



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN B

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Expediente: 36 540

Radicación: 250002326000200401391-01

Actor: Fondo de Empleados de Aluminios Reynolds y otros

Demandado: Superintendencia Bancaria

Referencia: Reparación directa

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 30 de octubre de 2008, proferida por la Sección Tercera-Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. La sentencia será confirmada.

SÍNTESIS DEL CASO

Después de que el Banco Cooperativo de Colombia-Bancoop reportara pérdidas por más de \$ 34 000 millones, sus asociados, reunidos en asamblea general extraordinaria de delegados de 12 de septiembre de 1998, aprobaron la realización de una cesión parcial de activos, pasivos y contratos a favor de

Coopdesarrollo, bajo el entendido de que la misma podía llevar a la liquidación de la entidad. Luego de concretado dicho negocio jurídico, la misma asamblea, en reunión de 2 de febrero de 1999, aprobó la liquidación del banco, sin que a la fecha se conozcan los resultados de la misma. Las personas jurídicas demandantes solicitan ser indemnizadas por el daño derivado de la pérdida de los aportes realizados a Bancoop como consecuencia de las supuestas fallas en las que habría incurrido la Superintendencia Bancaria al ejercer la función de inspección, vigilancia y control del ente financiero.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 14 de diciembre de 1999 ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, adicionado el 27 de marzo de 2000 en el sentido de incluir a una nueva demandante, los representantes legales de 33 personas jurídicas, actuando en nombre de estas últimas, interpusieron, a través de apoderado judicial, demanda de **reparación directa** contra la Superintendencia Bancaria, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas (f. 1-26 y 164-168 c. 1):

Primera. Que la Superintendencia Bancaria, es administrativamente responsable de los perjuicios patrimoniales y morales causados a los demandantes, por falla o falta del servicio que condujo a la pérdida de la totalidad de los aportes que tenían en el Banco Cooperativo de Colombia "Bancoop", hoy en liquidación.

Segunda. Que se condene a la Superintendencia Bancaria, a pagar, por concepto de perjuicios morales, a cada una de las cooperativas y fondos demandantes el equivalente a un mil gramos de oro fino, según el precio que certifique el Banco de la República al momento de quedar ejecutoriada la sentencia condenatoria (...).

Tercera. Que se condene a la Superintendencia a pagar por concepto de daños y perjuicios patrimoniales (daño emergente y/o lucro cesante):

3.1. Fondo de Empleados de Aluminios Reynolds Santodomingo \$ 8.250.000

3.2. Cooperativa Multiactiva "Coomonómeros" \$ 161.232.000

3.3. Cooperativa del Magisterio del Atlántico "Coopema" \$ 940.000.000

3.4. Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Trabajadores de la Electrificadora Atlántico "Cootraelectranta" \$ 20.000.000

3.5. Fondo de empleados de Confamiliar del Atlántico "Foncaja" \$

110.000.000

3.6. Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Empleados de Cajacopi "Coocajacopi" \$ 6.000.000

3.7. Cooperativa Multiactiva de los Trabajadores de Cartón de Colombia \$ 24.000.000

3.8. Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Trabajadores de Rhom And Haas Col. Ltda. \$ 20.000.000

3.9. Cooperativa de Empleados de Corelca "CEDEC" \$ 63.000.000.

3.10. Cooperativa Multiactiva de los Trabajadores de Ico "Coomultraico" \$ 8.101.000

3.11. Asociación de Productores de Leche del Departamento del Atlántico "Aprolesur" \$ 17.000.000

3.12. Cooperativa de Productores Agropecuarios del Sur Atlántico "Cooprasur" \$ 20.000.000

3.13. Cooperativa de Productores Agropecuarios de Campo de la Cruz y algodonal "Cooprocal" \$ 5.000.000

3.14. Cooperativa de Trabajadores del Sector Financiero "Cootrasfin" \$ 8.000.000

3.15. Cooperativa de los Trabajadores del Sena "Cootrasena" \$ 4.300.000

3.16. Cooperativa de Transportadores del Atlántico "Cootrantico" \$ 23.000.000

3.17. Cooperativa Multiactiva de la Costa Atlántica "Coomulticosta" \$ 12.500.000

3.18. Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Trabajadores de Aluminios Reynolds Santodomingo Ltda. "Cootralum" \$ 22.000.000

3.19. Cooperativa Multiactiva de Empleados, Trabajadores y Jubilados de Quintex y Quintal "Cootraquintal Ltda." \$ 7.130.000

3.20. Cooperativas de Transportadores del Guajaro "Cootransguajaro Ltda." \$ 56 679 831.71

3.21. Cooperativa de Transportadores y Distribuidores Independientes de la Costa Norte Ltda "COODIROMAN" \$ 23.200.009.78

3.22. Cooperativa Multiactiva de Trabajadores de Coolechera Ltda "COOTRACOL" \$ 10.700.000

3.23. Cooperativa Multiactiva de los Trabajadores y Pensionados de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Ltda "Coomutel" \$15.100.000

3.24. Cooperativa de Profesores y Empleados del Instituto Técnico Industrial del Atlántico "COOPEITIDA" \$ 6.000.000

3.25. *Cooperativa de Choferes de Taxi Transportadores del Atlántico Ltda*
"COOCHOTAX" \$ 12.000.000

3.26. *Fondo de Empleados de Intercor "FONDECOR"* \$ 137.297.394

3.27. *Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico Ltda.*
"COOLECHERA" \$ 718.602.391.71

3.28. *Cooperativa de Empleados Inem "COOEINEM"* \$ 24.000.000.

3.29. *Cooperativa Médica de la Costa "COOMEDICOSTA"* \$ 35.449.714.11

3.30. *Cooperativa Integral de Transportadores del Litoral Atlántico*
"Coolitoral" \$ 80.000.000

3.31. *Cooperativa de Ahorro y Crédito de los Trabajadores de la Empresa*
Distrital de Telecomunicaciones "Cootratel" \$ 80.000.000

3.32. *Cooperativa de Trabajadores y Jubilados de la Industria Cervecera*
Águila y Similares "Cootraguila" \$ 121.000.000

3.33. *Cooperativa Multiactiva de los Trabajadores Suministrados Ltda.*
"COOTRASUM" \$ 27.317.335 (...)

1.1. Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante sostuvo:

1.1.1. Cada una de las cooperativas y de los fondos de empleados que la integran perdió la totalidad de los aportes que tenían como asociados del Banco Cooperativo de Colombia-Bancoop, debido a su "*iliquidez, pérdida de patrimonio, bancarota, quiebra, disolución y liquidación*", imputables a la negligencia de la Superintendencia Bancaria, quien omitió ejercer, en forma adecuada y oportuna, las funciones de control, vigilancia y supervisión que detentaba sobre dicho banco.

1.1.2. Dicha Superintendencia se abstuvo de tomar las medidas que le correspondían con miras a evitar que Bancoop adelantara operaciones inseguras como la compra de cartera de alto riesgo de cooperativas que tenían graves problemas de liquidez o la recepción de un alto número de bienes en dación de pago, lo que produjo un mayor costo de oportunidad y el aumento de sus bienes improductivos. Adicionalmente, frente al deterioro evidente de la estructura financiera del banco, omitió adoptar las medidas de intervención que habrían sido necesarias, haciéndolo sólo cuando ya se había perdido su patrimonio y la totalidad de los aportes que cada uno de los demandantes tenía en él; circunstancia a la que se agrega el que la medida finalmente adoptada –

liquidación y cesión parcial de sus activos y pasivos a Coopdesarrollo- fue la menos apropiada de todas las disponibles.

1.1.3. Como consecuencia de la pérdida de sus aportes en Bancoop, daño que no estaban obligados a soportar, cada uno de los demandantes vio deteriorada su imagen, debido a la pérdida de confianza del mercado y del sector financiero.

II. Trámite procesal

2. La parte demandada recurrió en **reposición el auto admisorio** de la demanda por estimar que, por el factor de competencia territorial, el Tribunal Administrativo del Atlántico era incompetente (f. 182 c. 1); consideración que, admitida por dicho Tribunal en providencia de 28 de enero de 2004, condujo a que ordenara la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 198-200 c.1) en donde se profirió auto admisorio de la demanda el 12 de agosto de 2004 (f. 208-209 c.1).

3. En escrito de **contestación de la demanda** la Superintendencia Bancaria formuló la excepción que denominó “*petición antes de tiempo*” y que hizo consistir en el hecho de que, estando el trámite el proceso liquidatorio de Bancoop, aun no era posible establecer con certeza la existencia del daño invocado por las demandantes, conclusión que encuentra respaldo en los desarrollos jurisprudenciales y doctrinales realizados sobre el particular. Sobre el fondo del asunto indicó que, teniendo en cuenta que todos las demandantes hacen parte del sector solidario, no podían desconocer la regulación legal de la administración de una persona jurídica como Bancoop y, en particular, el hecho de que, como sus asociadas, tenían todas las facultades para intervenir directamente en su administración o en el control y vigilancia de quienes fueren los administradores, de modo que si hubo fallas en la dirección de la entidad, las mismas les son imputables; circunstancia a la que se agrega el hecho de las decisiones relativas a la cesión de activos, pasivos y contratos de Bancoop y a su liquidación voluntaria fueron aprobadas por asambleas generales y, en todo caso, pudieron ser cuestionadas ante la jurisdicción ordinaria. Después de recordar el contexto en el cual se produjeron los hechos litigiosos, señaló que: (i) adoptó las medidas cautelares necesarias para evitar la ocurrencia de alguna de las causales que daban lugar a la toma de posesión de los bienes, haberes y negocios de la entidad, dentro de ellas, la autorización de la cesión de activos y pasivos de Bancoop, aprobada voluntariamente por sus asociados, pero que su papel en esta

última no era garantizar que produjera utilidades, sino, únicamente, que cumpliera con los requisitos de Ley con miras a proteger los intereses de los terceros y la estabilidad del sistema financiero; (ii) adelantó un riguroso proceso de supervisión e inspección de Bancoop tanto *in situ* como *extra situ*; (iii) impuso múltiples sanciones tanto a la entidad vigilada como a sus directivos. Recordó que: (i) en ejercicio de las competencias en materia de inspección, vigilancia y control, ella se limita a evitar que se concreten los riesgos propios de la actividad de intermediación pero de ninguna manera puede entenderse como una coadministradora de la entidad sujeta a vigilancia; y (ii) los aportes en una sociedad constituyen el capital de riesgo que, en prueba del *animus societatis*, se pone en común para que, dependiendo de la gestión, genere utilidades o pérdidas; de modo que estas últimas están determinadas por dicha gestión y no por la actividad estatal de inspección, vigilancia y control que se ejerce, principalmente, en favor de terceros. Concluyó que, en el caso bajo análisis, no se configura ninguno de los elementos estructurantes de la responsabilidad, específicamente, no hay nexo de causalidad alguno entre el supuesto daño causado y su actuación que, por demás, nada tuvo de reprochable, pues la decisión de liquidación de Bancoop fue adoptada por decisión de la asamblea general de delegados. Finalmente, indicó que, de acuerdo con la jurisprudencia, no hay lugar a reconocer indemnización por perjuicios morales a favor de personas jurídicas, por ser entes abstractos, incapaces de padecer dolor (f. 215-256 c.1).

