

**SE JUSTIFICA LA APLICACION
DE LA COMPENSACION
EN EL PROCESO DE
LIQUIDACION FORZOSA
DE UNA ENTIDAD FINANCIERA?**

Luis Orlando Leal Dávila

I. PRENOTADOS

Existen muchos interrogantes en torno al caso de las personas que reúnen simultáneamente la calidad de acreedores y deudores, en punto de la aplicación de la compensación dentro del proceso de liquidación administrativa o forzosa de una entidad financiera intervenida por la Superintendencia Bancaria.

Siendo este aspecto la materia del presente trabajo, no debe perderse de vista el criterio de las reglas de calificación, interpretación e integración jurídica de las que emergen los planteamientos subyacentes. En efecto, el Derecho Financiero considerado como un ordenamiento jurídico autónomo aplicable, al sector financiero y a las instituciones que lo conforman, no constituye un cuerpo normativo único y sistemático regido por los principios generales y uniformes, sino una serie de disposiciones especiales que se remiten permanentemente, para llenar sus vacíos, a la legislación de los bancos, en primer término y, a falta de ésta, el Derecho Comercial, además constantemente el ejecutivo ha introducido modificaciones en dicha legislación, especialmente mediante el empleo de las facultades que le confieren la Constitución para intervenir en el ahorro privado (Art.120, ord.14) e incluso mediante las facultades del estado de emergencia económica y social (art. 122). Carente nuestro país de un régimen jurídico aplicable a las instituciones financieras, los intérpretes del Derecho Financiero deben formar una disciplina de síntesis que trate

de reconstruir la unidad, en medio de la proliferación de las distinciones para encontrar la solución de las diferentes situaciones de hecho que se presentan a diario.

Como es sabido, la ley 45 de 1923 inicialmente concebida como un estatuto excepcional exclusivamente aplicable a los bancos, se ha venido desdibujando con el correr del tiempo y con la aparición de nuevas formas de intermediación financiera, que han hecho necesaria la expedición de otras regulaciones que modifican o complementan las previsiones de la Ley 45. Además dicha Ley, alude insistentemente al Código de Comercio para llenar sus vacíos por un procedimiento de remisión sistemático creador de ambigüedades y dificultades de manejo. Agrégase que, el Derecho Comercial se ha estructurado como un derecho especial frente al Derecho Civil, al cual remite muchas veces, sobre todo respecto de los principios generales que regulan los contratos y obligaciones. De suerte que, los tópicos a esbozar, dependen en gran medida de la aplicación conjunta y articulada de la legislación financiera, especialmente de las normas del Código de Comercio y del Código Civil que sean aplicables por remisión expresa al caso inconcreto o para llenar los vacíos que se presenten en su solución, todo ello bajo el sometimiento de la escala jerarquizada de las normas.

II. EXPOSICION DEL PROBLEMA.

Una vez facultado el Agente Especial del Superintendente Bancario para realizar la devolución parcial de dineros entre los acreedores de la institución financiera intervenida, pertenecientes a la categoría de ahorradores, esto es, cuyas acreencias no forman parte de la masa de la quiebra, se presenta en la práctica una dificultad que por su naturaleza jurídica y la cuantía de los recursos que involucra, debe ser definida previamente a dicha devolución. En otras palabras, dentro del grupo de ahorradores de la entidad financiera intervenida que se hicieron presentes en el proceso de liquidación y cuyas acreencias fueron aceptadas, aparecen algunas que, en forma simultánea, son también deudores de la entidad intervenida. Entonces fluye la pregunta: **Tales acreedores-deudores pueden verse beneficiados por una entrega de dineros que no tome en cuenta el recaudo de las deudas a su cargo.?** y otra más: **La calidad simultánea de acreedor y deudor reunida por estos ahorradores, puede originar inmediatamente la aplicación de la compensación**

como modo de extinguir las obligaciones recíprocas entre dos personas para evitar un doble pago? Finalmente, es viable atacar de fondo en los procesos ordinarios que instauren los acreedores-deudores sus pretensiones relativas a obtener una sentencia declarativa de la operancia de la compensación?

Así las cosas, partiremos de una explicación general del fundamento de la compensación en el proceso de devolución de dineros, seguida de un razonamiento que justifica su aplicación en dicho proceso y la niega como solución general para todos los acreedores-deudores, así como para la totalidad de sus créditos frente a la entidad intervenida.

