énfasis en los mecanismos necesarios para hacer un pago eficiente, en la agilidad del cierre del proceso y en temas esenciales y neurálgicos que dependerán de las características de cada proceso en particular y que serán determinantes para cada liquidación.

3. PROPUESTA REGULATORIA

a) **Reclamación del Seguro de depósitos.** Establecer una norma específica para la reclamación del Fogafin asociada al reconocimiento del Seguro de Depósitos, de forma que los depositantes de la institución en liquidación que cuenten con acreencias cubiertas por éste no tengan que formular reclamaciones por los montos cubiertos de dichas acreencias ante la liquidación. Esto implica que el fondo presente la reclamación hasta por un monto equivalente al valor total calculado del seguro de depósitos, de acuerdo con la información contenida en la base de datos de los depositantes de la entidad intervenida con corte al día de la toma de posesión para liquidar, y será reconocido por el liquidador hasta por dicho monto. En consecuencia, el Fondo con la base de datos de depositantes pide el reconocimiento del monto total calculado de todos los depósitos cubiertos por el seguro.

No obstante, si una persona tiene acreencias que excedan el monto del seguro de depósito sí tendrá que reclamar directamente a la liquidación por ese exceso.

b) **Pago del Seguro de Depósitos.** En los casos de liquidación forzosa administrativa de las instituciones financieras inscritas en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –Fogafin, el Fondo procederá al pago del Seguro de Depósitos en las condiciones descritas en el artículo 323 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, de acuerdo con la información contenida en la base de datos de los depositantes de la entidad intervenida con corte al día de la toma de posesión para liquidar.

Así mismo se debe aclarar que el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras –Fogafin, tendrá derecho a obtener el pago de los montos cancelados por concepto del Seguro de Depósitos por parte del liquidador. Si con posterioridad al vencimiento del plazo legal para que el Fondo presente reclamación ante la liquidación, éste realiza pagos por concepto del Seguro Depósitos a personas que no estaban en la base de datos inicialmente entregada, es decir, se presenta un evento o factor que implique reajustar el monto equivalente al valor total calculado del Seguro de Depósitos, el Fondo deberá presentar la respectiva reclamación ante la liquidación.

c) **Ampliación del plazo de valoración del inventario de la entidad en liquidación.** Se propone la ampliación a tres (3) meses del plazo para valorar el inventario de la entidad en liquidación. Así mismo se propone la inclusión de la facultad en cabeza de Fogafin para modificar este plazo cuando lo considere necesario basado en las condiciones técnicas y específicas del caso concreto.

d) **Plazo para acciones contra el liquidador no impide terminación de la existencia legal.** Agregar un párrafo al artículo 9.1.3.6.5 que disponga que el plazo previsto para que los acreedores inicien acción judicial de responsabilidad contra el liquidador, según lo establecido en el artículo 297 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no impide la terminación de la existencia legal de la entidad en liquidación.

- e) **Cambio denominación junta asesora del liquidador.** Cambiar la denominación de la junta asesora del liquidador por junta de acreedores en concordancia con lo dispuesto en el EOSF.
- f) **Procesos de liquidación de entidades vigiladas por la SFC.** Precisar que la función de seguimiento de Fogafin comprende los procesos de liquidación de todas las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia.
- g) **Definición de la facultad de seguimiento de Fogafin.** Aclarar que por la facultad de seguimiento atribuida a Fogafin debe entenderse la evaluación de la gestión y eficacia del liquidador de la respectiva entidad, teniendo en cuenta principalmente los criterios legales sobre la materia. Así mismo deberá examinarse dicha gestión y eficacia de la actividad del liquidador, de forma que se pueda identificar el cumplimiento de los objetivos estratégicos del proceso liquidatorio de acuerdo con la naturaleza y complejidad de la entidad objeto de la liquidación.