4. Dentro del término de traslado para **alegar de conclusión en primera instancia**, la demandada reiteró ampliamente los argumentos expuestos en su contestación y señaló que la parte actora no demostró lo bien fundado de sus pretensiones, habiéndose mostrado negligente en su actividad probatoria -por ejemplo, se abstuvo de pagar los honorarios de la prueba pericial decretada- (f. 298-322 c.1).

5. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas¹, la Sección Tercera, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió **sentencia de primera instancia** el 30 de octubre de 2008 en la cual denegó las pretensiones de la demanda (f. 343-354 c.ppl.), con fundamento en las siguientes consideraciones:

5.1. Del material probatorio allegado al proceso se advierte que la

Superintendencia Bancaria ejerció adecuadamente las funciones de inspección, vigilancia y control que detentaba respecto de Bancoop. Así, está acreditado que le puso de presente su lamentable estado financiero y lo instó a adoptar las medidas necesarias para recomponerlo.

5.2. Las competencias de la Superintendencia en materia de inspección, vigilancia y control de entidades deben ejercerse para proteger el interés general, en particular, el de terceros de buena fe, pero por ningún motivo implican la facultad de coestionar o intervenir en la autonomía jurídica y democrática de los entes vigilados. En ese sentido, la labor por ella realizada *“no garantizaba que el patrimonio de los depositantes o accionistas no resultara afectado como consecuencia de la materialización de los riesgos inherentes a la actividad de intermediación financiera”*.

5.3. No podría responsabilizarse a la Superintendencia Bancaria por los daños causados por *“la negligencia de los socios de asumir de manera adecuada y responsable la administración del Bancoop”* pues está acreditado que fue la Asamblea General Extraordinaria de Delegados de Bancoop la que, previa autorización de la Superintendencia, decidió ceder todos sus activos y pasivos a Coopdesarrollo.

5.4. No estando demostrada la falla del servicio, no es posible concluir sobre la responsabilidad de la demandada. Asimismo, teniendo en cuenta que la parte actora no asumió la carga procesal de demostrar la finalización del proceso liquidatorio de Bancoop y sus resultados, no acreditó el daño antijurídico.

6. Inconforme con la decisión, la parte actora presentó (f. 356 c.ppl.) y sustentó (f. 363-369 c.ppl.) en tiempo **recurso de apelación** en el que manifestó:

6.1. No se tuvieron en cuenta los argumentos de los alegatos de conclusión presentados en el trámite de la primera instancia, por lo que solicita su consideración.

6.2. Está demostrado que la Superintendencia Bancaria, teniendo la posibilidad de hacerlo, dejó de prevenir y evitar oportunamente los daños causados.

6.3. La certeza de estos últimos queda demostrada a partir de la apreciación en

¹ Mediante auto de 13 de octubre de 2005, f. 262-268 c. 1.

conjunto de los medios de convicción que dan cuenta del sustancial deterioro de la cartera de Bancoop acaecido durante el año 1998 y, en particular, de las certificaciones expedidas por cada una de las personas jurídicas demandantes en las que se menciona el valor de los aportes perdidos.

6.4. El *a quo* no se ocupó de analizar el material probatorio allegado al proceso y en la sentencia sólo refirió el aportado por la demandada, sin tener en cuenta el allegado con la demanda, lo que vulnera abiertamente los derechos constitucionales a la defensa, debido proceso, igualdad y acceso a la administración de justicia, entre otros.

6.5. En el trámite del proceso se acreditaron debidamente los elementos que estructuran la responsabilidad de la demandada por los hechos invocados en la demanda.

7. Dentro del término para presentar **alegatos de conclusión en segunda instancia**, la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación (f. 399-405 c.ppl.), como también lo hizo la Superintendencia Financiera, antes Bancaria, quien indicó, además, que el recurso de apelación interpuesto por la actora adolecía de indebida sustentación, toda vez que las razones en las que se fundó no fueron respaldadas con soportes legales o fácticos (f. 406-439 c. ppl.).

7.1. Por su parte el **Ministerio Público** conceptuó que, de acuerdo con la certificación expedida por el liquidador principal de Bancoop, el proceso liquidatorio no había terminado y estaban adelantándose las gestiones necesarias para recuperar la totalidad de activos, hecho al que estaba supeditado el pago de los pasivos a cargo de la entidad, entre ellos, los aportes de los actores, lo que indica que el daño invocado en la demanda es hipotético y eventual y no cierto y actual, por lo que no es susceptible de indemnización. Adicionalmente señaló que, analizada la actuación de la demandada, no se advierte “*de manera inequívoca*” que esta hubiere sido inoportuna o insuficiente o que, de haberse adoptado medidas distintas, los asociados de Bancoop no estuvieren en riesgo de perder sus aportes; sobretodo si se tiene en cuenta que, como lo ponen en evidencia providencias de la Corte Constitucional, para la época de los hechos hubo una crisis económica que afectó directamente al sector solidario del que hacía parte Bancoop (f. 440-454 c.ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto en sede de apelación, en razón del recurso interpuesto por la parte actora, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el 40 de la Ley 446 de 1998, dado que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones, supera la exigida por la norma para el efecto².

II. Hechos probados

9. De conformidad con las pruebas válida y oportunamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos relevantes:

9.1. El 19 agosto de 1998, la Superintendencia Bancaria llamó la atención de Bancoop a propósito de las múltiples inquietudes que suscitaba su estructura financiera y, con el ánimo de subsanar el potencial incumplimiento de la relación del margen de solvencia prevista en el Decreto 673 de 1994, ordenó su capitalización. En respuesta de 31 de agosto de 1998, el presidente del banco indicó que, dadas las dificultades de liquidez presentadas en todo el sector cooperativo desde 1997 y derivadas, principalmente, de la pérdida de confianza de los ahorradores en el mismo, las cooperativas asociadas, dueñas del banco, estaban en la imposibilidad de capitalizarlo, por lo que se estaban estudiando múltiples alternativas para obtener los recursos requeridos (copia simple del oficio³, f. 246-247 c.2).

² La pretensión mayor, correspondiente a la indemnización por perjuicios materiales a favor de la Cooperativa de Productores de Leche del Atlántico Ltda.-Coolechera- se estimó en \$ 940 000 000, monto que supera la cuantía para que un proceso adelantado en acción de reparación directa fuera considerado como de doble instancia ante esta Corporación -500 smlmv considerados al momento de presentación de la demanda-. Lo anterior por cuanto para el 1999, año de interposición de la presente demanda, el salario mínimo legal mensual vigente era de \$ 236 460, lo que multiplicado por 500 arroja un total de \$ 118 230 000.

³ Se le otorga validez a estos documentos por cuanto, según la sentencia de unificación de jurisprudencia proferida sobre el particular por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, *“las copias simples, en tanto no sean tachadas de falsas por la contraparte, sí tienen valor probatorio, lo que deviene en una especie de “autenticidad tácita” que no es otra cosa que la materialización del principio de buena fe constitucional”*, sentencia de 30 de septiembre de 2014, exp. 11001-03-15-000-2007-01081-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

9.2. El 12 de septiembre de 1998, la asamblea general extraordinaria de delegados de Bancoop, después de escuchar un informe sobre: i) la situación del banco que daba cuenta de una pérdida que redondeaba los \$ 34 000 millones de pesos; ii) las alternativas planteadas para solucionar la situación⁴; y iii) las actividades desarrolladas, entre ellas, el convenio celebrado con Coopdesarrollo para cederle parcialmente activos y pasivos, para el cual esta última entidad obtuvo del gobierno nacional el compromiso de ayuda necesario para que la operación fuera un éxito; y, con el *“propósito de evitar un mayor deterioro patrimonial de la entidad, los efectos subsecuentes en las pérdidas registradas y la forma como han afectado los aportes sociales de los asociados de la institución a raíz de la situación del sector financiero cooperativo y a fin de proteger los intereses de los usuarios y de proteger los ahorros del público”*, decidió por unanimidad:

Aprobar la cesión parcial o total de activos, pasivos y contratos del Banco Cooperativo de Colombia, Bancoop a favor de Coopdesarrollo, de conformidad con el acuerdo suscrito el 8 de septiembre de 1998.

(...)

Conferir amplias facultades a la Junta de Directores y a la administración del banco para que, en caso que se configure una cesión parcial de activos y pasivos, se determinen los bienes que se mantendrán en cabeza del banco, aceptando desde ya la posible liquidación de la entidad o mantenerla si las autoridades competentes lo permiten o financieramente es viable (copia del acta, f. 1-11 c.6).

9.3. El 24 de noviembre de 1998, la Superintendencia Bancaria, después de escuchar el concepto del consejo asesor y de considerar que el proceso propuesto no sólo era beneficioso para las entidades concernidas sino también para el sector cooperativo, autorizó, además de la incorporación de algunas entidades financieras, la *“cesión parcial de activos, pasivos, contratos y establecimientos de comercio de Bancoop a favor del Banco Coopdesarrollo”*. En el acta de la asamblea general extraordinaria de delegados de Bancoop de 2 de febrero de 1999, mediante la cual se aprobó la liquidación de la entidad, se dio

⁴ Dentro de las cuales se plantearon: *“el fortalecimiento del Banco con recursos del Estado, la fusión con otro banco cooperativo, la venta del banco a inversionistas nacionales o extranjeros o la constitución de un Megabanco con naturaleza jurídica de sociedad anónima, en virtud de la cual a través de Coopdesarrollo se lideraría el proceso en donde se incorporarían Coopsibaté, Cupocrédito y frente al Banco se celebraría una cesión parcial de activos y pasivos, de acuerdo con la propuesta formulada por la Superintendencia Bancaria y el acuerdo suscrito entre dichas entidades. // Las alternativas distintas a la última no fueron posibles, al no concretarse ninguna de ellas; de tal forma que, con el apoyo del Gobierno Nacional, se piensa hacer realidad la idea tantas veces propiciada por el Banco Cooperativo en cuanto a existir un solo banco para las cooperativas. Sería un Megabanco”* (f. 8 c. 6).

cuenta del contrato de cesión celebrado en los siguientes términos:

Este contrato firmado el 30 de diciembre de 1998, en virtud del Acuerdo suscrito en septiembre del mismo año, se perfeccionó el pasado 4 de enero. Mediante este acto quedaron cedidos al Banco Coopdesarrollo los activos al cierre del 31 de diciembre, con excepción de la inversión en Fidubancoop, la totalidad de los derechos fiduciarios sobre las acciones de Granahorrar, \$ 15 000 millones de cartera provisionada al 100%, \$ 1 816 millones de cartera otorgada a cooperativas con el propósito de capitalizar al Banco, y la cartera castigada. Igualmente se cedieron la totalidad de pasivos, incluyendo los laborales, con excepción de los contratos laborales del Revisor Fiscal, el Representante Legal y dos personas más que continuaron vinculadas a Bancoop (copia del oficio y extracto del acta procolizada en escritura pública, f. 371-375 c.2 y 1-11 c.6).