III. LA COMPENSACION.

Ni nuestro Código Civil, ni el Código de Comercio definen a la compensación. Solamente el Estatuto Civil en sus artículos 1.714 y 1715 se limita a describir cuándo se da la compensación y sus requisitos para que se haga operante.

Arturo Alessandri Rodríguez (Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones. Bogotá. Librería del Profesional, 1983, p. 447) la define así: *"La extinción de dos obligaciones recíprocas, entre unas mismas personas hasta concurrencia de la de menos valor, de manera que hace inútil el pago efectivo que de otro modo tendría que hacerla una a la otra"*. En todo caso, podría definirse como un modo de extinguir las obligaciones, consistente en la extinción recíproca de dos obligaciones, cada una de las cuales tiene por acreedor al deudor de la otra y cuyos objetos consisten ambos en entregar cosas indeterminadas del mismo género e igual calidad. Si las cantidades son diversas, las deudas se extinguen hasta la concurrencia de sus valores.

Esta solución acogida por diversas legislaciones desde épocas muy remotas, se funda en la necesidad práctica de evitar un doble pago, al declarar extinguidas las obligaciones recíprocas, hasta concurrencia de la menor y continuando en vigencia la mayor de ellas por el saldo excedente.

Este modo extintivo de las obligaciones simplifica las relaciones entre las partes, pues no sólo obvia el doble desembolso de valores, sino

que también asegura la igualdad jurídica entre las partes, para evitar que la que primero pague queda expuesta al incumplimiento o a la insolvencia de la segunda. Además, es una fuente de prevención de los litigios que habrían de presentarse cuando cada uno de los acreedores tuvieran que demandar a su deudor para la satisfacción de su crédito.

Nuestro sistema jurídico permite distinguir varias clases de compensación, a saber: legal, convencional, facultativa y judicial.

La compensación es **legal** cuando se produce de pleno derecho, por el solo ministerio de la ley y se realiza aun sin el conocimiento de los recíprocos deudores, siempre que concurran en ambas obligaciones las circunstancias por ellas señaladas. La compensación **convencional** tiene lugar cuando la legal no puede actuar por falta de alguna de las condiciones requeridas para ella, pero las partes, estando legitimadas para hacerlo, convienen en compensar sus respectivos créditos. La compensación **facultativa** opera, como la convencional, cuando es una de las partes la que está legitimada para producirla imponiéndosela a la otra parte. La compensación **judicial** obra cuando el deudor demandado, no pudiendo proponer la excepción de compensación legal por faltar alguna de las condiciones, formula demanda de reconvencción contra el actor, y el juez, al encontrar procedentes las pretensiones encontradas, decreta en su fallo la compensación.

IV. REQUISITOS DE LA COMPENSACION LEGAL.

Para que opere la compensación legal se requiere según nuestra legislación, que las obligaciones que entren en juego existan recíprocamente entre dos mismas personas; que dichas obligaciones tengan por objeto cosas fungibles del mismo género y calidad; que ambas sean actualmente exigibles; que igualmente sean líquidas; y que los respectivos créditos sean embargables. Analizando todos y cada uno de estos requisitos, relacionándolos con el caso que nos ocupa podemos formular las siguientes consideraciones.

a. **Reciprocidad de los créditos:** La extinción de las obligaciones por medio de la compensación requiere que éstas existan entre unas mismas personas, cada una de las cuales sea a la vez acreedora y deudora de la otra, según lo previene el artículo 1714 del Código Civil. Esto es

cierto cuando cada una de las partes es **deudora personal y principal de la otra**, de acuerdo al artículo 1716 que descarta la compensación cuando en las partes no se dan las mencionadas calidades. No precede entonces la compensación frente a los fiadores ni frente a los representantes de los deudores con deudas personales diferentes de los de sus representados.

Como excepción importante para la aplicación de la compensación, debe tenerse en cuenta la regla contenida en el artículo 1716 inciso 4o. del Código Civil, que le prohíbe al deudor solidario compensar su deuda con los créditos de sus codeudores contra el acreedor común, salvo que aquellos se los hayan cedido.

b. Fungibilidad de los objetos de las obligaciones: La discusión doctrinaria sobre la diferencia y el mal empleo del concepto de fungibilidad y el concepto de consumibilidad hecho por el legislador en el artículo 663 del Código Civil, no tiene ninguna relevancia en el problema en comento. En efecto, por consistir en sumas de dinero el objeto de las obligaciones por compensar, nuestra legislación indiscutiblemente lo califica de cosa fungible y consumible. Si durante el proceso de compensación, lo que es bastante improbable, se presentarán obligaciones de dar o entregar especies o cuerpos ciertos, no puede ser de recibo la compensación ni siquiera por el valor comercial estimado del cuerpo cierto o de la especie aun cuando sea de mayor valor que la deuda.

Igualmente tampoco serían compensables las obligaciones de hacer, propiamente dichas, como las que imponen a alguna persona la obligación de suscribir un documento a raíz de una promesa de contrato por ejemplo.

c. Exigibilidad de las obligaciones: Una obligación puede considerarse actualmente exigible cuando es cierta y además no está sujeta a condición ni a plazo suspensivos.

En el caso que nos ocupa se requiere además que en su existencia no sea dudosa, es decir, que haya sido reconocida previamente dentro del procedimiento de liquidación de la entidad financiera intervenida (Código de Procedimiento Civil art. 488).

El requisito de exigibilidad, trae como consecuencia que no se pueden oponer en compensación de obligaciones exigibles otras que estén sujetas a condición suspensiva pendiente o a plazo suspensivo, modalidades éstas que difieren el nacimiento o la exigibilidad de las obligaciones a ellas emitida.

Las obligaciones prorrogadas convencionalmente por las partes, amplían el plazo para su exigibilidad, y por lo mismo también tendrían la aptitud para impedir la compensación. Las obligaciones a favor de los ahorradores y a cargo de la entidad intervenida que no llegaran a ser exigibles con anterioridad a la fecha de la toma de posesión de dicha entidad por parte de la Superintendencia Bancaria no pueden ser objeto de compensación de acuerdo a sus términos de vencimiento respectivos, debido a la carencia del requisito de exigibilidad que estamos comentando.

En efecto, en punto de la intervención de una entidad financiera por cesación de pagos, no es aplicable simplemente al derecho común, sino que debe acudir a la legislación bancaria especial, según lo dispuesto por el artículo 2033 del Código de Comercio y los artículos 53 de la Ley 45 de 1923 y 60., de la Ley 57 de 1931, que determinan que corresponde indiscrecionalmente al Superintendente Bancario y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público decidir sobre la viabilidad de las compensaciones, cuando se dan los requisitos en dichas normas previstos. No existiendo un pronunciamiento expreso de dichas autoridades administrativas sobre la viabilidad de las compensaciones las obligaciones a cargo de la entidad intervenida continúan suspendidas, por lo tanto no son exigibles, desde la fecha de la toma de posesión.

Sin embargo, resulta claro que una vez determinada la conveniencia y procedencia de una liquidación parcial, la situación en comento variaría fundamentalmente. Ejecutoriada la disposición que autorice la devolución parcial de dineros, radicaría en cabeza de los acreedores-deudores un derecho de crédito cierto y actualmente exigible, a cargo del ente intervenido, por lo cual podría compensarse esta suma con la que a su vez le adeude dicho titular a la entidad financiera. Repítese que dicha compensación sólo operaría hasta el monto objeto de la devolución parcial y no se extendería al total de su deuda frente a la institución, puesto

que ésta continúa siendo inexigible de acuerdo a las disposiciones especiales de la legislación bancaria.

d. Liquidez de las obligaciones compensables: Este requisito establecido por el ordinal 2o. del art. 1715, exige que la cuantía de cada una de ellas esté determinada, para que puedan entrar en compensación, así como que, cualquiera de las dos pueda exigirse judicialmente.

No es suficiente por tanto que dichas obligaciones sean ciertas, que su existencia pueda establecerse en forma que no dé lugar a discusión, sino que también se requiere que su cuantía esté determinada. En consecuencia, si el monto de una de las obligaciones recíprocas solo puede ser conocido una vez que se haya surtido un proceso de rendición de cuentas, o de la liquidación de una sociedad, o de fijación de una indemnización de perjuicios, la obligación cuantitativamente indeterminada no puede entrar en compensación legal. La iliquidez de la deuda no puede predicarse obviamente en casos en los cuales, sin ser líquida, sea liquidable, como el evento de las obligaciones dinerarias con interés, en las cuales el monto de la obligación se puede liquidar mediante una operación aritmética.