9.4. En el informe de gestión del año 1998 del Banco Cooperativo de Colombia presentado por su presidenta encargada a la asamblea general extraordinaria de delegados el 2 de febrero de 1999, se dio cuenta de: i) las dificultades económicas presentadas en el país en ese período; ii) la crisis sistémica del sector cooperativo, presuntamente ocasionada, entre otros, por la expedición del Decreto 798 de 1997 a través del cual se ordenó a las entidades oficiales el retiro de los depósitos de las cooperativas “*provocando la crisis de confianza que vive el sector*”; iii) la situación de iliquidez que presentó el banco, con mayor rigor, durante los meses de junio y julio; iv) la presión por liquidez de las mismas cooperativas que llevó al banco a recibir daciones en pago en varios casos y a adelantar la compra de cartera calificada tipo A por cerca de \$ 65 000 millones; vi) el drástico retiro de depósitos que se produjo durante el año; vii) la necesidad de solicitar recursos al Banco de la República y a Fogafin; viii) el deterioro de la cartera; ix) los efectos económicos de varias medidas adoptadas por la Superintendencia Bancaria; ix) el costo de oportunidad generado por el incremento de activos improductivos; x) las acciones adelantadas para mantener a flote el banco: xi) que dado el fracaso de las alternativas propuestas, sólo quedó, con el fin de evitar la intervención con fines de liquidación, aceptar la solución planteada por la Superintendencia Bancaria consistente en ceder parcialmente activos, pasivos y contratos al Banco Coopdesarrollo⁵ (acta de la asamblea protocolizada en escritura pública de 26 de febrero de 1999, f. 1-35 c.2).

9.5. En el informe presentado en la misma fecha y ante el mismo órgano, el revisor fiscal de Bancoop indicó que:

El resultado final del ejercicio contable muestra una disminución de activos del 55% al pasar de \$ 745 601 millones a \$ 331 319 millones, en donde el

⁵ Se dice en el acta que dicha propuesta “se volvió de obligatoria aceptación”.

patrimonio absorbió totalmente la pérdida convirtiéndose en participación negativa del 51%.

Lo anterior señala que el monto total de los activos no alcanza a cubrir las exigibilidades de la Institución que ascienden a \$ 370 897 millones.

La cesión de activos y pasivos a Coopdesarrollo ha salvaguardado los recursos de los ahorradores y cuentahabientes de la Institución, no quedando en las mismas condiciones los aportes de los asociados los cuales quedaron incluidos dentro de los excedentes negativos de \$ 269 946 millones generados por Bancoop (informe obrante en el acta de la asamblea protocolizada en escritura pública, f. 124 vuelto c.2).

9.6. En esa asamblea general de delegados –la de 2 de febrero de 1998- se decidió unánimemente disolver y posteriormente liquidar la sociedad en consideración a que *“una vez realizada la cesión parcial de activos, pasivos, contratos y establecimientos de comercio al Banco Coopdesarrollo, el Banco no cumple con los requerimientos mínimos exigidos por las normas vigentes, comoquiera que el margen de solvencia se encuentra por debajo de los parámetros establecidos y que la Superintendencia Bancaria ha presionado para decidir la situación de Bancoop, so pena de una intervención”*. Esta acta fue protocolizada en escritura pública n.º 530 de 26 de febrero de 1999 otorgada en la Notaría 25 de Bogotá (acta de la asamblea protocolizada en escritura pública de 26 de febrero de 1999, f. 125 vuelto-126 c.2).

9.7. El 18 de junio de 1999, la Superintendencia Bancaria de Colombia certificó que el Banco Cooperativo de Colombia-Bancoop (en liquidación) era un *“establecimiento de crédito bancario de naturaleza cooperativa e institución auxiliar del cooperativismo, entidad privada con personería jurídica y sin ánimo de lucro”* sometida a su control y vigilancia (copia auténtica de la certificación, f. 162 c.1).

9.8. Las personas jurídicas demandantes se encuentran constituidas legalmente (certificados de existencia y representación de cada una de ellas expedidos por la Cámara de Comercio de Barranquilla, f. 59-121 y 169-172 c.1).

9.9. El 25 de noviembre de 2005, el liquidador principal de Bancoop: i) informó que el proceso liquidatorio continuaba; ii) certificó *“el valor de los aportes que a la fecha figuran en los registros contables de Bancoop, a nombre de las siguientes cooperativas, que acreditan su condición de asociadas del Banco”*, listado en el que se incluyen, entre otras, a 32 de las 33 demandantes –en el listado remitido no se incluyó a la Cooperativa Multiactiva de los Trabajadores Suministrados

Ltda.-Cootrasum-; y iii) indicó que *“al concluir el proceso de liquidación del Banco, se podrá determinar con certeza el valor de los dineros que se lograron recaudar para devolverlos a los asociados en proporción a sus aportes, previa la cancelación de los pasivos externos a cargo de Bancoop”* (original del oficio, f. 411-412 c.2).

9.10. Un contador público certificó que, para el 31 de diciembre de 1998, la Cooperativa Cootrasum tenía aportes en Bancoop por un valor de \$ 27 317 335 (original de la certificación, f. 174 c.2).

III. Problema jurídico

10. Corresponde a la Sala establecer si hay lugar a declarar la responsabilidad extracontractual de la Superintendencia Bancaria por los daños que, según la parte actora, se causaron como consecuencia de las supuestas fallas en las que habría incurrido en la inspección, vigilancia y control del Banco Cooperativo de Colombia-Bancoop, ahora en liquidación. Con el fin de precisar la manera cómo se configuran los diferentes elementos del juicio de responsabilidad del Estado en estos eventos, la Sala recordará la jurisprudencia desarrollada sobre el tema y, a la luz de los principios decantados, estudiará si en el caso bajo análisis se encuentran o no acreditados.

IV. Análisis de la Sala

IV.1. La responsabilidad del Estado por el ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control, especialmente, de las entidades cooperativas que realizan actividades financieras

11. Teniendo en cuenta que, por su transcendencia para el interés general, algunas de las áreas de actividad de los particulares son sometidas por el ordenamiento jurídico a la inspección, vigilancia y control del Estado, esta Corporación ha sostenido de manera pacífica que este último puede ser declarado responsable, a título de falla en el servicio, por acción⁶ o por omisión⁷,

⁶ Así, por ejemplo, esta Subsección en sentencia de 29 de abril de 2015, exp. 32878, C.P. Danilo Rojas Betancourth, declaró la responsabilidad de la Superintendencia Bancaria por los daños causados a una sociedad y a su representante legal por cuenta de actuaciones que no cumplían con la finalidad perseguida en el proceso de toma de posesión de los bienes y haberes de aquélla.

⁷ Son muchos más los casos en los que se ha analizado la responsabilidad de entidades estatales por supuestas omisiones en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control. Para ver algunos ejemplos: Sección Tercera, sentencias de 22 de julio de 2009, exp. 27920, C.P. Ramiro Saavedra Becerra y de 11 de noviembre de 2009, exp. 17501, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y de la Subsección A, sentencia de 3 de octubre

por los daños que haya podido causar con ocasión del ejercicio de dichas potestades.

11.1. Ahora bien, en concordancia con la perspectiva indemnizatoria consagrada por el artículo 90 de la Constitución Política, en estos casos, como en todos los demás juicios de responsabilidad del Estado, el primer elemento que debe analizarse es el **daño**, pues sólo puede ser susceptible de ser indemnizado aquel que, además de personal y cierto, sea antijurídico.

11.1.1. Sobre este punto es de anotar que, en el caso de las demandas de reparación directa formuladas para obtener la indemnización de daños causados por fallas en la inspección, vigilancia y control de entidades financieras y/o cooperativas, hasta hace algunos años se consideraba que, en los eventos en los que mediaba un proceso liquidatorio, esos daños sólo eran ciertos a partir del momento en que este último culminaba, pues sólo allí podía establecerse, de manera clara y definitiva, si los demandantes habían sufrido o no el detrimento patrimonial alegado, esto es la falta de pago de sus acreencias; razón por la cual, en estas situaciones, la Sección Tercera concluía que la demanda había sido presentada antes de tiempo y, en consecuencia, se declaraba inhibida para fallar de fondo⁸. No obstante, esta posición fue reevaluada en estos términos⁹:

En esta oportunidad, la Sala considera que, a pesar de que la entidad financiera esté intervenida y su liquidación aún no haya terminado, los usuarios - ahorradores o depositantes –, e incluso la misma entidad objeto de dicho procedimiento, pueden sufrir daños ciertos que generan perjuicios materiales e inmateriales.

En efecto, entre las entidades de control y los usuarios de las entidades financieras existe una relación de protección, que genera la confianza de éstos últimos en el sistema financiero y los motiva a depositar sus ahorros en las entidades financieras, con la finalidad de obtener liquidez, seguridad y rentabilidad, dentro de una entidad que le otorga confianza para ello. En el momento en que la entidad es intervenida - con fines de liquidación - los objetivos con los cuales los usuarios acudieron a la entidad financiera se ven afectados, y la confianza de éstos con respecto a la entidad y al sistema, se quebranta. En estos casos, el daño consiste en el menoscabo patrimonial de los usuarios, quienes no pueden contar con su dinero - ahorros - en el momento en que lo necesitan, es decir, de forma inmediata. Lo anterior cobra mayor sustento si se tiene en cuenta que las cuentas de ahorros no se limitan a generar rendimientos, sino que se transformaron en fuente de pago de obligaciones.

Para la Sala esta situación claramente configura un daño cierto, pues en caso de que se demuestre que la liquidación de la entidad financiera se

de 2012, exp. 22984, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ Sección Tercera, sentencias de 16 de marzo de 1989, exp. 5393, C. P. Carlos Betancur Jaramillo; 14 de junio de 1990, exp: 5881, C.P. Julio César Uribe Acosta; 4 de marzo de 1994, exp: 6298, C. P. Juan de Dios Montes Hernández; 7 de mayo de 1998, exp. 10.397, . C. P. Ricardo Hoyos Duque; y 17 de agosto de 2000, exp. 11.811, C.P. German Rodríguez Villamizar, entre muchos otros.

⁹ Aunque es importante señalar que este cambio jurisprudencial era posible por los términos en los que fue formulado el *petitum* de la demanda. En efecto, en él se solicitó la indemnización de las sumas de dinero depositadas en CREDISOCIAL que no fueron restituidas, “*por cuanto constituyen dineros cuya propiedad no se puede detentar en cualquier momento y su devolución es incierta*”.

debió a la omisión de vigilancia del Estado y, a pesar de que tal procedimiento no haya finalizado, es evidente que el no poder disponer de los ahorros es un daño cierto, que lógicamente genera perjuicios materiales e inmateriales, imputable al Estado que debe indemnizarlos, y que harán nugatoria la posibilidad de que los usuarios indemnizados puedan reclamar sus “acreencias” ya satisfechas, a la culminación del proceso de liquidación de la entidad financiera liquidada.

La Sala advierte igualmente que, entre las entidades de control y las vigiladas, también existe una relación jurídica de derecho público en la cual, éstas últimas pueden padecer daños durante la intervención o con ocasión de la liquidación, procedimiento dentro del cual la entidad de control puede adoptar medidas transitorias, como puede ser la toma de posesión, que tiene por objeto proteger el sistema financiero y a los depositantes o ahorradores, y que tiene la potencialidad de causar un daño, consistente en el menoscabo de la capacidad operativa de la entidad vigilada, que pierde su autonomía en la toma de decisiones.

Puede suceder también, que aunque la entidad de control adopte medidas preventivas a favor de la vigilada, éstas sean inoportunas - la medida sí era la apropiada pero se adoptó demasiado tarde - o resulten ineficaces - se actuó de forma inmediata, pero la medida impuesta era improcedente –.