En el caso de los acreedores-deudores, un Agente Especial de la Superintendencia Bancaria podría oponerse a la operancia de la compensación, considerando con sobrada razón, que además del requisito de la exigibilidad, tampoco se deba el de la liquidez de las deudas por compensar. Si se tiene en cuenta que los acreedores-deudores deben comparecer a la liquidación como los demás, y que sus créditos solamente serán cancelados a prorrata y hasta concurrencia de la que alcance a ser cubierta por los activos a disposición de la entidad intervenida, no puede decirse que la cuantía de los créditos a su favor sea líquida. Solamente producida la liquidación total o parcial de dichos activos, puede establecerse a ciencia cierta, cuál sea el monto de los dineros y resultantes que pueden ser destinados al pago de obligaciones.

Entonces, las obligaciones a cargo de la entidad financiera intervenida, no son exigibles no solamente en la fecha del vencimiento de las mismas, sino aún posteriormente, por fuerza mayor, pues la toma de posesión y liquidación de una entidad financiera por el Superintendente Bancario, la exonera del cumplimiento de sus obligaciones hasta que cese

dicho estado o hasta que el mencionado funcionario disponga de la repartición de los activos de la institución entre los acreedores, por tanto los acreedores-deudores en general, no tienen a su favor obligaciones actualmente exigibles y líquidas para entrar en compensación, faltando por lo tanto requisitos indispensables y esenciales establecidos por el artículo 1715 del Código Civil. Este impedimento queda superado en el caso de la devolución parcial, una vez ejecutoriada la disposición que autoriza y ordena llevar adelante dicha devolución parcial, porque entonces puede establecerse con certeza la liquidez del derecho de crédito parcial de cada uno de estos acreedores-deudores, y pueda por tanto procederse a compensar dicho derecho con su obligación a favor del Banco en todo o en parte.

e. Embargabilidad de los créditos compensables: Nuestra Legislación Civil no establece este requisito por vía general sino que contiene una aplicación concreta en materia de pensiones alimenticias (art. 1721, inciso 2o.) Pero no cabe duda que es requisito general de la compensación legal, que los créditos implicados puedan ser embargados, porque si alguno de ellos constituye para su titular uno de sus bienes inembargables quedando excluido del patrimonio perseguible por los acreedores, no puede entonces entrar en una compensación, que en el fondo equivale a un pago abreviado de la obligación. Puede apreciarse una conexión indirecta de este requisito con la disposición legal de suspender todos los procesos ejecutivos que se adelantan contra una entidad financiera, cuando la Superintendencia Bancaria ha tomado posesión de todos sus negocios.

Igualmente, se aprecia una conexión con los procesos ejecutivos que se sigan contra los acreedores-deudores de la entidad financiera, cuyos créditos financieros hayan sido embargados como consecuencia de otros procesos ejecutivos seguidos en contra de estos clientes, por cuanto el embargo mencionado modificaría las formas de pago y compensación que puedan aplicarse. Finalmente, los casos de declaratoria de quiebra o de concurso de acreedores respecto de los acreedores-deudores de la entidad intervenida, concurrirán en las mismas circunstancias explicadas anteriormente.

f. Ausencia de perjuicio a terceros en la compensación: Según el art. 1720 del Código Civil, la compensación no puede tener lugar en

perjuicio de los derechos de terceros. Este argumento ha sido capital en la defensa de los bienes de la entidad intervenida frente a la pretensión de los acreedores-deudores de compensar sus obligaciones para con la misma con los créditos a su favor. En efecto contra un acreedor concursando o fallido, como en este caso, sobre cuyos bienes y haberes ha tomado posesión la Superintendencia Bancaria, los deudores no pueden oponer compensación de créditos adquiridos por éste, porque estos procesos son universales, en cuanto tienen por objeto la liquidación del patrimonio del reo, mediante la venta de sus activos embargables y el pago a todos los acreedores. Si se permitiese que un crédito que ha entrado a formar parte de la masa de bienes por liquidar, pudiese ser compensado por otro adquirido por el deudor, resultaría que dicho deudor, siendo a la vez acreedor del mencionado sujeto, recibiría la satisfacción de su crédito sin entrar el régimen de prelación al que están sujetos los otros acreedores.