En estos eventos, también se estaría frente a un daño cierto, imputable al Estado, por la omisión de inspección, control y vigilancia sobre la entidad vigilada.

En esta oportunidad, la Sala se aparta de la anterior tesis en la que se declaraba inhibida para conocer el fondo del asunto en consideración a que, al no haber finalizado el proceso de liquidación de la entidad financiera, se concluía que el daño era incierto. Ahora, la Sala considera que las pretensiones no se formulan antes de tiempo puesto que, como se explicó, los procedimientos previos a la liquidación e incluso, durante la misma liquidación, pueden causar daños a los ahorradores o usuarios e incluso a las mismas entidades financieras.

Desconocer lo anterior, significaría prolongar un daño y agravar los perjuicios que de él se generan, haciendo más gravosa la situación de los usuarios que, de buena fe y motivados por el principio de confianza que los inspiró a utilizar el sistema, depositaron sus ahorros y que, ante la situación de las entidades financieras ante las medidas de las que son objeto, se ven afectados y despojados de sus recursos que, en la mayoría de los casos, son destinados para su propia subsistencia y para el mantenimiento de sus hogares.

Ante esta realidad, afirmar que el daño no es cierto, sería desnaturalizar la noción misma de daño, concebida como la aminoración patrimonial sufrida por las víctimas, quienes no pueden disponer de su dinero por un largo período de tiempo, y desconocer la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política.

Cabe precisar que, en estos casos, en los que se demanda la omisión de los órganos de control en la inspección y vigilancia de las entidades financieras, no todos los daños sufridos por los administrados son indemnizables, en consideración a que la función de supervisión, como se verá más adelante, no consiste en garantizar el patrimonio de los depositantes o ahorradores contra cualquier pérdida, sino que lo que se pretende con dicha vigilancia es

asegurar el cumplimiento de las normas del sector financiero por parte de las entidades que desarrollan ese tipo de actividades.

Con fundamento en el anterior postulado, la responsabilidad del Estado por la omisión de los órganos de control se configurará únicamente cuando los daños causados sean consecuencia de una actuación de las entidades vigiladas contraria al ordenamiento jurídico, cuyo cumplimiento ha debido garantizar el organismo supervisor.¹⁰

11.1.2. Estas consideraciones, transcritas *in extenso* por su interés para ilustrar las diversas situaciones en las que puedan encontrarse las personas perjudicadas con ocasión del ejercicio, por acción o por omisión, de funciones de inspección, vigilancia y control respecto de una entidad financiera que, para la época de presentación de la demanda, se encuentre en proceso liquidatorio, son explícitas al distinguir entre dos categorías de víctimas: i) los usuarios de las entidades vigiladas que, habiendo confiado en las mismas y en el sistema regulado por el Estado, depositan en ellas sus ahorros y, por cuenta del proceso liquidatorio, se ven en la imposibilidad de disponer de los mismos hasta que este último termine, y ii) las mismas entidades vigiladas que, por virtud de las medidas adoptadas en ejercicio de esas funciones, ven reducida su capacidad operativa o pierden su autonomía en la toma de decisiones o, por omisión en el mismo, padecen detrimentos que no habrían sufrido si se hubieran adoptado las medidas pertinentes. No obstante, es relevante señalar que en estas consideraciones se dejó de lado una categoría de víctimas que, por su particularidad, merecería un tratamiento distinto: los asociados o socios de la entidad vigilada¹¹.

11.1.3. En efecto, además de los terceros y de la misma entidad, puede ocurrir – como en el *sub examine*– que sus asociados demanden la reparación de los daños que se les haya causado directamente con ocasión del ejercicio de facultades de inspección, control y vigilancia respecto de aquella, lo que supone que estos acrediten que padecieron una lesión cierta y personal de un bien o interés jurídicamente tutelado. Ahora, para referirse únicamente al caso de los asociados de entidades cooperativas que realizan actividades financieras como aquellas de las que era cuestión en la providencia citada¹², o como el Bancoop

¹⁰ Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 27920, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹¹ De manera similar dicha providencia dejó de mencionar que, por virtud de las medidas de emergencia dictadas por el gobierno nacional en aras de conjurar la crisis sufrida por las entidades cooperativas, en particular, por lo dispuesto en el Decreto 2331 de 1998, algunos de los depositantes o ahorradores de entidades cooperativas que para el 16 de noviembre de ese año se encontraban en liquidación administrativa forzosa o entraren en ella antes del 31 de diciembre de esa misma anualidad, tenían la posibilidad de acceder a los recursos de un fondo extraordinario que tenía por objeto adquirir sus acreencias, de modo que la Nación se les subrogaba en el proceso liquidatorio; circunstancia que, sin lugar a dudas, resulta relevante en la perspectiva de la acreditación y, por supuesto, indemnización de los supuestos daños que esa categoría de personas haya podido sufrir por cuenta de las actuaciones relacionadas con la inspección, control y vigilancia de las entidades en curso de liquidación.

¹² La demanda de reparación que fue fallada mediante la sentencia de 22 de julio de 2009 fue la interpuesta por varias personas naturales en contra de la Nación, Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria-DANSOCIAL por los daños ocasionados por las fallas en la inspección, vigilancia y control de las cooperativas CREDISOCIAL, Caja Financiera Cooperativa y de la Cooperativa Financiera Andina-COFIANDINA, cooperativas de ahorro y crédito. Dichos daños se hicieron consistir en los réditos financieros que dejaron de producir las sumas depositadas en cuentas de ahorro y certificados de depósito a término –CDTA– abiertas en dichas entidades y en el monto de aquellas que no fueron restituidas al término de la liquidación.

que es la institución en la cual eran aportantes los aquí demandantes y que, como se verá, también es de carácter financiero¹³, podría admitirse, de manera semejante a como se admitió en relación con los terceros ahorradores en dichas entidades, que, estando en curso un proceso liquidatorio, la lesión indemnizable sería el presunto menoscabo patrimonial derivado de no poder disponer del monto de sus aportes hasta tanto aquél no termine.

11.1.4. Aunque esta conclusión tendría respaldo en el hecho de que, como lo consagra la Ley 79 de 1988 que regula la actividad cooperativa, los asociados de este tipo de entidades pueden retirarse cuando lo deseen (artículo 5 y 23.6), lo que implicaría que podrían solicitar la devolución de sus aportes en la forma prevista en los estatutos (artículo 19.10), dado que, como se desprende claramente de lo dispuesto en el artículo 120¹⁴, estos son pasivos que se deben a los asociados; lo cierto es que, como también lo prescribe la misma Ley, los estatutos de estas entidades debían establecer “*un monto mínimo de aportes sociales no reducibles durante la existencia de la cooperativa*” (artículo 5.7 y 19.10), de modo que, en el marco de una acción de reparación directa interpuesta antes de la culminación del proceso liquidatorio, los asociados-demandantes tendrían la carga de demostrar que, de no haber mediado este último, habrían podido disponer libremente de sus aportes o, al menos, de una parte de ellos. En ese sentido esta Sala, al conocer de la demanda interpuesta por una cooperativa asociada de Bancoop, después de recordar la posición jurisprudencial fijada en la sentencia de 22 de julio de 2009, concluyó¹⁵:

19. No obstante, en el sub judice comoquiera que dentro del expediente no obra prueba que certifique que Cooldemar hubiese solicitado a la entidad en liquidación (sic)¹⁶ en la que tenía sus aportes el retiro de los mismos en el término así prescrito por ella, es decir, no se acreditó si los asociados pudieron o no disponer de sus ahorros, situación que impide establecer la causación de un detrimento patrimonial, puesto que al no generarse dicha solicitud no se puede determinar si estos hubieren estado o no disponibles para cuando los usuarios los necesitaran, o en que porcentaje se cernía en forma concreta y específica la pérdida.

11.1.5. Lo anterior no obsta para que, en esta oportunidad, la Sala ponga de presente que, en las demandas de reparación directa relativas al ejercicio de facultades de inspección, vigilancia y control respecto de entidades cooperativas como Bancoop, la situación de los asociados que, por cuenta de un proceso liquidatorio, no han podido disponer o recuperar sus aportes sociales, no debe equipararse a la de los acreedores externos de la entidad vigilada, en particular, a la de quienes depositaron en ella sus ahorros¹⁷. Ello en tanto que, a diferencia de

¹³ Aunque las reflexiones serían aplicables, *mutandis mutandi* y, con mayor razón, a la mayoría de las sociedades mercantiles.

¹⁴ De acuerdo con esta norma: “*En la liquidación de las cooperativas deberá procederse al pago de acuerdo con el siguiente orden de prioridades: 1. Gastos de liquidación. // 2. Salarios y prestaciones sociales ciertos y ya causados al momento de la disolución. // 3. Obligaciones fiscales. // 4. Créditos hipotecarios y prendarios. // 5. Obligaciones con terceros, y // 6. Aportes de los asociados*”.

¹⁵ Sentencia de 13 de noviembre de 2014, exp. 26190, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁶ En liquidación en el momento en que se presentó la demanda pero no así en aquel en que Bancoop estableció que los aportes de los afiliados que solicitaran su desafiliación sólo se entregarían al cabo de un año de esta última.

¹⁷ Vale la pena indicar que la mayor parte de las decisiones que la Sección Tercera de esta Corporación ha proferido sobre este asunto se refieren a demandas indemnizatorias presentadas por acreedores externos de las entidades cooperativas –ahorradores– y no por asociados. En ese sentido pueden consultarse, además de la providencia citada *in extenso*, las siguientes decisiones:

estos últimos, los aportes realizados por los asociados están destinados a conformar el capital social de la cooperativa¹⁸ y, con él, la posibilidad de que esta última cumpla con su objeto; de modo que aquellos constituyen la garantía de la obligación contraída en virtud de la asociación¹⁹, por lo que no sólo son un reflejo importante del grado de compromiso con el proyecto cooperativo, sino que, en últimas, son el costo que los asociados asumen por participar en el mismo y por recibir las ventajas que de él puedan derivarse²⁰, de la misma manera que los aportes en sociedades mercantiles constituyen el capital de riesgo invertido con el fin de obtener utilidades.

11.1.6. En este orden de ideas la Sala considera que, bajo el entendido de que, estando en curso un proceso liquidatorio, los asociados de la entidad cooperativa pueden padecer el daño consistente en no poder disponer de sus aportes sociales o de una parte de ellos, este menoscabo, a diferencia del sufrido por los ahorradores, no es necesariamente antijurídico. Lo anterior por cuanto mientras los ahorradores depositan su dinero con el fin de obtener seguridad y rentabilidad, con la confianza de que van a poder disponer de él de manera inmediata o en el plazo fijado por ellos mismos en los certificados de depósito a término, los asociados, a través de sus aportes, se vinculan directamente con la existencia y perennidad del ente cooperativo; de donde que, para los primeros, el no poder disponer de su dinero hasta las resultas del proceso liquidatorio es una carga que, en principio, no están en la obligación de soportar, mientras que, para los segundos, constituye uno de los múltiples efectos que entraña el hecho de hacer parte de un proyecto asociativo de naturaleza cooperativa que debe ser liquidado y en el que, como es apenas lógico, son los llamados a permanecer vinculados

Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, exp. 17501, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Subsección A, sentencias de 6 de junio de 2012, exp. 21249, C.P. Mauricio Fajardo Gómez –aunque en esta demanda el actor ostentaba la doble calidad de ahorrador y asociado-, 2 de diciembre de 2015, exp. 18749, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico y 24 de febrero de 2016, exp. 31009, C.P. Hernán Andrade Rincón; Subsección B, sentencias de 20 de febrero de 2014, exp. 31000, C.P. Ramiro Pazos Guerrero y de 26 de junio de 2014, exp. 27896, 12 de diciembre de 2014, exp. 30881 y 29 de octubre de 2015, exp. 36582, todas con ponencia de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo. Las únicas decisiones relativas a asociados son las proferidas por esta Subsección a propósito de demandas interpuestas por asociados de Bancoop el 13 de noviembre de 2014, exp. 26190, antes citada y la de 13 de noviembre de 2014, exp. 32770, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo en la que, después de analizarse el panorama normativo y jurisprudencial sobre la materia, se concluyó que no estaba acreditada la supuesta falla en el servicio en la que habrían incurrido las demandadas y *“además, que el daño alegado por la actora no fue demostrado, esto es la pérdida de los aportes, pues, tal como lo dispone el artículo 120 de la Ley 79 de 1988, existe prelación de pago de los pasivos, estando en el último lugar los aportes de los asociados, como es el caso de la Cooperativa Multiactiva de Educadores de Boyacá –Coeducadores Boyacá–”*.

¹⁸ El artículo 49 de la Ley 79 de 1988 establece: *“El patrimonio de las cooperativas estará constituido por los aportes sociales individuales y los amortizados, los fondos y reservas de carácter permanente y las donaciones o auxilios que se reciban con destino al incremento patrimonial”*.

¹⁹ Así lo establece el artículo 49 de la Ley 79 de 1988: *“Los aportes sociales de los asociados quedarán directamente afectados desde su origen en favor de la cooperativa como garantía de las obligaciones que contraigan con ella. // Tales aportes no podrán ser gravados por sus titulares en favor de terceros, serán inembargables y sólo podrán cederse a otros asociados en los casos y en la forma que prevean los estatutos y reglamentos”*.

²⁰ Se recuerda que, de acuerdo con el artículo 4 de la Ley 79 de 1988 *“Es cooperativa la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*; de modo que el hecho de que no tenga ánimo de lucro, no significa que no represente ventajas para los asociados quienes, consecuentemente, tienen derecho a *“[u]tilizar los servicios de la cooperativa y realizar con ella las operaciones propias de su objetivo social”* (artículo 23 de la Ley 79 de 1988).

hasta el final²¹, razón por la cual es perfectamente compatible con el ordenamiento jurídico el que deban esperar hasta la culminación del proceso liquidatorio para, si es del caso, recuperar y disponer de sus aportes o de una parte de ellos, sin perjuicio de que, en ese momento, puedan ejercer las acciones pertinentes para obtener la reparación del o los daños entonces ciertos y consolidados.

11.1.7. Sobre este punto no está de más recordar que cuando el gobierno nacional declaró el estado de emergencia económica y social por cuenta de la situación de los sectores financiero y cooperativo en el año 1998, las medidas de urgencia adoptadas estaban destinadas a proteger a los ahorradores y depositantes de las entidades cooperativas en liquidación, no así a los asociados, bajo el entendido evidente de que mientras resultaba inadmisibile que aquellos – especialmente los más vulnerables- se vieran en la obligación de esperar hasta la culminación del proceso liquidatorio para disponer de su dinero, la misma consideración no era predicable de los asociados²². En el mismo sentido, se estableció que “[c]uando los establecimientos de crédito de naturaleza cooperativa sometidos al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, presenten una relación de solvencia por debajo del doce por ciento (12%), no podrán reintegrar los aportes sociales ni imputarlos al pago de las obligaciones que tengan para con el respectivo establecimiento de crédito hasta cuando superen dicha relación” (artículo 10 del Decreto 2331 de 1998), disposición sobre la cual la Corte Constitucional sostuvo: “[n]o se viola con ello la Constitución Política sino que, por el contrario, mediante esta previsión se garantiza a los ahorradores, al menos en mínima parte, que a la ya de por sí precaria solvencia de la entidad deudora se añada la dispersión de los activos y de los dineros que

²¹ En ese sentido basta recordar lo establecido por la Ley 79 de 1988 a propósito del orden de prioridad de pagos en la liquidación de cooperativas (artículo 120) o lo dispuesto por el Decreto 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- y las normas que lo han modificado en relación con los procedimientos liquidatorios en las entidades financieras en los que, por obvias razones, se da prelación al pago de lo que se denomina pasivo externo sobre el pasivo interno de las entidades.

²² En efecto, el Decreto 2331 de 1998 creó el Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación, el cual tenía por objeto adquirir las acreencias que los ahorradores y depositantes tenían contra entidades cooperativas financieras o de ahorro y crédito que, para ese momento, se encontraban en liquidación administrativa forzosa o la misma fuere decretada por la autoridad competente antes del 31 de diciembre de 1998. De acuerdo con el artículo 3 de dicho Decreto: “Podrán acceder a los recursos del Fondo los depositantes o ahorradores que no hayan obtenido de la entidad en liquidación la restitución de su acreencia, y que correspondan a cualquiera de las siguientes categorías: // a) Las personas naturales que tengan la calidad de ahorradores o depositantes reconocidos de cualquiera de las cooperativas financieras o de las cooperativas de ahorro y crédito que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto se encuentren en proceso de liquidación forzosa administrativa, o de aquéllas cuya liquidación ordene la autoridad competente a más tardar el 31 de diciembre de 1998; // b) Las personas naturales que tengan la calidad de ahorradores o depositantes debidamente reconocidos de las secciones de ahorro y crédito de las cooperativas multiactivas o integrales, cuya liquidación ordene la autoridad competente a más tardar el 31 de diciembre de 1998; // c) Las personas jurídicas que a la entrada en vigencia del presente decreto estén debidamente constituidas como entidades sin ánimo de lucro y tengan la calidad de ahorradores o depositantes reconocidos en las entidades mencionadas en los literales a) y b) de este artículo”. A propósito de esta disposición la Corte Constitucional sostuvo que no contrariaba la Carta Magna en tanto que: “No se introducen discriminaciones injustificadas entre ellas ni se excluye a algunos de los ahorradores, por lo cual ninguna glosa puede formularse en relación con su ajuste al artículo 13 de la Constitución” y, en relación con la exclusión de las personas jurídicas con ánimo de lucro, consideró: “entiende la Corte que ella obedece en primer lugar a la limitación de los recursos disponibles y, de otro lado, al diferente propósito que inspira a los asociados que carecen de tal ánimo y que normalmente es de beneficio social. Por otra parte, ha tenido en cuenta el Gobierno la necesidad de atender primero las acreencias de quienes mayor urgencia y necesidad tienen de los fondos depositados, pues es claro que, si bien aquéllas no están habilitadas para reclamar por el mecanismo extraordinario del que se trata, pueden hacerlo por la vía ordinaria, participando como acreedoras en el proceso de liquidación” sentencia C-136 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

*todavía posea, con destino a los aportantes del capital*²³.

11.1.8. Consideraciones que no obstan para que el juez de la responsabilidad del Estado analice en cada caso las condiciones en las que los demandantes se hicieron parte del acuerdo cooperativo y si, por virtud de las mismas, específicamente, por el conocimiento del proyecto al cual se asociaban, por su capacidad de negociación o incidencia en la dirección del mismo, están o no en la obligación jurídica de soportar el daño de no poder disponer de sus aportes mientras culmina el proceso liquidatorio.

11.2. Ahora bien, para efectos de precisar las **fallas en el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia y control** que pueden dar lugar a declarar la responsabilidad del Estado, esta Corporación ha recordado que, constituyendo una modalidad de la función de policía administrativa, dichas facultades se concretan en la posibilidad de imponer, con sujeción a los principios de legalidad y proporcionalidad, restricciones a libertades individuales, con el fin de que se acompasen con el interés general²⁴. De allí que estas funciones deban ejercerse en el marco de reglamentaciones previas y sólo cuando y en tanto sean necesarias y eficaces para la protección del interés general en virtud del cual se consagran, es decir, deben ser proporcionales y razonables en consideración a las circunstancias y al fin perseguido, por lo que *“el remedio más enérgico ha de ser siempre la última opción”*²⁵.

11.2.1. Estas consideraciones son perfectamente coherentes con el hecho de que, como lo ha recordado la Corte Constitucional a propósito del ámbito económico que es uno de aquéllos en los que el Estado ejerce importantes funciones de inspección, control y vigilancia²⁶:

...el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.

Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado. (...)

No obstante, conforme se indicó en precedencia, la Constitución establece cláusulas expresas que limitan el ejercicio de la libertad económica, en el

²³ *Ibídem*.

²⁴ Sección Tercera, sentencia de 11 de noviembre de 2009, exp. 17501, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y Subsección A, sentencia de 3 de octubre de 2012, exp. 22984, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁵ Sentencia de 11 de noviembre de 2009, *ibídem*.

²⁶ Sentencia C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

sentido y ámbitos antes explicados, al interés general y la responsabilidad social, de forma que lo haga compatible con la protección de los bienes y valores constitucionales cuyo desarrollo confiere la Carta a las operaciones de mercado. Esta limitación se comprende, entonces, desde una doble perspectiva. En primer término, la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impidan el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otro lado, los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado, de modo que el Estado esté habilitado para ejercer “labores de regulación, vigilancia y control, a través de una serie de instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado. Dicha intervención es mucho más intensa precisamente cuando se abre la posibilidad de que a la prestación de los servicios públicos concurren los particulares.”²⁷. Nótese que la intervención del Estado en la economía apunta a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales. Por ende, dicha actividad estatal se enmarca no solo en la corrección de conductas, sino también en la participación pública en el mercado, destinada a la satisfacción de los derechos constitucionales de sus participantes, en especial de los consumidores.

No obstante, tampoco resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas. En contrario, la jurisprudencia de esta Corporación²⁸ ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía;²⁹ iv) debe obedecer al principio de solidaridad³⁰; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad³¹”.

11.2.2. Es en este sentido que, al referirse a la actividad de las superintendencias, la Sección Tercera de esta Corporación ha sido enfática al señalar que no les corresponde fijar los parámetros de conducta de los entes vigilados, sino asegurarse de que cumplan con la normativa que rige la actividad considerada de interés general:

...la finalidad primordial de las superintendencias no es la de establecer reglas de conducta para los destinatarios de su vigilancia y control, sino que es la de velar por el estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico que regula el desarrollo y ejercicio de las actividades de las personas que actúan en los distintos campos en los que tales entidades ejercen sus funciones de

²⁷ [7] *Ibídem*.

²⁸ [8] Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-615/02, (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

²⁹ [9] Corte Constitucional. Sentencia T-291 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes.

³⁰ [10] Corte Constitucional. Sentencia T-240 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³¹ [11] Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

inspección y vigilancia, es decir, que se trata de verificar la correcta aplicación de las leyes y decretos que rigen las distintas actividades objeto de control por parte de las superintendencias, con miras a la protección del desarrollo y equilibrio del respectivo sector y principalmente, a los usuarios de los distintos servicios que lo componen.