V. - EFECTOS LEGALES DE LA COMPENSACION.

Además de consagrar legalmente la compensación, nuestra legislación se ocupa de sus efectos. Así el art. 1715 estatuye que "ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores". Entonces, si los créditos por compensar son del mismo valor, se extinguen en su totalidad recíprocamente. Pero si dichos créditos son de distintos valores, solamente se extingue el crédito menor junto con todos sus accesorios, pero el mayor subsiste por el saldo no compensado incluyendo sus accesorios tales como privilegios, intereses, y garantías reales o personales a él inherentes, pero claro está, con las reducciones a que hubiere lugar.

Respecto de la prescripción, la compensación extingue el crédito de menor valor en su totalidad y el de mayor valor hasta concurrencia de la suma del otro, pero no interrumpe la prescripción por el saldo insoluto de dicho crédito, porque sólo opera de pleno derecho sobre la parte compensable dejando intacta la otra.

Si según el artículo 1722 "cuando hay muchas deudas compensables deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago", síguese como consecuencia que la imputación debe hacerse primeramente a los intereses y luego al capital, porque este

es un derecho del acreedor según el art. 1653 del Código Civil. Por ende, si el deudor debe intereses por una sola o varias obligaciones, la compensación se aplica en primer lugar a la extinción de estos intereses. Esta consideración tiene relevancia si se tiene en cuenta que la entidad intervenida no se halla en mora de cumplir sus obligaciones compensables sino a partir del momento que se encuentre ejecutoriada la disposición que ordene llevar adelante la liquidación, en tanto que los deudores de la entidad intervenida que son al mismo tiempo acreedores, si se encuentran en posición de cumplir con sus obligaciones, desde la fecha en la cual éstas se hicieron exigibles por disposición legal por término pactado convencionalmente. Luego, al operar la compensación, el crédito a favor de los acreedores-deudores será cubierto por la entidad intervenida junto con los intereses convencionales pactados, en tanto que sus créditos a cargo de la misma serán destinados por éste a cubrir los intereses convencionales anteriores al vencimiento de la obligación y a partir de allí, los intereses moratorios generados por el incumplimiento.

VI. COMPENSACION Y CONTRATO DE DEPOSITO.

Un serio inconveniente presenta la solución propuesta si se tiene en cuenta la previsión del art. 1721 inciso 1o. del Código Civil, según el cual "No puede oponerse compensación a la demanda de restitución de una cosa de que su dueño ha sido injustamente despojado, ni a la demanda de restitución de un depósito o de un comodato, aún cuando perdida la cosa, sólo subsista la obligación de pagarlo en dinero". Puede observarse que una interpretación del art. 1721, podría conducir a la no operancia definitiva de la compensación en los casos de depósitos en cuenta corriente, depósitos de ahorro y depósito a término. Un sector numeroso de la doctrina ha adoptado esta posición y pretende reforzarla con la previsión del artículo 2258 del mismo Código Civil, que establece: el depositario no podrá, sin el consentimiento del depositante, tener la cosa depositada, a título de compensación o en seguridad de lo que el depositante le deba; sino sólo en razón de las expensas y perjuicios de que habla el siguiente artículo (el artículo 2259, se refiere a las indemnizaciones de expensas para conservación de la cosa y perjuicios que ella haya ocasionado).

Los defensores de esta posición radical, parten de la definición de que el depósito es un contrato donde una de las partes entrega a la otra

una cosa corporal mueble para que lo guarde y lo restituya en especie, a voluntad del depositante (art. 2240 Código Civil), con lo cual se les presenta el inconveniente de que tanto los depósitos de ahorro, a término, como en cuenta corriente, son depósitos de dinero; es decir de cosas de género y fungibles y no de cuerpo cierto. Pretenden entonces ellas que dichos depósitos no pertenecen a la categoría del **depósito regular**, sino a una nueva, llamada **depósito irregular**, consagrada en el art. 2246 del Código Civil, que reza así: "En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin factura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario será obligado a restituir otro tanto en la misma moneda". Con lo cual arguyen estas modalidades de depósito si están regulados por el contrato de depósito y en consecuencia a ellas les es aplicable la disposición del art. 1721 sobre imposibilidad de aplicación a la compensación.

No compartimos esta opinión que nos parece profundamente desacertada y fruto del rezago de antiguas reglamentaciones aplicables a los bancos, cuando aún no se había establecido un régimen especial para ellas, por lo que se justificaba la regulación de algunas operaciones bancarias a través de los contratos civiles tradicionales, como el contrato de depósito civil en su modalidad de irregular. En efecto, por tratarse los contratos de depósito de cuenta corriente, de ahorro y a término de operaciones bancarias, se regulan por el Código de Comercio y la Legislación Especial Bancaria y no por el Código Civil. La legislación comercial general dispone a este respecto, de un régimen propio para el contrato de depósito en general (artículos 1170 a 1179 del Código de Comercio), la legislación comercial también introduce la distinción doctrinal entre el depósito regular y el irregular, por cuanto establece en su art. 1179 lo siguiente: "En el depósito de cosas fungibles el depositante podrá convenir con el depositario en que le restituya cosas de la misma especie y calidad. En este caso sin que cesen las obligaciones propias del depositario adquirirá la propiedad de las cosas depositadas."

No contiene el depósito mercantil ninguna relación o prohibición expresa a la compensación, pero aún podrían arguir los partidarios de la tesis de la inoperancia de la compensación que estas disposiciones se aplican por analogía al depósito mercantil, dado que éste no contempla esta cuestión. Aún aceptando esta tesis de la aplicación por analogía de

una prohibición del estatuto civil al estatuto mercantil, no por ello puede aceptarse la operancia de la misma, en el evento del depósito irregular que según la Ley "Transmite la propiedad de las cosas depositadas", lo cual haría nugatorias todas las pretensiones sobre "retención, pues como es obvio, no se puede retener "lo que es propio". Pero aún aceptando que el depósito irregular comercial está sujeto a la previsión del artículo 1721 del Código Civil, en ningún momento podría deducirse que esta disposición sea aplicable a los depósitos de ahorro, en cuenta corriente y a término. En efecto, nuestra legislación comercial que consagra el depósito regular e irregular, también regula los mencionados depósitos, pero no los incluye dentro de su regulación del contrato de depósito, ni los acepta como especies del depósito irregular. Por el contrario, lo regula en un título especial, dedicado a los contratos bancarios (Título XVII- De los Contratos Bancarios). No acepta pues, nuestra legislación mercantil, que el contrato de cuenta corriente bancario, ni el de depósito a término, ni el de depósito de ahorro, sean especies "del contrato de depósito, sino que les dedica un régimen especial a cada uno de ellos, que en ningún momento alude o remite en sus disposiciones a las establecidas para el contrato de depósito. No siendo estos contratos especies del contrato de depósito, sino contratos típicos especiales, puede predicarse de ellos, la aplicabilidad de la compensación sin ningún problema. Esta solución se ve reforzada, si se tiene en cuenta que respecto del contrato de depósito en cuenta corriente bancaria, la legislación comercial expresamente en el art. 1385 autoriza al banco para acreditar o debitar en la cuenta corriente de su titular. Las obligaciones exigibles de que sean recíprocamente deudores o acreedores, advirtiendo que se trata en este caso de una "compensación". Si no se encuentra una previsión de la misma índole para el depósito a término y el depósito de ahorro, el vacío en todo caso, debe ser llenado por la analogía con el contrato más similar a los mismos a saber, el depósito en cuenta corriente.

Dos razones adicionales justifican la aplicación de la compensación para el caso de los depósitos a término y los depósitos de ahorro, que hemos venido comentando. En primer lugar, de aceptarse la compensación en los contratos de cuenta corriente y negarla en las cuentas de los depósitos a término y depósitos de ahorro, se estaría estableciendo una discriminación entre los distintos acreedores-deudores de una entidad intervenida, que rompería la necesaria igualdad jurídica que debe presidir como principio rector al proceso de liquidación, especialmente cuando,

como en el caso de los depósitos a término y los depósitos en cuenta corriente, los acreedores-deudores se encuentran en el mismo nivel de prelación establecido por la legislación vigente, sin razones que justifiquen un tratamiento disímil.

En segundo lugar, motivos de interés público justifican la aplicación de la compensación, con el fin de que una entidad financiera intervenida no tenga que pagar sumas de dinero que a su vez son sus deudas en perjuicio de la gran masa de acreedores que se vería perjudicada por este tratamiento. Interpretando a contrario sensu los requisitos de la compensación, se ve como en este evento no solamente la compensación no iría en perjuicio de los derechos de terceros, sino que la no aplicación de la compensación iría en perjuicio de dichos derechos. Se violaría de esta manera el principio general de derecho consagrado por nuestra Constitución, según el cual el interés particular debe ceder frente al interés público o social.

Recuérdese al respecto que la liquidación de una institución financiera es una cuestión de orden público económico y no una cuestión de derecho privado, consideración ésta que debe regir en todo caso la actuación del intérprete en el momento de aplicar la normatividad vigente. Para mayor redundancia, considérese que la causa del contrato de depósito es obtener la custodia de una cosa y que ésta es la obligación principal emanada de dicho contrato. Cómo explicar entonces que tanto en el depósito a término como en el depósito de ahorro, no haya lugar a la "custodia" de la cosa por cuanto se transfiere su propiedad y que siendo estos contratos naturalmente remunerados, dicha remuneración sea pagada por el presunto depositario al depositante, contrariamente a lo sucedido en el depósito remunerado donde la remuneración está dirigida a compensar los esfuerzos del depositario en la custodia de la cosa?

VII. COMPENSACION Y EMBARGOS.

Este punto es atinente a los casos de embargo por terceros de los créditos a favor de los acreedores-deudores y a cargo de la institución financiera intervenida; y el caso de los depósitos de ahorro.

a. **Embargo del crédito:** En el evento de un embargo legalmente notificado al ente intervenido y que recaiga sobre el crédito que a su favor

tiene el acreedor-deudor y compensarlo con el cobro de su propia deuda, porque dichos bienes se encuentran fuera del comercio a partir del perfeccionamiento del embargo, debe el Agente Especial poner en conocimiento del juzgado de la causa de la existencia de unas sumas de dinero a favor del acreedor-deudor embargado, y proceder a congelarlos de acuerdo a lo previsto por el juez que adelante el embargo.

a. **Cuentas de ahorro:** Debe recordarse que la legislación financiera ha establecido, como un privilegio especial de los depósitos de ahorro, la inembargabilidad de una parte de sus fondos. (D. 3417 de 1983, art. 1o.). En consecuencia, como ya se dijo, no es de recibo la compensación en dichos eventos de depósitos de ahorro, teniendo en cuenta que uno de los requisitos esenciales para la operancia de la compensación, es la inembargabilidad de las obligaciones a compensar. Se introduce así una notable excepción al principio de que el patrimonio de una persona sirve de prenda común de sus acreedores, porque este principio de carácter general ha sido establecido en guardia e interés de los ahorradores de buena fe, por lo cual debe ceder ante la presencia de intereses de superior jerarquía, involucrados según el legislador en el campo de las cuentas de ahorro, porque se ha considerado que estos recursos provienen de pequeños ahorradores y forman parte sustancial de los recursos financieros de un país, lo cual explica que se sometan a normas estrictas de protección por parte de los poderes estatales. En consecuencia, en el evento de devolución de depósitos de ahorro, la compensación sólo podría operar por el saldo excedente que pudiera existir por encima de la suma límite declarada inembargable por la legislación.

VIII. DEUDORES-ACREEDORES CON PROCESOS PENDIENTES Y COMPENSACION.

Algunos acreedores-deudores pueden instaurar procesos ordinarios con el fin de obtener la declaración de compensación, a lo cual también puede oponerse la institución financiera intervenida con sólidos argumentos jurídicos. La operancia de una compensación parcial no contradice en ningún momento las posiciones aquí planteadas. En estos casos debería procederse a comunicar oficialmente al juez de la causa que se ha producido una compensación parcial con fundamento en los argumentos expuestos a lo largo de este estudio, y que por consiguiente debe tenerse en cuenta la reducción recíproca de las deudas al momento de

proferir sentencia. Dicha comunicación podría hacerse oficialmente por medio del Superintendente Bancario, mediante una circular dirigida a cada uno de los jueces de la causa.

Por otra parte, y en forma general, la Superintendencia Bancaria puede hacer uso de su facultad legal (ley 57 de 1931, art. 6o. sustitutivo del art. 57 de la ley 45 de 1923) de admitir compensaciones y declarar, mediante resolución motivada, cuáles compensaciones operan y cuáles no, incluyendo expresamente en los casos denegados aquellos relativos a los procesos que contra el ente intervenido adelanten algunos de sus acreedores-deudores.