Así mismo, se colige que, para el eficaz ejercicio de las funciones a su cargo y para el logro de la finalidad para la cual fueron atribuidas, las superintendencias cuentan con una serie de facultades sancionatorias otorgadas legalmente, que les permite tener acceso a la información que requieren sobre la forma como las actividades sometidas a su inspección y vigilancia se adelantan, facultades dentro de las cuales se halla, generalmente, la de impartir ciertas instrucciones necesarias para facilitar su labor³².

11.2.3. En esta perspectiva queda claro que las funciones de inspección, vigilancia y control ejercidas por el Estado no están dirigidas a garantizar, a toda costa, el éxito de las actividades de los particulares, o a evitar que sufran pérdidas; sino a salvaguardar intereses que se consideran prioritarios como, en el caso de las actividades financieras, su “transparencia y [la protección de] los ahorradores para que, en los eventos de crisis, éstos puedan obtener sus recursos, actuaciones con las que se pretende generar confianza en el sistema financiero”³³. Así, a propósito del ejercicio de esas funciones por parte de la Superintendencia Bancaria, la Sección Tercera de la Corporación ha sostenido³⁴:

Esa labor de inspección que ejercía la Superintendencia Bancaria no garantizaba que el patrimonio de los depositantes o accionistas no resultara afectado como consecuencia de la materialización de los riesgos inherentes a la actividad de intermediación financiera, puesto que tal labor se concretaba a controlar que el ejercicio de dicha actividad se desarrollara conforme a la ley,

³² Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 15.071, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³³ Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 27920, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

³⁴ Sección Tercera, sentencia de 16 de abril de 2007, exp. 25000-23-27-000-2001-00009-01(AG), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En un sentido similar la Subsección A de la Sección Tercera se pronunció respecto de las funciones de la misma naturaleza ejercidas por la Superintendencia de Sociedades: “el propósito de las funciones de inspección, vigilancia y control que el ordenamiento jurídico asigna a la Superintendencia de Sociedades no es otro que el de velar porque las compañías vigiladas ajusten su actividad a las normas jurídicas que la gobiernan —constitucionales, legales y reglamentarias—, así como a los estatutos del propio ente social; por consiguiente, en modo alguno podría admitirse que la finalidad de las intervenciones del organismo de control frente a eventos como el sub judice pudiese consistir en hacerle asumir obligaciones de resultado de cara a la evitación de que se produzcan daños a los socios o a terceras personas como consecuencia del desarrollo de sus actividades por parte de la empresa sujeta a vigilancia. La responsabilidad patrimonial del Estado, por tanto, en este tipo de casos, solamente puede quedar comprometida si se demuestra en el proceso (i) que el servicio a cargo de la Superintendencia no fue prestado o lo fue de manera tardía, negligente o equivocada y (ii) que esa falla en la prestación del servicio fue la que condujo a la materialización del(los) daño(s) cuya reparación se deprecia”, sentencia de 3 octubre de 2012, exp. 22984, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

y en la medida en que así no se hiciera, a adoptar de manera oportuna los correctivos e imponer las sanciones de rigor.

En síntesis, la actividad financiera que desarrollan los particulares está sometida a la inspección y vigilancia del Estado, en razón del interés general que esa actividad reviste, por su incidencia en la economía. Por lo tanto, la responsabilidad del Estado por los daños que se derivaran de actuaciones irregulares de quienes ejercen dicha actividad se produce siempre que la entidad estatal incurra en omisión en el cumplimiento de las funciones que le corresponden como autoridad de policía administrativa, pero cuando se demuestre que de haberse dado cumplimiento a tales obligaciones se hubiera podido impedir que se causaran los daños derivados de esa irregular gestión de los particulares.

11.2.4. En este orden de ideas, para efectos de determinar si la entidad pública encargada de ejercer funciones de inspección, control y vigilancia en un campo concreto de actividad incurrió o no en una falla del servicio, se hace necesario establecer si actuó o no con miras a garantizar que el ente vigilado cumpliera con el marco normativo que lo regulaba y, en el caso de contar con varias alternativas de intervención, si las adoptadas fueron oportunas y proporcionales en relación con la finalidad perseguida. Para ello, es indispensable identificar con precisión dicho marco normativo.

11.3. En relación con **las entidades cooperativas que realizan actividades financieras**, la Sala recuerda que desde que, a través de la Ley 134 de 1931, se autorizó la creación de las que entonces fueron denominadas “*sociedades cooperativas*”, definidas como “*toda sociedad de capital y personal variables e ilimitados, en que los asociados organizan en común y con objeto determinado sus actividades o sus intereses individuales, a fin de realizar el progreso económico o social de los que componen la asociación, sin ánimo de lucro y sobre la base de distribución de los beneficios a prorrata de la utilización que cada uno haga de la función social*” (artículo 23), quedó claro que el Estado tenía particular interés en ejercer sobre ellas actividades de inspección y vigilancia con miras a garantizar que respetaran los principios del cooperativismo e hicieran un uso adecuado de las prerrogativas que se les concedían, entre ellas, exenciones en materia tributaria. Al respecto basta recordar el contenido del artículo 2 de dicha Ley:

En el decreto reglamentario de esta Ley se señalarán la tramitación y sanciones conducentes a obtener que se sometan a la aprobación ejecutiva los estatutos de las sociedades cooperativas; a que se llenen los vacíos, irregularidades o incorrecciones que en ellos se noten, o a que se corrijan y eviten cualesquiera defectos, corruptelas o desvíos que se observen en el funcionamiento de las cooperativas; y, en general, para ejercer la inspección y vigilancia sobre las cooperativas, a fin de que estas se mantengan dentro de la esfera de la legalidad, que hagan uso correcto y conveniente de las exenciones y que sus actividades económicas y sociales no se desvíen de los sanos principios de la cooperación.

A tales efectos, el Gobierno podrá practicar visitas cada vez que lo estime conveniente, exigir balances descompuestos y comprobación de las operaciones, hacer arqueos de fondos, etc., y podrá aquel dictar todas las medidas administrativas que a su juicio sean adecuadas para llenar los propósitos indicados, con facultad para decidir cualquier dificultad o conflicto que pueda presentarse en el establecimiento o funcionamiento de las

cooperativas. Las infracciones podrán ser castigadas con multas de cien a mil pesos, que impondrá administrativamente el Gobierno en cada caso, según la gravedad. En los casos de infracciones graves o cuando hubiere renuencia en el cumplimiento de las disposiciones legales o reglamentarias, o cuando a juicio del Gobierno estuvieren en peligro los intereses de las cooperativas o los de los cooperadores, podrá revocar la autorización correspondiente y decretar la suspensión, disolución y liquidación de cualquier sociedad cooperativa.

11.3.1. Posteriormente, el Decreto-Ley 1598 de 1963, por el cual se actualizó la legislación cooperativa, indicó que dicha inspección y vigilancia sería ejercida a través de la Superintendencia Nacional de Cooperativas –la cual fue transformada en Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas-Dancoop, mediante la Ley 24 de 1981- y precisó que “[e]stas funciones no implican, por ningún motivo, facultad de gestión o intervención en la autonomía jurídica y democrática de las cooperativas” (artículo 96); precisión que fue reiterada en el artículo 151 de la Ley 79 de 1988:

Las cooperativas estarán sujetas a la inspección y vigilancia permanente del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, de conformidad con la ley, con la finalidad de asegurar que los actos atinentes a su constitución, funcionamiento, cumplimiento del objeto social y disolución y liquidación, se ajusten a las normas legales y estatutarias.

Además de las facultades de inspección y vigilancia que corresponden al Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, los organismos cooperativos se someterán a la inspección y vigilancia concurrente de otras entidades del Estado, de acuerdo con la naturaleza de sus funciones.

Las funciones de inspección y vigilancia no implican por ningún motivo facultad de cogestión o intervención en la autonomía jurídica y democrática de las cooperativas.

11.3.2. Esta misma Ley dispuso que las entidades del sector cooperativo podían, conservando su naturaleza, organizar instituciones financieras que se regirían con las normas propias de estas, en concordancia con las de aquél, y quedarían sometidas “integralmente al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria” (artículo 98) y, en los casos en que, sin organizarse en ese tipo de instituciones, ejercieran actividades financieras, lo harían con sujeción a las normas que regulan estas últimas (artículo 99)³⁵. De acuerdo con esta normativa, la Superintendencia Bancaria ejercería, en los términos del Decreto 1939 de 1986 y disposiciones complementarias, la inspección, vigilancia y control de las instituciones financieras que crearan las entidades cooperativas y de las actividades financieras de los organismos cooperativos de segundo grado e instituciones auxiliares del cooperativismo de carácter financiero o de seguros; mientras el Dancoop la ejercería sobre las actividades cooperativas, no financieras o de seguros, de los

mencionados organismos cooperativos de segundo grado e instituciones auxiliares del cooperativismo y sobre las demás entidades cooperativas, incluyendo las cooperativas de ahorro y crédito, a las que se les autorizó la realización de actividades financieras, previo el cumplimiento de ciertos requisitos –estas últimas entidades estarían sujetas a las disposiciones previstas en el Decreto 1134 de 1989-.

11.3.3. Se tiene entonces que, de acuerdo con esta Ley, entre las entidades cooperativas que realizaban actividades financieras, era necesario distinguir tres tipos: i) aquéllas que, por voluntad de los asociados, se convierten en instituciones financieras sin perder la naturaleza cooperativa, con lo que tienen la doble calidad y están sometidas a la inspección, vigilancia y control exclusivos de la Superintendencia Bancaria; ii) los organismos cooperativos de segundo grado e instituciones auxiliares del cooperativismo de carácter financiero o de seguros que, en lo que tiene que ver con la actividad financiera y de seguros, están sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria y, en lo demás, al Dancoop; y iii) las cooperativas de ahorro y crédito a las que se les autoriza la realización de actividades financieras, sometidas a la vigilancia exclusiva del Dancoop quien, por obvias razones, ejerce funciones de inspección, vigilancia y control de todas las demás entidades cooperativas.

11.3.4. Es de señalar que la Constitución Política de 1991 previó expresamente la necesidad de que el Estado vigilara tanto la actividad financiera como la cooperativa. Así, estableció que las *“actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público”* eran de interés público, de manera que sólo podían ser ejercidas previa autorización del Estado (artículo 335) y, en ese sentido, estipuló que correspondía al Congreso regular dichas actividades (artículo 150.19.d) y, al Gobierno, ejercer la facultad de intervenir en las mismas, a través de las modalidades estipuladas en la Ley (artículo 335), siendo función del Presidente de la República: ejercer la inspección, vigilancia y control sobre las personas que las realicen y, además, *“sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles”* (artículo 189.24). En consecuencia, la Ley 35 de 1993, en su artículo 10, dispuso:

El Presidente de la República, a través de las Superintendencias Bancaria y de Valores, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, ejercerá la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realizan las

³⁵ Estas disposiciones fueron reglamentadas por los Decretos 1111 y 1134 de 1989.

actividades financiera, aseguradora, bursátil y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, en los mismos términos y condiciones en que tales funciones se ejercen en la actualidad de acuerdo con las disposiciones legales vigentes. Además, las Superintendencias Bancaria y de Valores vigilarán en lo de su competencia el cumplimiento de las normas que se expidan en desarrollo de la presente Ley.

Los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero continuarán bajo el control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria. El control de las demás cooperativas de ahorro y crédito, de primer grado, continuará a cargo del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, Dancoop.

11.3.5. Con la expedición del Decreto 663 de 1993, mediante el cual se actualizó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se fijó la estructura del sistema³⁶, quedó claro que debían ser consideradas instituciones financieras todos “los organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero actualmente existentes, cuya función consiste en la captación de recursos del público y la realización primordial de operaciones activas de crédito de acuerdo con el régimen legal que regula su actividad” (parágrafo del artículo 2) y, en la misma línea de lo regulado hasta el momento, contempló:

Artículo 215.- Normas Aplicables a las Entidades Financieras de Naturaleza Cooperativa. De conformidad con el artículo 98 de la Ley 79 de 1988 las entidades que se constituyan bajo la naturaleza jurídica cooperativa, se regirán por las disposiciones propias de las entidades financieras que constituyan, en concordancia con las del régimen cooperativo.

La actividad financiera del cooperativismo, de acuerdo con el artículo 98 ibídem, se ejercerá siempre en forma especializada por las instituciones financieras de naturaleza jurídica cooperativa, por las cooperativas de ahorro y crédito o de seguros, y por los organismos cooperativos de segundo grado e instituciones auxiliares del cooperativismo de carácter financiero o de seguros, con sujeción a las normas que regulan dicha actividad.

En concordancia con el artículo 151 de la Ley 79 de 1988, la actividad financiera y demás aspectos contables y operativos de las instituciones financieras de naturaleza jurídica cooperativa e instituciones auxiliares del cooperativismo de carácter financiero o de seguros, estarán sometidos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria en los términos que prescribe este Estatuto.

Para la sanción de las reformas estatutarias de dichas entidades por parte del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, se requiere concepto previo de la Superintendencia Bancaria.

11.3.6. En estos términos, la manera de ejercer la inspección, vigilancia y control

³⁶ Esta norma estableció la estructura del sistema financiero sobre la cual indicó que está compuesta por los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras y los intermediarios de seguros y reaseguros (artículo 1) y, a propósito de los establecimientos de crédito, señaló que estaban conformados por las siguientes clases de instituciones financieras: los establecimientos bancarios, las corporaciones financieras, las corporaciones de ahorro y vivienda y las compañías de financiamiento comercial (artículo 2).

de las entidades cooperativas de carácter financiero quedó regulada en dicho estatuto, el cual determinó las operaciones e inversiones autorizadas para cada tipo de institución financiera, incluyendo a los “*organismos cooperativas de orden superior de carácter financiero*” (artículos 27 y 28) y, adicionalmente, señaló que, a la hora de adelantar cualquier tipo de intervención en esta área, el gobierno debía perseguir que: i) su desarrollo se encuentre en concordancia con el interés público; ii) se tutelen adecuadamente los intereses de los usuarios de los servicios ofrecidos por las entidades intervenidas y, preferentemente, el de ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas; iii) las entidades cuenten con los niveles de patrimonio adecuado para salvaguardar su solvencia; iv) las operaciones de dichas entidades se realicen en adecuadas condiciones de seguridad y transparencia; v) se promueva su libre competencia y eficiencia; vi) se democratice el crédito; vii) se proteja y promueva el desarrollo de las instituciones financieras de la economía solidaria; y viii) se propugne porque el sistema financiero tenga un marco regulatorio en el cual cada tipo de institución pueda competir con los demás bajo condiciones de equidad y equilibrio de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones (artículo 46).

11.3.7. En esta perspectiva dicho decreto contempló instrumentos de intervención relativos a: i) la autorización de operaciones; ii) la fijación de plazos de las operaciones autorizadas y las clases y el monto de las garantías requeridas; iii) la creación de normas sobre el mantenimiento de los niveles adecuados de patrimonio; iv) la limitación del otorgamiento de avales y garantías; v) la determinación del margen de solvencia, el patrimonio técnico mínimo y el régimen de inversiones de las reservas de las aseguradoras; y vi) la creación de normas de divulgación de la condición financiera de las entidades, aunque, en su parágrafo 2, aclaró que “*El Gobierno Nacional dictará las normas necesarias para la aplicación de las disposiciones que se expidan conforme a este artículo, tomando en cuenta la naturaleza específica de las instituciones financieras cooperativas*” (artículo 48); para lo cual impuso a las entidades vigiladas la obligación de informar a los usuarios y a la Superintendencia Bancaria, sobre las operaciones que realice, con el fin de garantizar el principio de transparencia y brindar elementos de juicio claros y objetivos que les permita a los usuarios escoger las mejores opciones del mercado (artículo 325.c). De igual manera, consagró las causales para que se tomara la posesión inmediata de los negocios, bienes y haberes de las cooperativas (artículo 114) y determinó que el objeto de la medida era establecer si debía ser liquidada o estaba en condiciones de desarrollar adecuadamente su objeto social (artículo 115).

11.3.8. Posteriormente, en ejercicio de las facultades de intervención establecidas en el artículo 48 del Decreto 663 de 1993, se profirió el 1840 de 1997, “[p]or el cual se dictan normas prudenciales para las cooperativas especializadas de ahorro y crédito y las cooperativas multiactivas o integrales con sección de ahorro y crédito”, con el objeto de que dicha actividad se sujetara a reglas que, inspiradas en la lógica de aquellas que regulaban las instituciones financieras propiamente dichas, les fueran específicas. Para la misma época se dictaron algunas disposiciones que acercaron la regulación de este tipo de cooperativas a las de carácter financiero –Decretos 2188 de 1997 y 619 de 1998-, aunque se precisó que la vigilancia de “las cooperativas de ahorro y crédito que no adelanten la actividad financiera en forma especializada” estaba a cargo del Dancoop, mientras que las de aquellas que sí lo hacían estaba a cargo de la Superintendencia Bancaria –Decreto 1688 de 1997-.

11.3.9. Finalmente, para concluir con el panorama normativo que regía la actividad de las entidades cooperativas que realizaban actividades financieras para la época de los hechos que dieron lugar a la presente demanda, es de precisar que unos meses antes de que, en el año 1998, se declarara el estado de emergencia económica y social por el deterioro de la situación de los establecimientos de crédito, el cual se manifestaba de una manera importante en el sector solidario –Decreto 2330 de 16 de noviembre de 1998-³⁷, se profirió la Ley 454 de 1998 -4 de agosto- “por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones”. Esta Ley, reglamentada en lo relativo al Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito por el Decreto

³⁷ Sobre lo bien fundado de la medida puede consultarse la sentencia de la Corte Constitucional C-122 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz. Con fundamento en dicha declaratoria se profirió el Decreto 2331 de 1998 “Por el cual se dictan medidas tendientes a resolver la situación de los sectores financiero y cooperativo, aliviar la situación de los deudores por créditos de vivienda y de los ahorradores de las entidades cooperativas en liquidación, mediante la creación de mecanismos institucionales y de financiación y la adopción de disposiciones complementarias”, mediante el cual se creó el Fondo de Solidaridad de Ahorradores y Depositantes de Entidades Cooperativas en Liquidación que, como se explicó anteriormente, tenía por objeto adquirir las acreencias que los ahorradores y depositantes tienen con las entidades cooperativas que se encontraban en proceso de liquidación forzosa administrativa, o de aquellas cuya liquidación ordenara la autoridad competente a más tardar el 31 de diciembre de 1998.

2206 de 1998, modificó varias de las disposiciones de la Ley 79 de 1988 y del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero relativas a la regulación de la actividad financiera de las entidades cooperativas y, a propósito de las cooperativas de ahorro y crédito, estableció que sólo podían ejercer actividad financiera en relación con sus asociados (artículo 41).

11.3.10. Como se desprende fácilmente de lo expuesto hasta aquí, para efectos de analizar las fallas endilgadas a las entidades públicas en el ejercicio de las funciones de inspección, control y vigilancia de las entidades cooperativas que realizan actividades financieras, los jueces de la responsabilidad del Estado deben ser sumamente cuidadosos a la hora de establecer la naturaleza de la entidad vigilada y, con ella, el marco normativo que regulaba su actividad para la época de los hechos -que, como se vio, varía de un tipo de entidad a otra- y las facultades de intervención de la entidad pública competente de vigilarla; así como la identidad de esta última, en tanto que, como se explicó, podía ser la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, o alguna de las entidades públicas a las que se les ha asignado la inspección, vigilancia y control de los entes cooperativos³⁸.

IV.2. El caso concreto

12. De acuerdo con lo manifestado en el libelo introductorio, los demandantes pretenden ser indemnizados por el **daño** consistente en “*la pérdida de la totalidad de los aportes que tenían en el Banco Cooperativo de Colombia-Bancoop, en liquidación*”. Sin embargo, a la luz de lo antes expuesto, la Sala advierte que: i) no está acreditada su causación, toda vez que, de acuerdo con los medios probatorios obrantes en el expediente, el proceso liquidatorio de la entidad cooperativa y financiera aun no ha terminado, por lo que no puede concluirse, sin más, que perdieron efectivamente sus aportes o una parte de ellos (12.1); y ii) no es aplicable la tesis jurisprudencial según la cual el daño causado en estos casos es el de no haber podido disponer del valor de los mismos pues, además de no haber sido invocado claramente en la demanda –como sí lo fue el relativo a su pérdida-, debe tenerse en cuenta que, en primer lugar, la liquidación de la entidad no fue forzosa sino voluntaria y, adicionalmente, ocurrió meses después del momento en que se habrían producido las omisiones dañosas que se endilgan a

³⁸ No sobra recordar que la entonces Superintendencia Nacional de Cooperativas fue transformada en el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas-Dancoop y últimamente, este fue convertido en el Departamento Administrativo de la Economía Solidaria-Dansocial-. Además, se creó la Superintendencia de la Economía Solidaria.

la demandada, por lo que, en principio y a falta de prueba en contrario, no podría afirmarse que, por cuenta de dichas omisiones, los asociados se encontraron en la imposibilidad de disponer de sus aportes (12.2); y iii) en todo caso, de haberse acreditado dicha circunstancia, se trataría de un daño que mal podría calificarse de antijurídico (12.3).

12.1. En efecto, está demostrado que, para el 25 de noviembre de 2005, la entidad en liquidación venía adelantando las gestiones “*tendientes a recuperar la totalidad de los activos que conforman la masa de liquidación*”, razón por la que sólo hasta la terminación de ese proceso podía determinarse “*con certeza el valor de los dineros que se lograron recaudar para devolverlos a los asociados en proporción a sus aportes, previa la cancelación de los pasivos externos a cargo de Bancoop*” –supra párr. 9.9-. Así pues, en ausencia de información sobre las resultas del mismo –carga de la prueba que le correspondía a la parte demandante (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil)-, no es posible asumir, como se hace en la demanda, que quienes acreditaron ser asociados de la entidad en liquidación³⁹ perdieron efectivamente el valor de sus aportes, menos aun si se tiene en cuenta que, si bien es cierto que, como lo informó el revisor fiscal de Bancoop ante la asamblea que decidió sobre su liquidación, “[l]a cesión de activos y pasivos a Coopdesarrollo ha salvaguardado los recursos de los ahorradores y cuentahabientes de la Institución, no quedando en las mismas condiciones los aportes de los asociados los cuales quedaron incluidos dentro de los excedentes negativos de \$ 269 946 millones generados por Bancoop” –supra párr. 9.5-; también lo es que dicha cesión fue de carácter parcial, por lo que en la masa liquidatoria quedaron los activos relativos a “*la inversión en Fidubancoop, la totalidad de los derechos fiduciarios sobre las acciones de Granahorrar, \$ 15 000 millones de cartera provisionada al 100%, \$ 1 816 millones de cartera otorgada a cooperativas con el propósito de capitalizar al Banco, y la cartera castigada. Igualmente se cedieron la totalidad de pasivos, incluyendo los laborales, con excepción de los contratos laborales del Revisor Fiscal, el Representante Legal y dos personas más que continuaron vinculadas a Bancoop*” –supra párr. 9.3-, a sabiendas de que esta quedaba liberada de la obligación de satisfacer las acreencias de los ahorradores de la institución.

³⁹ Esto es, 32 de las 33 demandantes, toda vez que la Cooperativa Multiactiva de Trabajadores Suministrados-Cootrasum, no figura en los registros contables de Bancoop como haciendo parte de sus asociados-aportantes –supra párr. 9.9- y, en esas circunstancias, la certificación expedida por un contador público sobre el particular no tiene la conducencia requerida para tener por acreditado el hecho –supra párr. 9.10-, menos aun si se tiene en cuenta que en esta última nada se dice sobre los soportes con fundamento en los cuales se afirma lo certificado.

12.2. Tampoco podría concluirse que uno de los “*perjuicios patrimoniales y morales causados a los demandantes, por falla o falta del servicio*” de la Superintendencia Bancaria haya sido, en los términos de la tesis jurisprudencial fijada por la sentencia de 22 de julio de 2009, el hecho de que, estando habilitados por los estatutos de la entidad, para disponer sus aportes, se vieron en la imposibilidad de hacerlo por cuenta de las actuaciones dañosas endilgadas a la demandada. Lo anterior por cuanto, en primer lugar, pese a que puede ser comprendido en los términos del *petitum* de la demanda antes transcritos, no fue el daño por el cual las demandantes solicitaron ser indemnizadas, como se infiere claramente del hecho de que, como se indica expresamente en el libelo introductorio, lo que se reprocha a la demandada es el no haber adoptado “*en forma diligente, adecuada y oportuna las medidas de control, inspección, vigilancia e intervención*” (f. 14 c.1) pues, a su juicio, “*debió ordenar la intervención inmediata de Bancoop, adoptando las medidas de prevención (...) y no esperar al fatal desenlace de la pérdida del patrimonio de Bancoop y con ello la pérdida de la totalidad de los partes que las demandantes tenían en dicho Banco*” (f. 14 c.1), medidas que aunque también implicaban la imposibilidad de disponer del monto de los aportes, habrían podido impedir, según ellas, la causación del daño cuya indemnización reclaman: la supuesta pérdida de sus aportes.

12.2.1. A lo anterior debe agregarse que, en todo caso, aquéllas tampoco allegaron ningún medio probatorio tendiente a demostrar las condiciones en las cuales podían disponer del monto de sus aportes –se recuerda que era un tema que debía estar regulado en los estatutos de la entidad (artículo 19.10 de la Ley 79 de 1988) y, sin embargo, estos no fueron traídos al plenario- y, además, como quedó acreditado en el trámite del proceso, la liquidación de Bancoop no fue ni impuesta por la Superintendencia Bancaria, ni intempestiva, por lo que, a falta de prueba en contrario, puede concluirse que, en los términos dispuestos por los estatutos, los demandantes tuvieron la opción de solicitar la devolución de sus aportes, antes de que se adoptara la decisión relativa a la liquidación de la entidad y, con ella, la imposibilidad legal de disponer de los mismos hasta tanto no culminara el proceso liquidatorio.

12.2.2. Sobre este último punto basta señalar que, de acuerdo con los informes presentados a las asambleas generales extraordinarias de los delegados de Bancoop, llevadas a cabo el 12 de septiembre de 1998 y el 2 de febrero de 1999, la entidad presentó dificultades financieras a lo largo del año 1998, el cual fue

calificado de “*un año difícil en materia económica*”⁴⁰ y aunque en ellos no se precisaron las fechas en las que la entidad habría celebrado las operaciones riesgosas respecto de las cuales los demandantes afirman que la Superintendencia Bancaria incurrió en fallas por omisión –compra de cartera y aceptación de bienes en dación en pago-, sí queda claro que estas habrían tenido efectos desde agosto de 1998 –época en la se observó el mayor detrimento de cartera-; no obstante, la decisión de liquidar Bancoop sólo fue adoptada por los asociados, a través de sus delegados, en la Asamblea de 2 de febrero de 1998 –supra párr. 9.4-, aunque ya había sido avizorada desde el 12 de septiembre –supra párr. 9.2-.

12.3. Por último es de advertir que, dada su condición de asociadas de Bancoop, las demandantes tenían el deber jurídico de esperar hasta la culminación del proceso liquidatorio de la entidad para efectos de disponer de los aportes que, junto con otros recursos, constituían el patrimonio de aquélla; sobretodo si se tiene en cuenta que todas ellas eran personas jurídicas que, haciendo parte del medio cooperativo, conocían perfectamente las condiciones del acuerdo al cual se asociaban y, adicionalmente, no está demostrado que estuvieran en imposibilidad de incidir en los órganos de dirección de Bancoop.

13. Ahora, si en gracia de discusión se admitiera la existencia de un daño antijurídico, no se demostró que el mismo pudiese ser imputable a **fallas en el servicio de inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria**, por lo que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, denegatoria de las pretensiones. Lo anterior por cuanto si bien es cierto que el Decreto 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, normativa que, dada la naturaleza de Bancoop⁴¹, regía tanto su actividad como la de inspección, vigilancia y control que

⁴⁰ Así, en la asamblea de 12 de septiembre se indicó que durante ese año se evidenciaba “*pérdida de confianza, cierre total de cupos al sector cooperativo por parte del mercado profesional, el retiro masivo de los depósitos y la estigmatización del sector. Por otra parte, la situación del cooperativismo, a partir del mes de mayo, no era la única dramática, igualmente el mercado financiero tradicional presentaba problemas de iliquidez, que generó un incremento en las tasas de interés*” (f. 5 c.6) y en la de 2 de febrero de 1998, luego de indicarse varias circunstancias que concurrieron negativamente en la situación de Bancoop, se señaló que “*estos hechos aunados a la crisis estructural de liquidez que vivió el sistema financiero, agudizada en los meses de junio y julio de 1998, reunieron todas las condiciones para que el sector financiero cooperativo se debilitara y perdiera la solidez que había logrado alcanzar*” (f. 381 c.2).

⁴¹ Se recuerda que Bancoop estaba constituido como un “*establecimiento de crédito bancario de naturaleza Cooperativa e Institución Auxiliar del Cooperativismo*” –supra párr. 9.7-, es decir, se trataba de una institución financiera creada por virtud de lo consagrado en el artículo 98 de la Ley 79 de 1988 –supra párr. 11.3.2-, parte del sistema financiero regulado por el Decreto 663 de 1993 –supra párr. 11.3.5- y, por lo tanto, sometida a la inspección, vigilancia y control exclusiva de la Superintendencia Bancaria.

la Superintendencia Bancaria ejercía sobre él, preveía que esta última estaba facultada para “emitir las órdenes necesarias para que se suspendan de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras y se adopten las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento, cuando la Superintendencia considere que alguna institución sometida a su vigilancia ha violado sus estatutos o alguna disposición de obligatoria observancia, o esté manejando sus negocios en forma no autorizada o insegura” (artículo 325.3.19 del Decreto 663 de 1993), la parte actora no detalló, como le correspondía, las transacciones supuestamente riesgosas realizadas por el banco –la compra de cartera y la aceptación de bienes en dación de pago- y, específicamente, si podían ser calificadas como tales, de modo que la Superintendencia Bancaria estuviera en la obligación de adoptar medidas distintas a las tomadas.

13.1. Sobre el particular sólo se aportaron un oficio dirigido por la presidente encargada del banco a uno de sus delegados⁴² y los informes presentados a las asambleas generales extraordinarias de Delegados llevadas a cabo el 12 de septiembre de 1998 –supra párr. 9.2- y el 2 de febrero de 1999 –supra párr. 9.4-, medios de convicción que, aunque dan cuenta de la realidad de dichas operaciones, no permiten, por sí mismos, determinar que efectivamente eran de carácter riesgoso y, en todo caso, está acreditado que durante el período en que aquellas habrían sido realizadas –primer semestre de 1998-, la entonces Superintendencia Bancaria se encontraba realizando una visita de inspección a Bancoop con el fin de “verificar la evaluación y clasificación de la cartera de créditos con corte de operaciones a diciembre 31 de 1997, los controles de tesorería, cupos individuales de endeudamiento y los mecanismos para prevención de lavado de activos, entre otros”, visita al cabo de la cual rindió un informe detallado en el que indicó las normas incumplidas y, como le correspondía en el ejercicio de su función, las conductas que el ente vigilado debía adoptar con miras a subsanar dichos defectos (f. 108-136 c. 3).

13.2. Además, está demostrado que, de acuerdo con los objetivos que debían regir su actividad de intervención y que, se insiste, buscan garantizar de manera preferente los intereses de ahorradores y depositantes –supra párr. 11.3.6-, la

⁴² En el oficio fechado el 9 de noviembre de 1998 se lee “Las circunstancias por las que atraviesa el cooperativismo financiero, con más de 30 entidades en liquidación afectaron la cartera y liquidez del Banco. En lo corrido del año, a las cooperativas se les compró cartera por 62.007 millones de pesos, cartera que por sus características deja de ser cooperativa y pasa a aumentar la de banca personal. Se les recibieron bienes de dación de pago por 30.879 millones de pesos y se llevaron a resultados provisiones por cerca de 43.000 millones” (f. 36-39 c.1)

Superintendencia Bancaria mantuvo un “*seguimiento permanente de la evolución de la liquidez de Bancoop*” (f. 77 c.1) a lo largo del año 1998, como lo muestran las numerosas comunicaciones intercambiadas entre las dos entidades (cuadernos 5 y 8) y, al advertir del potencial incumplimiento de los márgenes de solvencia establecidos, ordenó la capitalización de la entidad –supra párr. 9.1-. Asimismo se acreditó que, dada la crisis del sector cooperativo del cual hacía parte Bancoop, ampliamente documentada en el expediente, la Superintendencia Bancaria propuso el recurso a la cesión total o parcial de activos, pasivos y contratos a Coopdesarrollo –supra párr. 9.2-, como una de las alternativas que el artículo 113 del Decreto 663 de 1993 establece para efectos de evitar la medida más agresiva en términos de intervención de entidades: la toma de posesión de bienes, haberes y enseres con fines de administración y/o de liquidación.

13.3. Circunstancias todas que, en ausencia de material probatorio que dé cuenta de fallas específicas, hacen imposible concluir que los daños que hayan podido padecer los asociados de Bancoop por cuenta del proceso que condujo a su liquidación voluntaria sean imputables a omisiones, por parte de la Superintendencia Bancaria, en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control.

V. Costas

14. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de los intervinientes dentro del presente trámite, razón por la cual no se condenará en costas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 30 de octubre de 2008, proferida por la Sección Tercera-Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En firme este proveído, devuélvase al tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado