



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Bogotá, D.C., primero (1º) de octubre de dos mil catorce (2014).

Radicación: 250002324000200700081 01
No. Interno: 18917
Asunto: Acción de nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: BANCO DAVIVIENDA S.A.
Demandado: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Sanciones pecuniarias por infracción al EOSF¹.

FALLO

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales del Banco Davivienda S.A. y de la Superintendencia Financiera de Colombia contra la sentencia del 12 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que resolvió:

¹ Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

“1°) **Declárase** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

2°) **Declárase** la nulidad parcial del artículo primero de la resolución No. 1964 de 30 de octubre de 2006 expedida por el Superintendente Financiero, mediante la cual se modificó el artículo primero de la resolución No. 1279 de 2 de septiembre de 2005 proferida por el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos, mediante la cual se impuso una sanción al Banco Davivienda S.A.

3°) Como restablecimiento del derecho, **ordénase:**

a) Al Ministerio de Hacienda, la devolución del valor consignado por la multa impuesta por los hechos contenidos en el informe de visita No. DEL-3DSC-13-12/2002 con la actualización respectiva, de conformidad con la fórmula señalada la parte considerativa de ésta providencia.

b) A la Superintendencia Financiera de Colombia (antes Superintendencia Bancaria), suprimir de los archivos de esa entidad las anotaciones que se hayan realizado con ocasión de la sanción impuesta con las resoluciones demandadas por el informe de visita número DEL-3DSC-13-12/2002, así como también, informar de la nulidad parcial de los actos enjuiciados a las entidades que hubiere dado aviso de las multas impuestas al Banco Davivienda S.A. por esos hechos.

4°) **Deniéganse** las demás pretensiones de la demanda.

5°) **Abstiénesse** de condenar en costas.

6°) **Devuélvase** al actor el remanente que hubiese a su favor por concepto del depósito de expensas para atender los gastos ordinarios del proceso.

(...)”.

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

- El 2 de septiembre de 2005, la Superintendencia Bancaria profirió la resolución No. 1279, en la que se decidió multar al Banco Davivienda S.A., 1) por los hechos contenidos en el informe de visita DEL-3-DSC-13-12/2002, con la suma de \$65.000.000; 2) por los hechos

contenidos en el informe de visita DEL-3-DSC-09/2004, con la suma de \$100'000.000.

- El Banco Davivienda S.A. presentó recurso de apelación, resuelto mediante la Resolución No. 1964 del 30 de octubre de 2006, en la que se redujeron las multas impuestas, la primera a la suma de \$62'000.000 y la segunda a 80'000.000.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Banco Davivienda S.A., mediante apoderada judicial, presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca las siguientes pretensiones:

“Teniendo en cuenta las consideraciones de hecho y de derecho que se exponen más adelante, solicito a ese Honorable Tribunal que, mediante sentencia que resuelva el litigio, disponga lo siguiente:

5.1. Declare la nulidad de las Resoluciones 1279 del 2 de septiembre del 2005 y 01964 del 30 de octubre del 2006, proferidas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

5.2. Como restablecimiento del derecho, solicito se ordene al TESORO NACIONAL el reintegro del valor pagado por concepto de las multas impuesta (sic) mediante los actos demandados, que en total son ciento cuarenta y dos millones de pesos (\$142'000.000) moneda corriente, más los intereses pagados hasta la fecha de la consignación efectiva de la misma, teniendo en cuenta que mi representado por tal concepto efectuó un pago por ciento cuarenta y tres millones treinta y un mil doscientos siete pesos (\$143'031.207.00), como lo acredita el recibo de consignación expedido por la Subgerencia de Operación Bancaria del Banco de la República, cuya copia auténtica se adjunta a la presente demanda.

5.3. Así mismo, a título de restablecimiento del derecho, solicito se ordene el pago de intereses comerciales desde el veintidós (22) de noviembre de 2006, fecha en que se efectuó el pago, y hasta la ejecutoria de la sentencia,

e intereses moratorios a partir del día siguiente a esta última fecha, conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

5.4. Igualmente, solicito al Honorable Tribunal ordene que se cancele cualquier registro que en relación con las multas impuestas se haya efectuado, al igual que cualquier otra anotación que constituya un antecedente respecto de mi representado.

5.5. De haber enviado la parte demandada comunicación a alguna entidad pública o privada informando sobre las multas impuestas, solicito, además, que el Honorable Tribunal le ordene remitir comunicación a esas mismas entidades, con el fin de informar sobre la declaratoria de nulidad de las Resoluciones impugnadas.”

2.1.1. Normas violadas.

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Artículos 4, 6, 29, 121, 122, 123 inciso 2 y 243 de la Constitución Política.
- Artículos 3, 35 y 38 del Código Contencioso Administrativo.
- Artículo 31 del Código Civil.
- Artículo 21 del Decreto 2067 de 1991.
- Artículo 208 numeral 1° literal a) y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

2.1.2. Concepto de la violación

La demandante sustentó los cargos de la siguiente manera:

- a. Falta de competencia de la Superintendencia Financiera por caducidad de la facultad para sancionar a Davivienda S.A. por los hechos ocurridos en el año 2002**

La demandante alegó que, de conformidad con el artículo 38 del Decreto 01 de 1984, la facultad sancionatoria de la Superintendencia Financiera caduca a los tres años de ocurrido el hecho que da lugar a la sanción.

Que, en este caso, la actuación administrativa relacionada con la primera visita de inspección y en virtud de la cual se impuso una multa al Banco Davivienda S.A. por valor de \$62'000.000, se inició el 30 de octubre de 2002 y finalizó el 12 de diciembre del mismo año, y, el 30 de diciembre siguiente, la Superintendencia requirió explicaciones por los hechos y cargos contenidos en el informe de visita DEL-3-DSC-13-12/2002.

Que, entonces, el plazo para imponer la sanción debía contarse desde la fecha del informe, esto es, desde la fecha de ocurrencia de los hechos que fueron objeto de análisis en el informe, esto es, desde el 30 de septiembre de 2002; y respecto de los hechos relativos al suministro de la información, desde el 6 de diciembre de 2002. De modo que, para el 9 de noviembre de 2006, fecha en la que se notificó la Resolución No. 1964 de 2006, ya había caducado la potestad de la Superintendencia para sancionar a Davivienda S.A., pues habían transcurrido más de tres años desde la fecha en que ocurrieron los hechos materia de sanción.

Que, en consecuencia, la Superintendencia, con ocasión de la expedición de los actos demandados, en particular, con la imposición de la multa en cuantía de \$62'000.000, desconoció las siguientes normas:

- Artículos 6, 29, 121, 122 y 123 inciso 2 de la C.P., en la medida en que los actos demandados no quedaron en firme dentro de los tres años siguientes a los hechos objeto de sanción. En consecuencia, había lugar a concluir que deben ser anulados ante la falta de competencia de la Superintendencia para hacer uso de su facultad sancionatoria por vencimiento del término que tenía para ejercerla, de acuerdo con lo previsto por el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

- Artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, pues dicha norma establece que, tratándose de sanciones de las autoridades administrativas, el término de caducidad es de tres años, que empiezan a contarse una vez “...*producido el acto que pueda ocasionarlas*” (en clara referencia a las sanciones)
- Artículo 31 del Código Civil, porque el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo es una norma concebida en beneficio del administrado y, por lo tanto, el cómputo de los términos debe ser estricto y preciso, conforme con la ley, sin que sea admisible una interpretación extensiva del mismo.

b. Desconocimiento por parte de la Superintendencia del fallo de constitucionalidad condicionado del artículo 211 del EOSF y como consecuencia, violación del debido proceso y del principio de legalidad, derivada de la imposición de una sanción por la transgresión de circulares.

La demandante alegó que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1161 de 2000, declaró exequible condicionalmente la expresión “*reglamento*” contenida en el numeral primero del artículo 211 del EOSF, “*en el entendido de que se trata de los reglamentos expedidos por el gobierno en desarrollo de las leyes marco previstas por el artículo 150-19 literal c) y que no deben entenderse incluidos dentro de esos reglamentos las circulares o conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria*”. (subraya el demandante).

Que, conforme con lo anterior, es claro que el artículo 211 del EOSF no tipifica como falta la violación de circulares y conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria, lo que indica que no se puede sancionar a los vigilados por la violación de circulares y, por tanto, con las resoluciones acusadas se rompió la unidad interpretativa de la Constitución porque, a pesar de haberse proferido la sentencia condicionada de la Corte, se impuso a Davivivenda S.A. una multa en cuantía de \$62'000.000 por la supuesta violación de la Circular Básica Jurídica 07 de 1995, la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995 y las Circulares Externas No. 088 de 2000, y 11 y 33 de 2002.

Que la Superintendencia desconoció que la sentencia C-1161 de 2000 tiene efectos *erga omnes*, surte efectos hacia el futuro y es definitiva en la medida en que las normas allí examinadas no pueden ser objeto de un segundo debate judicial. Que, además, la sentencia también tiene fuerza vinculante para la labor de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Que, por todo lo anterior, se vulneraron las siguientes normas:

- Artículos 4 y 243 de la Constitución Política y 21 del Decreto 2067 de 1991, pues con los actos demandados la Superintendencia se sustrajo del cumplimiento de la Sentencia C-1160 del 2 de septiembre de 2000, que fuera notificada el 11 de octubre del mismo año.
- El artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto, de acuerdo con el fallo de constitucionalidad mencionado, el artículo 211 del EOSF no comprende "*las circulares o conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria*". En consecuencia, con fundamento en dicha norma la Superintendencia no podía sancionar a la demandante por la violación de circulares.

- El artículo 211 del EOSF, pues la Superintendencia lo aplicó indebidamente.

c. Violación del principio de legalidad estricto o taxatividad por el indebido juicio de tipicidad realizado por la Superintendencia

La demandante sostuvo que los actos administrativos demandados desconocieron el principio de legalidad, en cuanto que la sanción fue impuesta por un indebido juicio de adecuación de la conducta, pues los hechos sancionados no encuadran en los supuestos jurídicos de las disposiciones invocadas como violadas, especialmente en lo que se relaciona con las conductas señaladas en la primera visita de inspección, esto es, (i) la calificación de créditos reestructurados y (ii) que el área encargada del control de riesgos debía informar diariamente a la alta gerencia de las posiciones de riesgo y del resultado de las negociaciones.

Sobre el particular sostuvo que la conducta objeto de sanción no se adecua a los numerales 1 y 5.3. de la Circular Externa 11 de 2002, incorporados al Capítulo II de la Circular Básica y Contable Financiera 100 de 1995, por cuanto:

- Los numerales 1.1., 5.3.1, 5.3.2. y 5.3.5. no establecen conductas de acción u omisión. Los dos primeros definen qué es “*riesgo de crédito*” y qué debe entenderse por “*reestructuración de un crédito*”; el tercero excluye de éstos los alivios crediticios ordenados por leyes, y el último alude a la aplicación de unas normas a créditos en procesos especiales.
- Los numerales 1.2. y 5.3.3. consagran la obligación de evaluar el riesgo del crédito y de establecer, antes de reestructurar un crédito, que el mismo será recuperado bajo las nuevas condiciones. La

conducta reprochada no constituye incumplimiento de esas obligaciones.

- El numeral 5.3.6. prohíbe utilizar las reestructuraciones como una práctica generalizada. No se acusa al banco de hacerlo.
- El numeral 1.3. establece la obligación de fijar una metodología interna de evaluación del riesgo crediticio que como mínimo contemple: a) la probabilidad de deterioro o de cambio en la calificación del riesgo del crédito y b) la estimación o cuantificación de la pérdida esperada en que incurriría la entidad en caso de que se produzca el evento anterior, durante un lapso determinado. El banco fijó una metodología que contempla la estimación de los factores mencionados.
- El numeral 5.3.4. autoriza mejorar la calificación de un crédito cuando el deudor demuestre un comportamiento de pago regular y efectivo. Para el Banco un deudor demuestra tal comportamiento cuando cumple con el pago de dos cuotas consecutivas y presenta mora inferior a 31 días.

Dijo que el hecho de que la Superintendencia no comparta el criterio que en esta materia tiene el Banco, no es suficiente para concluir la violación de los numerales comentados. Que, como se dijo en el recurso de apelación interpuesto contra la sanción, la norma no establece unos parámetros específicos para determinar el *comportamiento de pago regular efectivo*, y que, por ende, como se dijo en el recurso mencionado, cualquier *sugerencia* de la autoridad al Banco *debe tener aplicación a futuro y no ser tenida en cuenta para establecer una sanción*.

Agregó que el numeral 4 de la Circular Externa 088 de 2000 establece que *“el área encargada del control de riesgos debe informar diariamente a la Alta Gerencia las posiciones en riesgo y el resultado de las negociaciones”*.

Que no suministrar los reportes en línea y enviarlos a los *traders* en la tarde del día siguiente no se adecúa a lo dicho en la norma. Que, en la respuesta a la inspección, el Banco manifestó que si bien *“actualmente los reportes de la posición de riesgo no son suministrados en línea, se han desarrollado las herramientas para medir y controlar estas posiciones.”*

Dijo que pese al informe rendido, el Banco fue sancionado mediante la Resolución No. 1279 de 2005, con fundamento en el siguiente argumento: *“los reportes de riesgo no se proporcionan con la debida oportunidad, ya que en la revisión al área de negociación se observó que en realidad la información se envía a cada trader **y no a la alta gerencia** como lo exige el instructivo en la tarde del día siguiente” (resaltados del demandante).*

Adujo que para sustentar el cargo en contra del Banco, la Superintendencia cambió la conducta infractora. Que ya no consistía en que los reportes no se suministraban en línea y se entregaban a los *traders* en la tarde del día siguiente, sino que los reportes debían entregarse a la alta gerencia.

Que, en consecuencia, como la Superintendencia sancionó al Banco demandante por conductas que no se adecuaban a las normas, vulneró los artículos 6 y 29 de la C.P., pues la demandante fue juzgada y sancionada con base en unas disposiciones que no proscriben las conductas que percibe como contrarios a ellas la Superintendencia. Que, por consiguiente, no fue sancionado *“conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”*, de acuerdo con la garantía del artículo 6 ibídem, que dice que *“los particulares*

sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes.” (Subraya el demandante).

Finalmente, sostuvo que, además, se vulneró el derecho a la defensa, al sancionar al actor por una conducta que no se mencionó en el informe de visita y sobre la que no se le requirió para que rindiera explicaciones.

d. Interpretación errónea de los hechos e indebida aplicación de las normas

En relación con la sanción impuesta por la supuesta inadecuada clasificación de las operaciones de crédito, alegó que la Superintendencia Financiera confundió el hecho de reclasificar un crédito (actividad que desarrolló el Banco con los créditos que a 31 de diciembre de 2002 detectó que estaban mal clasificados) con el hecho de cambiar el nombre del titular de un crédito, que es lo que operativamente no se puede realizar.

Que, en ese entendido, se configuró la interpretación errónea de los hechos y se encuadró una conducta en normas inaplicables al caso, razón por la que los actos demandados están viciados de nulidad.

Adujo que la Superintendencia, en el acto de sanción, insistió en que el Banco estaba en capacidad de reclasificar 319 créditos de vivienda a comerciales.

Que, por lo anterior, la Superintendencia incurrió en la interpretación errónea de los hechos, lo que conllevó la aplicación indebida de los numerales 3.1. y 3.2. del Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995.

e. Violación del debido proceso, del principio de legalidad y del derecho de defensa derivada de la aplicación del criterio de la reincidencia en la comisión de la infracción, de la ausencia de prueba y del desconocimiento de los argumentos expuestos sobre el tema en el recurso de apelación

Según el Banco demandante, la Superintendencia Bancaria, en la Resolución No. 1279 de 2005, no indicó el criterio que tomó en cuenta para graduar la multa por valor de \$65'000.000. Que, además, el artículo 211 del EOSF, vigente para la fecha del informe No. DEL3-DSC-13-12/2002, no establece la reincidencia en la comisión de la conducta como un criterio para determinar la cuantía de la multa ni como agravante de la misma.

Que, así mismo, en esa Resolución No. 1279 de 2005, se impuso una multa a la demandante por el monto de \$100'000.000, con ocasión de la comisión de dos infracciones: (i) porque las respuestas suministradas a los usuarios no eran claras y no resolvían el objeto de la petición y, (ii) por falta de información a los usuarios sobre las modificaciones derivadas de reestructuraciones de créditos hipotecarios.

Que, con ocasión del recurso de apelación, la Superintendencia reconoció que la demandante había desvirtuado los cargos por reincidencia porque se había dado respuestas a dos usuarios en el caso de las reestructuraciones de créditos hipotecarios.

Sin embargo, el demandante se quejó de que la autoridad demandada (i) pese a haber revocado uno de los dos cargos por los que se impuso la multa

y de haber reconocido la no reincidencia de la conducta –criterio que se tuvo en cuenta al fijar la multa inicial- la rebaja sólo fue de \$20'000.000, sin mayores explicaciones; (ii) en relación con la multa en cuantía de \$65'000.000, la Superintendencia, sin reconocer previamente que respecto de su fijación no era posible tener en cuenta el criterio de la reincidencia, y que, finalmente, pese a revocar los cargos de los numerales 5.2.2., 5.3.1 y 5.3.2., decidió reducir la multa sólo en cuantía de \$3'000.000, para un valor de \$62'000.000.

Que, en consecuencia, vista la motivación de la resolución que resolvió el recurso de apelación, se advirtió que los argumentos expuestos en relación con la falta de proporcionalidad de la sanción no fueron evaluados conforme con las normas, sino que, además, no se motivó la decisión de rebajar las multas impuestas en las cuantías mencionadas.

f. Violación de los derechos de defensa y contradicción por falta de motivación del acto administrativo que resolvió el recurso de apelación

El demandante indicó que el derecho que le asiste a los administrados de impugnar los actos sancionatorios es directamente proporcional al deber de la administración de evaluar los argumentos que fundan los recursos e indicar las razones de la decisión. Que, por consiguiente, la omisión de esos aspectos implica la violación de los derechos de defensa y de contradicción.

Dijo que, mediante la Resolución No. 1279 de 2005, la Superintendencia le impuso a Davivienda dos multas: una por \$65'000.000 y otra por \$100'000.000, esta última por los hechos contenidos en el informe de visita No. DEL3-DSC-09/2004, 1. *“5.11.1. Cargo: Las respuestas suministradas a los usuarios no son claras y tampoco resuelven el objeto de la petición.”*, y 2. *“5.12.1. Cargo: Falta de información a los usuarios sobre las modificaciones derivadas de reestructuración de créditos hipotecarios”*.

Que, luego, la Resolución No. 1964 de 2006 revocó el cargo del numeral 5.12.1 y reconoció que se desvirtuó la reincidencia del cargo 5.11.1. Sin embargo, no se pronunció sobre la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, que se fijó en \$80'000.000, es decir, que a pesar de que se revocó uno de los cargos y se reconoció la no reincidencia, la reducción de la sanción fue de sólo 20'000.000, sin explicar el motivo de dicha reducción.

Que, frente a la otra multa, ocurrió algo parecido: se revocaron unos cargos y la reducción de la sanción fue de sólo 3'000.000, para un total de 62'000.000.

Sostuvo, además, que la Superfinanciera, en la resolución demandada, no se pronunció sobre los argumentos expuestos para desvirtuar la reincidencia frente a los hechos contenidos en el informe del año 2002.

g. Violación del principio de legalidad por falta de proporcionalidad de las multas impuestas

El Banco demandante alegó que la sanción en cuantía de \$80'000.000 no resulta proporcional ni razonable si se tiene en cuenta que los hechos que la originaron fueron dos de las respuestas dadas a unos clientes del Banco. En el primer caso, por no haber dado una respuesta clara y, en el segundo, por no haber resuelto la queja en la primera respuesta.

Insistió en la desproporción de la sanción, máxime si se considera que la misma Superintendencia reconoció que *“se trata de dos casos aislados que no constituyen una muestra representativa y que fueron resueltos favorablemente a las dos usuarias”*.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

2.2.1. Excepciones propuestas.

La apoderada judicial de la Superintendencia Financiera de Colombia propuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa y la excepción innominada.

Manifestó que el demandante, en sede administrativa, no alegó el supuesto desconocimiento e incumplimiento de la sentencia C-1161 de 2000, sus efectos, su fuerza vinculante y el rompimiento de la unidad interpretativa de la Constitución. Dijo que esa omisión era equiparable a la falta de agotamiento de la vía gubernativa.

Que el demandante tampoco alegó en sede administrativa el supuesto de que una de las conductas sancionadas no está contenida en los numerales 1

y 5.3. de la Circular 11 de 2002 de la Superintendencia Bancaria, incorporadas al Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995. Que no aludió a la inconformidad con el criterio de reincidencia esgrimido por la demandada, como fundamento de la imposición de la multa por los hechos ocurridos en el año 2002.

En relación con la excepción innominada, pidió que el juez declarara, de manera oficiosa, cualquier excepción que encontrara probada en el proceso.

2.2.2. Del asunto de Fondo

2.2.2.1. Sobre la caducidad de la acción sancionatoria.

En cuanto a los argumentos de la demanda, alegó que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que no opere la caducidad de la facultad sancionatoria basta con que se expida el acto sancionador y que el mismo se notifique, como ocurrió en el presente asunto.

Indicó que en el trámite sancionatorio existen dos etapas: la primera es el periodo del que dispone la administración para investigar y probar los hechos irregulares, deducir las responsabilidades e imponer y notificar la sanción. La segunda corresponde a la etapa de controversia del acto administrativo sancionatorio, mediante el ejercicio de los recursos que ha dispuesto el ordenamiento para el agotamiento de la vía gubernativa.

Sostuvo que la vía gubernativa es un presupuesto procesal necesario para acudir a la vía jurisdiccional, pero no indica que sólo el acto que la resuelve es el que tiene efectos vinculantes.

Dijo que, de igual manera, el acto administrativo notificado produce efectos jurídicos directos, inmediatos, sin que importe que sean de naturaleza provisional o definitiva. Que de ahí se concluye que no se requiere de la expedición de los actos que resuelven los recursos dentro del término de los tres años, pues basta la expedición del acto sancionatorio y de su publicación.

2.2.2.2. Sobre el desconocimiento de la sentencia C-1161 de 2000.

Alegó que la Superfinanciera no desconoció la sentencia C-1161 de 2000, pues le asiste la facultad de imponer sanciones con base en disposiciones diferentes a las leyes o reglamentos expedidos por el Gobierno Nacional, en desarrollo de las leyes marco previstas por el artículo 150, numeral 19, literal d) de la Constitución Política.

Adujo que si bien la sentencia C-1161 de 2000 consideró que la otrora Superbancaria no podía sancionar con fundamento en circulares o conceptos emitidos por ella, la regla varió, pues con posterioridad, en la sentencia C-921 de 2001, al estudiar la constitucionalidad de ciertos artículos del Decreto 1259 de 1994, mediante el que se reestructuró la Superintendencia Nacional de Salud, la misma Corte declaró exequibles las facultades relativas a la imposición de multas cuando los vigilados desobedecieran instrucciones u órdenes impartidas por esa Superintendencia.

De acuerdo con lo anterior, dijo que sí es posible apartarse de la regla contenida en la sentencia C-1161 de 2000, y que resultaba abiertamente injusto que casos iguales se resolvieran de manera distinta por el mismo juez.

En relación con las expresiones contenidas en el artículo 211 del EOSF, dijo que de la sentencia C-1161 de 2000 se pueden extraer dos conclusiones: a) que los “*reglamentos*” se refieren a aquellos que expide el Presidente de la República, por medio de los que regula y ejerce la intervención en el sector financiero; b) pero que la Superintendencia Financiera puede sancionar por violación de los “*reglamentos*” y de las circulares e instrucciones, con fundamento en la expresión “*cualquiera otra [regla] legal a que deba estar sometido*”.

Que, en todo caso, en la sentencia C-860 de 2006, la Corte Constitucional ratificó el ejercicio de la potestad punitiva de la Superintendencia Financiera de Colombia por el incumplimiento o desconocimiento por parte de sus vigiladas, de las circulares externas, órdenes, resoluciones e instructivos, por considerar que la ambigüedad de la disposición establecida en la normativa anterior fue superada por la redacción de la Ley 795 de 2003, en la que claramente se entiende que “*la potestad sancionatoria no se ejerce por violación de cualquier acto administrativo sino por el desconocimiento de aquellos que tienen fundamento en las facultades de inspección, vigilancia y control que la ley le otorga a la entidad administrativa*”.

Que, en conclusión, la Superfinanciera tiene la facultad de imponer sanciones con base en las normas legales que ella expida, atribución que estaba conferida antes de la Ley 795 de 2003, y que fue ratificada con esta última.

Manifestó que las conductas sancionadas al Banco Davivienda S.A. no vulneraron el principio de tipicidad, pues las multas se impusieron con fundamento en normas previamente existentes, esto es, la Circular Externa No. 11 de 2002, incorporada al Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, expedida por la Superintendencia Bancaria.

2.2.2.3. Sobre la contravención del principio de legalidad por indebido juicio de tipicidad

La Superintendencia demandada aludió, como primera medida, al principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, conforme con el alcance que le ha dado la Corte Constitucional (Sentencia C-853 de 2005) para precisar que *“debido a la variabilidad y al carácter técnico de ciertas conductas, la teleología de las facultades sancionatorias en estos casos, requieren de por parte de la autoridad competente (sic) la expedición de resoluciones, las cuales minimizan el eventual carácter general o indeterminado de la expresión, de ahí que el operador jurídico cuenta con criterios para ejercer la actividad de adecuación”*.

Como segunda medida, se refirió a los hechos que presuntamente no se tipifican en ninguna norma como infracción y que, por ende, no podrían ser sancionados, así.

a. Sobre el incumplimiento de las reglas y criterios para la evaluación del riesgo crediticio en la cartera de créditos y para la recalificación de créditos reestructurados:

Luego de transcribir las normas en que se fundamentó la sanción, la superintendencia precisó que no era cuestión de acusar, incriminar o imputar conductas concretas, sino de encauzar la actividad financiera como actividad de interés público. Que las operaciones y el tratamiento que la entidad vigilada le dé a las reglas y criterios especiales para la reclasificación de créditos reestructurados deben obedecer a un mínimo de atención para no

sobrepasar la normalización en el comportamiento de los pagos de los clientes con créditos reestructurados.

Explicó que frente a los hechos registrados por la comisión de visita y las explicaciones que en sede administrativa suministró la entidad financiera demandante, lo cierto es que efectivamente se comprobó:

- Que respecto de la política del riesgo interno del Banco Davivienda se suministró un manual que no estaba vigente a la fecha de inspección.
- Que en cuanto a la evaluación del riesgo crediticio, se verificó que el Banco no contemplaba la probabilidad de deterioro o cambio de la calificación del riesgo de crédito, pues un crédito reestructurado podía estar recalificado en A y posteriormente nuevamente recalificado de A a D.
- Que se comprobó que el Banco elimina la historia del crédito. Que con esto desconoce la obligación de hacer el registro efectivo de los recaudos y mientras se producen, con el registro correspondiente en cuentas de orden.
- Que por lo tanto, la Superintendencia sí adecuó los hechos en las disposiciones que se consideran infringidas.

b. Sobre el incumplimiento en la oportuna entrega de los reportes de control y riesgo:

Sobre el particular, la Superintendencia adujo que la demandante incumplió el numeral 4 de la Circular Externa 088 de 2000, concretamente, el deber de hacer los reportes de control de riesgos

2.2.2.4. Sobre la indebida aplicación de los numerales 3.1. y 3.2. del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995. De la inadecuada clasificación de operaciones de crédito.

Adujo que no es cierto que la Superintendencia interpretó de manera errónea los hechos y aplicó indebidamente las normas. Explicó que el Banco clasificó como créditos de vivienda, que son aquellos otorgados a personas naturales, ciertos créditos que fueron otorgados a personas jurídicas. Que la autoridad nunca exigió cambiar el titular de los créditos, sino reclasificarlos como corresponde.

2.2.2.5. Sobre la violación del debido proceso, del principio de legalidad, del derecho de defensa por la aplicación del criterio de reincidencia en la comisión de la infracción. De la proporcionalidad y razonabilidad de las multas impuestas.

a. Sobre la violación del debido proceso:

La Superintendencia explicó las etapas en que se desarrolla el procedimiento administrativo sancionatorio que le corresponde adelantar e indicó que, en todo caso, no vulneró el debido proceso del actor, pues se cumplieron todas las etapas del mentado proceso y se garantizó el pleno ejercicio de los derechos de audiencia y defensa.

b. Sobre la aplicación del criterio de la reincidencia:

La demandada explicó que en los actos demandados, en realidad, no se aludió a la reincidencia como criterio de graduación de la pena, sino a la reiteración de las conductas. Dijo que para aplicar la reincidencia sí es necesario contar con actos administrativos ejecutoriados que hayan impuesto sanciones al Banco. Que, además, ese criterio solo puede ser aplicado a partir de la entrada en vigencia de la Ley 795 de 2003. Que en los actos demandados, la entonces Superbancaria aludió a la conducta reiterada de la parte actora, pues ya se le había advertido en oportunidades anteriores por hechos similares. Que la sanción que le impuso al Banco por los hechos descritos en el informe DEL-3-DSC-13-12/2002, se graduó con fundamento en la gravedad de la infracción y dentro de los topes mínimos y máximos de conformidad con el artículo 211 del EOSF.

c. Sobre la violación del principio de proporcionalidad de la sanción:

Dijo que la Superintendencia Financiera de Colombia sí motivó en debida forma los actos sancionatorios, pues se especificaron los hechos irregulares constitutivos del incumplimiento de las respectivas disposiciones legales, hechos que fueron debidamente probados. Que las multas derivadas del informe DEL-3-DSC-13-12/2002 se impusieron de conformidad con el artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que no determina términos rigurosos o especiales para la graduación de la multa. Que para la fecha de ocurrencia de los hechos, la multa máxima permitida era de \$72.224.916,46. Que, en consecuencia, la sanción por \$62.000.000 se ajustó a los parámetros vigentes. Explicó que para graduar la sanción de \$65 millones a \$62 millones tuvo en cuenta la importancia que revisten las normas violadas

por el Banco y el impacto que la gravedad de las conductas infractoras tienen en el orden público económico.

En cuanto a la sanción de \$80.000.000, impuesta por los hechos contenidos en el informe DEL-3-3DSC-09/2002, dijo que fue proporcionada, pues la multa máxima permitida para esa fecha era de \$626.635.081, para los hechos ocurridos en vigencia de la Ley 795 de 2003. Que en todo caso, la multa se impuso porque se demostró la vulneración de la obligación de atención y protección al cliente financiero, de terceros de buena fe y, en consecuencia, del público en general.

Que, por todo lo anterior, se deben negar las pretensiones de la demanda.

2.3. LA SENTENCIA APELADA

2.3.1. De las excepciones previas

Luego de hacer un recuento de los hechos probados, el Tribunal estudió la excepción de agotamiento irregular de la vía gubernativa presentada por la demandada. Sobre el particular, consideró que los argumentos expuestos en la demanda, relacionados con el desconocimiento de la sentencia C-1161 de 2000, no constituyen hechos nuevos, sino argumentos de defensa desde el punto de vista jurídico, que buscaban mejorar los fundamentos de derecho en los que la parte actora fundaba la violación, sin que se adicione aspectos fácticos nuevos o adicionales a los planteados en la vía gubernativa. En consecuencia, adujo el Tribunal concluyó que no se configuró la excepción alegada por la parte demandada.

2.3.2. Del asunto de fondo.

2.3.2.1. De la causal de nulidad por falta de competencia temporal.

El Tribunal fundamentó su decisión en el concepto del 25 de mayo de 2005 (Rad. 1632) de la Sala de Consulta y Servicio Civil, y dijo que sobre la prescripción de la facultad sancionatoria, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido uniforme. Precisó que se han planteado tres tesis sobre el particular. Conforme con la primera tesis², explicó que basta la expedición de los actos administrativos sancionatorios para que se entienda interrumpido el plazo de prescripción. Que según la segunda tesis³, es necesario, además de la expedición de los actos administrativos sancionatorios, que estos se notifiquen. Y, respecto de la tercera tesis⁴, que es necesario que los actos administrativos que resuelven los recursos contra el acto que decidió de fondo queden ejecutoriados en el plazo de prescripción.

El Tribunal acogió la tercera tesis, según la cual, se reitera, los actos administrativos que imponen la sanción deben quedar ejecutoriados en el plazo de prescripción de la facultad sancionatoria.

Consideró que, en el caso concreto, operó la caducidad de la facultad sancionadora de la Superintendencia Financiera, pues para el momento en que quedó en firme la Resolución No. 1964 del 30 de octubre de 2006 –por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 1279 de 2005 y agotó la vía gubernativa- la facultad

² Consejo de Estado. Sentencia del 25 de julio de 1991. Expediente 1476. Sentencia del 5 de febrero de 2009. Expediente 2000-00643-

³ Sentencia del 8 de septiembre de 2000.

⁴ Sentencias del 4 de octubre de 2001. Expediente 6701. Sentencia del 1º de noviembre de 2001, expedientes 6702 y 6283. Sentencia del 23 de mayo de 2002. Expediente 6889.

sancionadora de ese organismo se encontraba caducada respecto de los hechos contenidos en el informe de visita No. DEL-3-DSC-13-12/2002 y por los que se impuso la primera de las multas al Banco Davivienda S.A.

Que, en esas condiciones, la facultad sancionadora de la Superfinanciera había caducado frente a los hechos susceptibles de sanción encontrados en la visita realizada en el año 2002, fecha en la que culminó la visita de inspección, circunstancia que permite establecer que la actuación administrativa debió quedar ejecutoriada a más tardar el 13 de diciembre de 2005. Que, sin embargo, el acto sancionatorio se expidió el 9 de noviembre de 2006, cuando la entidad había perdido competencia para sancionar a Davivienda S.A. por esos hechos. En consecuencia, se relevó de estudiar los cargos 2, 3, 4 y 5 de la demanda, que se dirigieron a controvertir la sanción impuesta con ocasión del informe de visita No. DEL-3-DSC-13-12/2002.

Por todo lo anterior, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 12 de mayo de 2011, declaró la nulidad parcial del artículo primero de la Resolución No. 1964 del 30 de octubre de 2006, expedida por el Superintendente Financiero, mediante la cual se modificó el artículo primero de la Resolución No. 1279 de 2 de septiembre de 2005, proferida por el Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Dos, mediante la que se impuso una sanción al Banco Davivienda S.A.

A título de restablecimiento del derecho, ordenó al Ministerio de Hacienda la devolución del valor consignado por la multa impuesta por los hechos contenidos en el informe de visita No. DEL-3DSC-13-12/2002 (\$62.000.000), con la actualización respectiva, de conformidad con la fórmula señalada en la parte considerativa de la sentencia. Dijo que no era procedente ordenar el reconocimiento de intereses bancarios corrientes porque son excluyentes

con la actualización, en tanto “en la indexación se entienden incluidos”.

También ordenó a la Superintendencia Financiera de Colombia que suprimiera de los archivos de esa entidad las anotaciones que se hubieren realizado con ocasión de la sanción impuesta en las resoluciones demandadas, por causa del informe de visita No. DEL-3DSC-13-12/2002, así como también que informara de la nulidad parcial de los actos enjuiciados a las entidades que hubiere dado aviso de las multas impuestas al Banco por esos hechos.

2.3.2.2. De la causal de nulidad por falta de motivación de la reducción de la multa y falta de proporcionalidad. (\$80.000.000)

Al estudiar los cargos sexto y séptimo de la demanda, dirigidos a controvertir las multas impuestas, el Tribunal consideró que, de conformidad con el artículo 208, numeral 3, literal b), sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, el monto de las multas imponibles por la Superfinanciera podían llegar hasta los \$550.000.000, para el año 2002 y que la sanción que se impuso a Davivienda S.A. fue inferior al tope fijado.

Estimó que la reconsideración de uno de los cargos que imputó la Superintendencia a la demandante, con ocasión de los argumentos que ésta propuso en el recurso de apelación, no implicaba que la multa debía ser disminuida a la mitad, porque la comisión de una sola conducta ya daba lugar a la imposición de la sanción. Que, en todo caso, la comisión de una sola conducta que dé lugar a una sanción bien puede permitirle a la Superintendencia que fije el tope máximo que trae la norma, según el contenido y entidad de la misma y las circunstancias de tiempo, modo y lugar

en que se cometió la falta. Que, en consecuencia, la tasación de la sanción se ajustaba a los parámetros legales, pues equivalía al 14,5% del tope máximo permitido.

En consecuencia, negó las demás pretensiones de la demanda.

2.4. EL RECURSO DE APELACIÓN

2.4.1. Davivienda, parte demandante.

La apoderada judicial de Davivienda S.A. interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal y solicitó que se revocara el numeral cuarto de la decisión y que se anulara la segunda de las multas impuestas en el acto administrativo demandado.

Adujo que el hecho de que la multa impuesta no excediera el monto máximo legalmente permitido no significa que la sanción sea razonable y proporcional al hecho sancionado, sino que, simplemente, el monto no excede ese máximo legal.

Indicó que pese a que el Tribunal consideró que el monto de la multa depende de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se haya cometido la falta, omitió precisar esas condiciones que originaron la imposición de la sanción en este caso, simplemente porque, a juicio de la Superfinanciera, el Banco no dio una respuesta clara a una usuaria y a otra no le resolvió la petición en la primera respuesta.

Citó el artículo 208 numeral 2) del EOSF, para concluir que la Superfinanciera, al imponer la sanción a Davivienda S.A., tuvo como criterio el suministro de la información de 84 créditos, y, en relación con 20 deudores, el de reincidencia en la comisión de la infracción, hecho que tornó grave la primera conducta. Que, no obstante, en la resolución que resolvió el recurso de apelación, la Superfinanciera no sólo revocó el segundo cargo por el que impuso la multa de \$100'000.000 sino que, además, reconoció que no se dio la reincidencia en la comisión de la infracción.

Que, entonces, al no existir el hecho de “*la ausencia de respuesta a dos clientes del Banco*” sino, precisamente, no dar respuesta clara y no resolver la petición, no existe un criterio de gradualidad o circunstancias de tiempo, modo y lugar que fundamenten la imposición de la sanción, razón por la que debe ser revocada.

2.4.2. Superintendencia Financiera

El apoderado judicial de la Superfinanciera adujo que, contra lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, no caducó la potestad sancionatoria de la Superintendencia para pronunciarse sobre los hechos estudiados en el informe de visita DEL-3-DSC-13-12/2002. Citó doctrina de autores respecto del concepto de caducidad y sostuvo que el artículo 38 del decreto 01 de 1984 debía interpretarse teniendo en cuenta que las normas que dicta el legislador deben producir los efectos en ella previstos y, en tal sentido, cuando el mencionado artículo se refiere a la caducidad de la

sanción, prevé el ejercicio de autoridad administrativa, en la medida en que también produzca efectos en derecho, es decir, mediante la expedición y notificación de los actos administrativos que imponen la sanción en el término de tres años, previsto de manera general en la norma.

Indicó que con la expedición y notificación del acto administrativo sancionatorio existe una manifestación concreta de la voluntad de quien lo expide y una actuación jurídica real en la oportunidad legal prevista para tal efecto. Que, aceptar lo contrario implicaría disminuir el término establecido en el Código Contencioso Administrativo para que la administración actúe.

Dijo que, en este caso concreto, es claro que el trámite administrativo surtido por la Superfinanciera culminó con la imposición de la sanción, mediante la Resolución No. 1279 del 2 de septiembre de 2005, por los hechos ocurridos entre el 30 de octubre de 2002 y el 12 de diciembre de 2002, verificados y plasmados en el informe de visita DEL-3-DSC-13-12/2002.

Que, en consecuencia, es a partir de la fecha de los hechos a que se refiere el informe citado, que debe empezarse a computar el término de tres años a que alude el artículo 38 ibídem.

Alegó que en materia de caducidad de la facultad sancionatoria, específicamente en lo que concierne al momento en que dicho término debe comenzar a contarse, ha sido reiterada la jurisprudencia colombiana al señalar que cuando se trata de conductas de tracto sucesivo, como la que

ahora se estudia, la caducidad debe contarse desde el acaecimiento del último acto ejecutado, en este caso, a partir del acto que conjuga la realización de todas aquellas conductas objeto de verificación por parte del supervisor, esto es, aquellas que acontecieron entre el 30 de octubre de 2002 y el 12 de diciembre de 2002, objeto de análisis en el informe de visita que sirvió como causa a las resoluciones sancionatorias y, en tal virtud, la notificación del acto sancionatorio – Resolución 1279 del 2 de septiembre de 2005- se hizo dentro de dicho término legal, pues se efectuó el 16 de septiembre de 2005.

Que, en consecuencia, no le asiste la razón al juez de la primera instancia al afirmar que la fecha de notificación del acto administrativo que resolvió el recurso de apelación es la que determina el momento en que finaliza el término a que alude el artículo 38 del Decreto 01 de 1984. Para sustentar su dicho citó abundante jurisprudencia y doctrina respecto de la caducidad de la potestad sancionatoria. Concretamente, de la tesis según la cual, basta la expedición de los actos administrativos que imponen la sanción, y su notificación, para que se entienda ejercida la potestad sancionatoria. Pidió expresamente que se aplicara al caso concreto la sentencia del 29 de septiembre de 2009 que dictó la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado (Exp. 2003 00442).

Dijo que el trámite administrativo adelantado por la Superfinanciera culminó con la imposición de la sanción contenida en la Resolución No. 1279 del 2 de septiembre de 2005, por los hechos ocurridos entre el 30 de octubre de 2002 y el 12 de diciembre de 2002, fundamentados en el informe de visita DEL-3-DSC-13-12/2002.

Que, en consecuencia, la fecha de ocurrencia de los hechos a los que se refiere el informe citado, indica el momento a partir del que debe computarse el término previsto en el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 mencionado, y a partir de ahí se deben contar los tres años para la expedición y notificación del acto administrativo que impuso la sanción y no hasta que quedó en firme la resolución sanción.

Que, por ende, el término de caducidad de la sanción que la Superfinanciera impuso al Banco Davivienda mediante los actos objeto de demanda, se debe contar a partir del 12 de diciembre de 2002 y hasta el 12 de diciembre de 2005, y que, en consecuencia, la notificación del acto sancionatorio – Resolución 1279 del 2 de septiembre de 2005- fue realizada en tiempo, pues se efectuó el 16 de septiembre de 2005.

Por todo lo anterior, pidió que, al momento de decidir se tuviera presente el principio de *no reformatio in pejus* y solicitó que:

“Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, solicito a los H. Consejeros de Estado: i) REVOCAR en todas sus partes los incisos segundo y tercero de la sentencia proferida el 12 de mayo de 2011 por Tribunal Administrativo de Cundinamarca y en su lugar, declarar la legalidad del artículo 1° de la Resolución No. 1964 del 30 de octubre de 2006, mediante la cual se modificó el artículo 1° de la Resolución 1279 del 2 de septiembre de 2005; ii) ACLARAR la parte considerativa del fallo respecto del cómputo del término de la caducidad respecto de los hechos que dieron lugar a esta sanción, contenidos en el informe de visita No. DEL-3-DSC-13-12/2002; y iii) CONDENAR en costas y agencias en derecho a la parte actora.”

2.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la **Superintendencia Financiera de Colombia** reiteró en su totalidad los argumentos expuestos en el escrito de apelación.

La **apoderada judicial de la demandante** también reiteró en su totalidad los argumentos presentados en el escrito de apelación.

2.6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El **Ministerio Público** conceptuó que el acto que impone una sanción contiene una clara expresión de la voluntad de la Administración en contra del administrado, en la medida en que lo castiga por considerar que la conducta que le atribuye ha quebrantado la norma legal o, en el caso del sector financiero, las instrucciones impartidas por la Superintendencia, en el marco de su actividad y conforme con la autorización dada por la ley.

Que, de otra parte, el artículo 50 del Decreto 01 de 1984 otorga el carácter de actos definitivos que ponen fin a una actuación administrativa, a aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto.

Que, en el caso de las sanciones, por virtud del artículo 45 de la Ley 795 de 2003, el procedimiento sancionatorio, comprendido por la investigación sobre

los hechos que la originan, el pliego de cargos –en este caso los informes que se formularon- y la etapa probatoria, culmina con el acto que impone la sanción, contra el cual proceden los recursos allí indicados.

Que, por consiguiente, no puede tenerse en cuenta el acto que resuelve el recurso procedente porque no es el que la impone, como ordena el artículo 38 citado, para efectos de determinar la caducidad, sino el que resuelve el recurso, obviamente después de impuesta la sanción.

Indicó que, en relación con los hechos ocurridos en el año 2002, se tiene en cuenta la fecha del informe de visita No. DEL-3-DSC-13-12/2002, esto es, el 12 de diciembre de ese año, por cuanto con este, la administración determinó los hechos sancionables teniendo en cuenta que correspondían a conductas continuadas, aspecto sobre el que existe conformidad de las partes en este caso.

Que, en ese orden, la resolución No. 1279, notificada el 16 de septiembre de 2005 fue oportuna, si se tiene en cuenta que se produjo dentro de los tres años que establece el artículo 38 *ibídem* y, por ende, en ese aspecto debía revocarse la sentencia de primera instancia.

En relación con la graduación de la sanción, el Ministerio Público conceptuó que no resulta proporcional ni razonable que habiéndose reducido los dos cargos formulados inicialmente, indicados en el informe de visita DEL-3-DSC-09/2004, de los cuales revocó uno, la multa conservara esa proporción, máxime si el cargo por el que se mantuvo la sanción está relacionado con dos clientes y no se demostró la reincidencia en el mismo hecho. Que,

además, la Superfinanciera no adujo el criterio que dio lugar a mantener la sanción en cuantía de \$80'000.000.

Que, en esas condiciones, la sanción debió reducirse, por lo menos, a la cuantía de \$50'000.000, razón por la que debía revocarse la sentencia apelada y, en su lugar, acceder parcialmente a la nulidad de la actuación, en ese aspecto, y negar las demás pretensiones de la demanda.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Le corresponde a la Sala decidir si se ajusta a derecho la Resolución No. 1279 de 2005, mediante la que la Superintendencia Financiera de Colombia impuso sanciones pecuniarias al Banco Davivienda S.A., por infracciones al EOSF, y la Resolución No. 01964 del 30 de octubre de 2006, que resolvió el recurso de apelación interpuesto y modificó la Resolución 1279.

En los términos del recurso de apelación, la Sala procede a estudiar (i) si la facultad de la Superintendencia Bancaria para sancionar al Banco Davivienda S.A. por los hechos ocurridos en el año 2002 (informe de visita DEL-3-DSC-13-12/2002) había caducado y (ii) si la sanción impuesta con ocasión del informe de visita DEL-3-DSC-09/2004 era proporcional en relación con los hechos materia de control. Adicionalmente, habida cuenta de que la Sala anticipa que resolverá a favor de la Superintendencia el cargo

referido a la causal de nulidad por falta de competencia, analizará los cargos que fueron planteados en la demanda y que no fueron resueltos en la sentencia apelada.

Para el efecto, la Sala hará unas consideraciones generales sobre la facultad sancionadora de la Superintendencia Bancaria, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984⁵) y luego estudiará el caso concreto.

3.1. De la facultad sancionatoria de la Superintendencia Financiera de Colombia. Prescripción de la facultad sancionatoria.

De conformidad con lo establecido en los artículos 78 y 116 de la Constitución Política, la ley debe regular el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

De igual manera, el artículo 150 numeral 19 literal d) establece como función del Congreso de la República, entre otras, la de regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

⁵ Vigente al momento en que ocurrieron los hechos materia de debate.

El artículo 189 ibídem (numerales 24 y 25) también dispone que es atribución del Presidente de la República ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público, organizar el crédito público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención de las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.

Así mismo, el artículo 335 de la misma Constitución establece que las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación, a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme con la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito.

Ahora bien, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 35 de 1993, el Presidente de la República expidió el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – EOSF- (Decreto 663 de 1993), que, en el artículo 208 establece los principios, criterios y el procedimiento aplicables a las sanciones imponibles a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia (en adelante, también Superfinanciera).

La norma, entre otros mandatos, dispone que en el régimen sancionatorio aplicable a las entidades vigiladas por la Superfinanciera se deben tener en cuenta los principios de contradicción, proporcionalidad, ejemplaridad de la sanción y de revelación dirigida. También indica los criterios para graduar dichas sanciones, relacionados con la dimensión del daño, el anormal beneficio económico, la reincidencia, la resistencia, la utilización de medios fraudulentos, el grado de prudencia o diligencia, la renuencia o el desacato a cumplir las políticas del EOSF, el ejercicio de las actividades sin la debida posesión, el reconocimiento o la aceptación expresa de la infracción, entre otros aspectos.

En relación con las sanciones, la norma clasificó los tipos de sanción que la Superintendencia Financiera podía imponer a las entidades bancarias que no cumplieran con lo dispuesto en el EOSF. Las sanciones se establecieron de la siguiente manera:

“3. Sanciones. Las siguientes son las sanciones de carácter administrativo que la Superintendencia Bancaria puede imponer:

a) Amonestación o llamado de atención;

b) Multa pecuniaria a favor del Tesoro Nacional. Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 209 de este Estatuto, la multa podrá ser hasta de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000,00) del año 2002. Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 211 de este Estatuto y no exista norma especial que establezca la respectiva sanción, la multa podrá ser hasta de quinientos cincuenta millones de pesos (\$550.000.000,00) del año 2002;

c) Suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para el ejercicio de aquellos cargos en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria que requieran para su desempeño la posesión ante dicho organismo;

d) Remoción de los administradores, directores, representantes legales o de los revisores fiscales de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Esta sanción se aplica sin perjuicio de las que establezcan normas especiales;

e) Clausura de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior.

Las sumas indicadas en este numeral se ajustarán anualmente, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el Índice de Precios al Consumidor suministrado por el DANE.

Las multas pecuniarias previstas en este artículo podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó.”

Los artículos 209⁶ y 211⁷ del EOSF establecen las sanciones administrativas personales e institucionales imponibles, tanto a los administradores y directivos de las instituciones como a las mismas instituciones objeto de supervisión de la Superfinanciera. El artículo 209 regula las sanciones personales dirigidas a los administradores, representantes legales, revisores fiscales y otros funcionarios de entidades vigiladas que incurran en las conductas previstas. El artículo 211, *ibídem*, establece las sanciones administrativas institucionales para cuando (i) se incumplan los deberes que la ley les impone, (ii) se ejecuten o autoricen actos violatorios de la ley, los reglamentos del ejecutivo o normas de instrucción impartidos por la Superfinanciera en ejercicio de sus atribuciones y, (iii) se incumplan normas, órdenes, requerimientos o instrucciones expedidas por la entidad vigilante, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en la ley.

⁶ Condicionalmente exequible. Sentencia C- 1161 de 2000 '... en el entendido de que, conforme a lo señalado en los fundamentos 15, 16, 17 y 18 de esta sentencia, se trata de leyes que se refieren a la actividad de esos funcionarios en las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Bancaria, y que se trata de los reglamentos expedidos por el Gobierno en desarrollo de las leyes marco previstas por el artículo 150-19 literal c), y que no deben entenderse incluidos dentro de esos reglamentos las circulares o conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria'.

⁷ *Ibídem*.

Ahora bien, el artículo 326 numeral 4 del EOSF atribuye a la Superintendencia Financiera la función de vigilancia y control de la actividad financiera, precisamente. Entre otras funciones y facultades, la norma establece que la Superintendencia puede *“practicar visitas de inspección cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, obtenida de oficio o suministrada por denuncia de parte, a los establecimientos, oficinas o lugares donde operan personas naturales o jurídicas, no sometidas a vigilancia permanente, examinar sus archivos y determinar su situación económica, con el fin de adoptar oportunamente, según lo aconsejen las circunstancias particulares del caso, medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general”*.

En concordancia con lo anterior, el artículo 97 del EOSF (numeral 1) impone a las entidades vigiladas la obligación de suministrar la información necesaria a los usuarios, con el objeto de lograr la mejor transparencia en las operaciones, y en el numeral 5, impone la obligación de presentar informes de la situación de la entidad cuando la Superintendencia así lo ordene. Así mismo, el artículo 98 numeral 4 de la misma normativa impone a las entidades vigiladas la debida diligencia en la prestación de los servicios a los clientes.

De otro lado, la Circular Básica Contable No. 100 de 1995, y las Circulares Externas 07 de 1996, 088 de 2000, 011 y 033 de 2002, regulan las conductas que la Superfinanciera consideró infringidas por el Banco Davivienda S.A. y por las que le impuso la sanción que ahora se cuestiona.

Las circulares mencionadas fueron expedidas con fundamento en lo dispuesto por el artículo 326 numeral 3 del EOSF (literales a y b), que le atribuyen la facultad de instruir a las entidades vigiladas, respecto de la manera en que deben cumplir las disposiciones que rigen la actividad y la administración de riesgos que el ejercicio de dicha actividad conlleva, así como de dictar normas sobre contabilidad, sin perjuicio de la autonomía de las vigiladas para aplicar métodos adicionales, de acuerdo con la ley.

El artículo 326 numeral 5 literal i) del EOSF autoriza, además, a la Superfinanciera para imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisor fiscal o empleados, previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las leyes, estatutos y también por la inobservancia de las órdenes o instrucciones impartidas por la vigilante.

Sobre el particular, es preciso aclarar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1161 de 2000 declaró condicionalmente exequible los apartes “*alguna ley*” del artículo 209 y “*reglamento*” del artículo 211 del EOSF, en el entendido de que el estatuto había sido expedido por el Gobierno en desarrollo de una ley marco, que no incluía los conceptos o circulares de la Superintendencia Financiera.

En cuanto a la caducidad de la acción sancionatoria, valga precisar que antes de la vigencia de la Ley 795 de 2003, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no preveía un plazo especial. Por tanto, antes de la entrada en vigencia de esa ley, era aplicable el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 que disponía que: “*salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen*

las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas.”⁸

En la actualidad, el artículo 208 del EOSF, modificado por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003 establece la caducidad de la facultad para sancionar en el término de tres años, contados a partir del (i) día de consumación de las conductas de ejecución instantánea, (ii) de la realización de las conductas de ejecución permanente o sucesiva y, (iii) desde que haya cesado el deber para las conductas omisivas, y si se investigan varias conductas el término se cuenta en forma independiente para cada una. La norma también dispone que la caducidad se interrumpe con la notificación del acto administrativo sancionatorio.

Respecto de la interpretación del artículo 38 del Decreto 01 de 1984, es menester precisar que, efectivamente, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido uniforme, tal como lo precisó el a quo.

⁸ Ahora, el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 dispone lo siguiente: **Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria.** Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.

NOTA: Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-875 de 2011.

Pero lo cierto es que, finalmente, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la sentencia del 29 de septiembre de 2009, aunque se refirió a la prescripción de la facultad sancionatoria de la Procuraduría, acogió la tesis según la cual, la facultad sancionatoria se entiende ejercida dentro del plazo de prescripción si se expide y notifica el acto sancionatorio inicial, que no incluye los actos que resuelven los recursos ni la notificación de los mismos. *Mutatis mutandi*, para el caso del artículo 38 del C.C.A. no se requería que en el plazo de los tres años los actos que imponen la sanción queden ejecutoriados.

3.2. Del caso concreto

3.2.1. De si caducó la facultad sancionatoria de la Superfinanciera para sancionar al Banco Davivienda S.A. por los hechos ocurridos en el año 2002

De los hechos que se encuentran acreditados en el expediente, se advierte que no se discute que tuvieron ocurrencia en el año 2002. Tampoco se discute que la norma aplicable al caso, a falta de disposición especial, era el artículo 38 del Decreto 01 de 1984. La litis se concretó en la interpretación del artículo 38, pues según la demandante, los actos administrativos que impusieron la sanción debieron quedar ejecutoriados dentro de los tres (3) años siguientes a la ocurrencia de los hechos. En cambio, para la Superintendencia demandada, los actos administrativos que impusieron la sanción debieron notificarse en ese mismo plazo, sin que hubiese sido

necesaria la decisión de los recursos y de la notificación de la correspondiente resolución que los decidió.

Pues bien, la Sala considera que le asiste razón a la Superintendencia Financiera, por las siguientes razones:

La Resolución No. 1279 del 2 de septiembre de 2005, proferida por la Superintendencia Bancaria, por la que se impuso multas al Banco Davivienda S.A. en cuantías de \$65.000.000 y \$100.000.000, fue dictada con fundamento en la investigación bancaria iniciada a la parte demandante, por los hechos ocurridos en los años 2002 y 2004, registrados en los informes de visita No. DEL3-DSC-13-12/2002 y DEL3-DSC-09/2004.

Dicha resolución fue objeto de recurso de apelación, resuelto por la Resolución No. 1964 del 30 de octubre de 2006, en la que se modificó el monto de las multas a \$62'000.000 y \$80'000.000 respectivamente, en los siguientes términos:

“- Por los hechos contenidos en el informe de visita DEL3-DSC-13-12/2002 y referidos en la parte motiva de esta providencia, con la suma de SESENTA Y DOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$62.000.000) a favor del Tesoro Nacional;

- Por los hechos contenidos en el informe de visita DEL3-DSC-09/2004 referidos en la parte motiva de esta providencia, con suma de OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000)”⁹

⁹ Folio 171 c.p.

La resolución que agotó la vía gubernativa, esto es, la No. 1964 de 2006, y que dejó en firme la sanción que ahora se cuestiona, fue expedida el 30 de octubre de 2006 y fue notificada en forma personal al apoderado de la demandante el 9 de noviembre de ese mismo año. En esta fecha quedó ejecutoriado el acto administrativo que impuso la sanción.

Ahora bien, los hechos que originaron el informe de visita No. DEL3-DSC-13-12/2002 se produjeron entre el 30 de octubre y el 12 de diciembre de 2002. La Superintendencia Financiera efectuó una visita de inspección entre octubre y diciembre de 2002 y mediante oficio No. 2002060621-2 del 31 de diciembre de 2002 puso en conocimiento del Banco Davivienda el contenido del informe de visita para que rindiera los respectivos descargos. Precisamente, el 12 de diciembre de 2002 se dictó dicho informe y, en este, la Superintendencia determinó los hechos sancionables con multa.

En el caso concreto, es un hecho no discutido que los hechos tipificadores de la infracción ocurrieron entre el 30 de octubre y el 12 de diciembre de 2002. Tampoco se discute que la facultad sancionatoria caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarla. En la demanda tampoco se propone controversia alguna respecto del tipo de acto, hecho u omisión que pudo ocasionar la falta en el sentido de si se trata de actos, hechos u omisiones de ejecución inmediata o de actos, hechos u omisiones de ejecución continuada.

De manera que, a menos de que exista una controversia concreta respecto de la fecha a partir de la cual se deben contar los 3 años respecto de actos, hechos o conductas de ejecución inmediata o de ejecución continuada, la Sala considera razonable que el plazo previsto en el artículo 38 del Decreto

01 de 1984 se cuente a partir de la fecha en que la Superintendencia rinde los informes de visita.

En el caso concreto, ocurrió que el informe de visita se rindió el 12 de diciembre de 2002, respecto de hechos ocurridos en el período comprendido desde el 30 de octubre hasta el 12 de diciembre de 2002. Para la Sala no es relevante analizar la fecha de cada uno de los hechos cuestionados ni el carácter de naturaleza de los mismos, a efectos de precisar si se trataba de conductas de ejecución instantánea o de ejecución continuada, por cuanto, como se precisó, por una parte, ese no fue el objeto de la Litis y, por otra parte, la Sala estima que es la fecha del informe de visita el punto de partida del plazo de la competencia de investigación y sanción que ejerce la autoridad financiera.

Por lo tanto, la Sala se está limitando a analizar si dentro de los años previstos para imponer la sanción, a partir de esa fecha, se debía surtir la etapa de agotamiento de la vía gubernativa, etapa así llamada en el Decreto 01 de 1984.

La Sala discrepa de la decisión de primera instancia que se basó en que los tres años a que alude el artículo 38 ibídem debían incluir el agotamiento de la vía gubernativa. Al contrario, era suficiente con que, en tiempo, la Administración hubiese expedido y notificado la resolución que imponía la sanción.

Para el caso concreto, se tiene que la resolución No. 1279 fue expedida el 2 de septiembre de 2005 y notificada personalmente el 16 de septiembre de 2005, según aparece al vuelto del folio 146 del expediente. En esas

condiciones y teniendo en cuenta que la autoridad administrativa tuvo conocimiento de los hechos materia de sanción el 12 de diciembre de 2002, el término para imponer la sanción caducaba el 12 de diciembre de 2005, luego entonces, la sanción fue impuesta en tiempo.

Sobre el particular, es necesario aclarar que el artículo 38 del Decreto 01 de 1984 establecía que la facultad sancionatoria “*caduca a los tres (3) años de producido el acto (hechos sancionables) que pueda ocasionarlas*” (se subraya). La norma no condiciona el término a la ejecutoria del acto que impone la sanción, razón por la que la Sala considera que el acto administrativo que impuso la sanción por los hechos ocurridos en el año 2002 fue expedido en tiempo. Para el efecto, sigue el criterio que acogió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia del 29 de septiembre de 2009.

En el mismo sentido, conforme con la doctrina judicial contenida en la sentencia del 29 de octubre de 2009¹⁰ de esta Sala, la ley puede regular términos preclusivos y términos perentorios. Los términos perentorios son obligatorios, que denotan urgencia para realizar la acción exigida dentro del plazo. El incumplimiento de un plazo perentorio no invalida ni torna ineficaz lo realizado fuera del plazo, pero el sujeto incumplido queda obligado a asumir la responsabilidad por la mora, como cuando se pagan intereses por el pago a destiempo de un capital. Cosa distinta ocurre con los términos preclusivos, en la medida en que no sólo son obligatorios, sino que su incumplimiento conlleva las consecuencias de invalidar la acción realizada fuera del plazo. Justamente un plazo de caducidad de la acción es un plazo que no

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 29 de octubre de 2009. Expediente 16482. Demandante World Customs & Cía. Ltda. SIA. Consejero Ponente: doctor Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

solamente resulta perentorio, sino también preclusivo. Otros plazos que suelen tener las autoridades del Estado, suelen ser meramente preclusivos, como el plazo que cuenta el juez para dictar las sentencias. La sentencia es válida, a pesar de que se suele dictar por fuera de los plazos.

Por lo expuesto, el cargo de apelación prospera a favor de la Superintendencia Financiera demandada.

En consecuencia, la Sala estudiará los demás cargos expuestos en la demanda, que no fueron objeto de estudio en la sentencia de primera instancia, por cuanto halló probada la caducidad de la facultad sancionatoria.

3.2.2. Del desconocimiento de la sentencia C-1161 de 2000

La parte demandante alegó que la Corte Constitucional, en la sentencia C-1161 de 2000, declaró exequible condicionalmente la expresión “*reglamento*” contenida en el numeral primero del artículo 211 del EOSF¹¹. Insistió que si el artículo 211 del EOSF no tipifica como falta la violación de circulares y conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria, no se puede sancionar a los vigilados por la violación de circulares. Que, en consecuencia, con las resoluciones acusadas se rompió la unidad interpretativa de la Constitución porque, a pesar de haberse proferido la decisión condicionada de la Corte, se impuso a Davivivenda. una multa en cuantía de \$62'000.000 por la supuesta violación de la Circular Básica Jurídica 07 de 1995, la Circular Básica

¹¹ “En el entendido de que se trata de los reglamentos expedidos por el gobierno en desarrollo de las leyes marco previstas por el artículo 150-19 literal c) y que no deben entenderse incluidos dentro de esos reglamentos las circulares o conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria”.

Contable y Financiera 100 de 1995 y las Circulares Externas No. 088 de 2000, y 11 y 33 de 2002.

Sobre el particular, la Sala considera que, a diferencia de lo que sostiene la demandante, la Superintendencia no desconoció que la sentencia C-1161 de 2000 tiene efectos *erga omnes* y hacia el futuro ni tampoco obvió la fuerza vinculante de esa sentencia en la labor que ejecuta la Superintendencia Financiera de Colombia.

En efecto, si bien las sanciones se impusieron por inobservar las Circulares Básica Jurídica 07 de 1995, Básica Contable y Financiera 100 de 1995 y Externas 088 de 2000, y 11 y 33 de 2002, es oportuno precisar que dichas normas fueron dictadas con fundamento en el artículo 326 numeral 3, literales a) y b) y 5 literal i) del EOSF, que autorizan a la Superfinanciera a instruir a las vigiladas sobre la manera como que deben cumplir las disposiciones que rigen la actividad financiera, así como para imponer las medidas o sanciones previstas en leyes a dichas instituciones, directivos, revisor fiscal o empleados, cuando infrinjan la ley, los estatutos o inobserven las instrucciones y órdenes que impartan. Dichas normas gozan de plena legalidad, pues ésta no ha sido desvirtuada por juez alguno.

Es del caso precisar que si bien en la Sentencia C-1161 de 2000, la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad de los artículos 209 y 211 del EOSF, *“en el entendido de que, conforme a lo señalado en los fundamentos 15, 16, 17 y 18 de esta sentencia, se trata de leyes que se refieren a la actividad de esos funcionarios en las entidades sometidas a vigilancia de la Superintendencia Bancaria, y que se trata de los reglamentos expedidos por el Gobierno en desarrollo de las leyes marco previstas por el artículo 150 - 19*

literal c), y que no deben entenderse incluidos dentro de esos reglamentos las circulares o conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria”, con posterioridad, en la sentencia C-921 de 2001, que estudió la constitucionalidad del Decreto Ley 1259 de 1994¹², la misma Corte avaló la facultad de la Superintendencia de Salud para sancionar a las entidades vigiladas con fundamento en la normativa expedida por ese mismo ente de control.

La Sala advierte que el ejercicio de la facultad de supervisión y control esencialmente no varía, así cambie el ramo sobre el que recaiga dicha facultad. Se trata del poder de la Administración de examinar y verificar las actividades desarrolladas por los particulares en aras de que se cumplan las leyes, los reglamentos, órdenes y demás instructivos necesarios para asegurar que tales actividades respondan a los fines de interés público. La facultad de policía administrativa, que es como se conoce ese poder de supervisión y control a cargo del Estado, no precisa de la existencia de leyes y reglas ad hoc o híperdetalladas, para que pueda surtirse cabalmente en cada caso. No toda falta debe estar necesariamente descrita al mínimo detalle, pues sería imposible dictar una legislación con ese carácter. A través de normas de textura abierta y de conceptos jurídicos indeterminados se pueden describir las conductas que ameritan reprensión por parte de la autoridad correspondiente.

¹² “Por el cual se reestructura la Superintendencia Nacional de Salud”.

Sobre el particular, esta Sala, en la sentencia No. 5256 del 18 de octubre de 1994¹³, sostuvo:

“(...) Es así como las resoluciones, instrucciones, circulares, etc., proferidas por la Superintendencia Bancaria en desarrollo de la facultad de inspección y vigilancia que le ha sido adscrita por la ley, constituyen actos administrativos de carácter general, amparados por la presunción de legalidad, y son de obligatorio cumplimiento por parte de las entidades vigiladas (sic) al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, pudiendo impartir instrucciones (...).”

Entonces, a juicio de la Sala, independientemente de la denominación de la norma que imparta la instrucción de vigilancia (circulares, órdenes, reglamentos), todas tienen la entidad jurídica de ser aplicables a las entidades vigiladas y causar alguna consecuencia también jurídica o administrativa, pues, de lo contrario, no serían atendidas por falta de obligatoriedad.

Debe agregarse que, posteriormente, en la sentencia C-860 de 2006, la misma Corte Constitucional ratificó la potestad sancionadora de la Superfinanciera, frente a las vigiladas que incumplieran las instrucciones, órdenes, resoluciones o circulares, al considerar que la ambigüedad contenida en algunas normas del Decreto 663 de 1993 (EOSF) fue corregida con la expedición de la Ley 795 de 2003¹⁴.

Al respecto, la misma Corte Constitucional¹⁵ sostuvo:

“(...) la potestad sancionatoria no se ejerce por violación de cualquier acto administrativo sino por el desconocimiento de aquellos que tienen fundamento en las

¹³ M.P. Delio Gómez Leyva.

¹⁴ Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-860 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

facultades de inspección, vigilancia y control que la ley otorga a la entidad administrativa.”

Por lo anterior, habida cuenta de que en el caso concreto está probado que las multas se impusieron con fundamento en normas expedidas por la Superintendencia Financiera en ejercicio de *las facultades de inspección, vigilancia y control que la ley le otorgó*, la Sala considera que la causal de nulidad de la demanda no está llamada a prosperar.

3.2.3. Violación del principio de legalidad estricto o taxatividad por el indebido juicio de tipicidad realizado por la Superintendencia

Fijación del litigio:

Le corresponde a la Sala decidir si la Superintendencia demandada incurrió en un indebido juicio de adecuación de los hechos referidos a la calificación de los créditos reestructurados y en incumplimiento oportuno de los reportes de control de riesgos como conductas susceptibles de ser sancionadas.

3.2.3.1. Sobre la calificación de los créditos reestructurados:

En el concepto de violación expuesto en el numeral 7.3.1. “*Cargo 5.2.1.1. Calificación de créditos reestructurados*”, el Banco alegó que los hechos sancionados por la demandada no encuadran en los supuestos de las disposiciones violadas. En particular, adujo que la otrora Superbancaria cuestionó la manera en que el Banco calificó los créditos reestructurados, pues, a juicio de la entidad sancionadora, se vulneraron los numerales 1 y 5.3. de la Circular Externa 11 de 2002, incorporadas al Capítulo 2 de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995.

En los actos administrativos demandados se dijo, respecto de la violación del numeral 1 de la Circular Externa 11 de 2002, que la infracción se presentó por cuanto el Banco no realizó una evaluación del riesgo crediticio “en la medida en que no contempla la probabilidad de deterioro o cambio en la calificación del riesgo de crédito”. En cuanto a la violación del numeral 5.3. ibídem se dijo que se presentó porque la evaluación del crédito del riesgo que realizó el Banco no es razonable, al punto que la Superfinanciera consideró que el Banco debía cambiar la política de riesgo a fin de establecer un tratamiento gradual en el tiempo en la calificación del deudor, siempre y cuando éste cumpliera las nuevas condiciones de la reestructuración del crédito.

Expresamente, la Resolución No. 1279 de 2005, explicó la imposición de la multa, así:

“5.2.1.1 Calificación de créditos reestructurados

Hechos.

En desarrollo del seguimiento realizado por la Comisión de Visita a varios créditos que durante el año cambiaron de alto a bajo riesgo de un mes a otro, al tiempo que se evidenció que la calificación de cartera de los créditos reestructurados no se ajustaba a lo previsto en las políticas del banco, en el manual de cartera integral Volumen III, que establece que ‘después de reestructurado el crédito y de atender oportunamente dos pagos consecutivos, la calificación se modifica de la siguiente manera’:

CALIFICACIÓN ORIGINAL	NUEVA CALIFICACIÓN
<i>E</i>	<i>D</i>
<i>D</i>	<i>C</i>
<i>C</i>	<i>B</i>
<i>B</i>	<i>A</i>

A	No aplica
---	-----------

La Comisión de Visita pudo establecer que la metodología de calificación definida en el Manual Integral de cartera Volumen III, no concuerda con la otorgada a créditos reestructurados, toda vez que de acuerdo con el procedimiento aplicado y verificado con el Departamento de Cartera, este consiste en que independientemente de la calificación que mantenga un crédito reestructurado, si cumple con el pago de dos cuotas consecutivas y con mora inferior a 31 días, el crédito se recalifica automáticamente a categoría 'A'.

(...)

Sobre el particular se estima que el procedimiento llevado a cabo por la Entidad, no consulta criterios prudenciales para la calificación asignada a los créditos reestructurados, definidos en el numeral 1 y 5.3 de la Circular Externa 011 de 2002, incorporados al Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, expedida por esta Superintendencia definiendo con claridad el mecanismo que aplicará para cambiar la calificación asignada a los créditos reestructurados de tal forma que dicho procedimiento contemple una metodología de calificación acorde con el riesgo asumido, procedimiento que no podía ser el que actualmente está implementado por el banco en la aplicación FM2000, debido a que existe evidencia que varios de los créditos reestructurados, cuya calificación fue cambiada, después de dos pagos volvieron a incumplir observándose que inicialmente pasaron de E ó D a A y enseguida de A a E ó D.

(...)

Así mismo, se observó que el Banco ha definido que de forma automática un crédito reestructurado que haya cumplido con los pagos durante un periodo de 2 años consecutivos, al finalizar este lapso el crédito pierde su marcación de reestructurado y es clasificado y considerado como crédito normal.

Esta situación origina que no se conserve la información estadística sobre las reestructuraciones realizadas a un crédito y, por consiguiente, se pierda la huella de su naturaleza, antecedente necesario en caso de presentarse una nueva reestructuración para efectos de suspender la causación de intereses, situación por la cual, esta Superintendencia teniendo en cuenta el riesgo que conlleva esta práctica al desconocerse el comportamiento histórico de estos créditos, requiere que la entidad conserve la marcación de todos aquellos créditos que han sido reestructurados, sin perjuicio de

ordenar que la Entidad cumpla con la suspensión de la causación de rendimientos sobre los créditos que a la fecha hayan sido afectados por dicho procedimiento y deban suspender dicha causación por haber sido beneficiados con más de una reestructuración y se encuentre calificado como normal, en cumplimiento de lo previsto en el numeral 6.1.1. de la Circular Externa No. 011 de 2002, incorporada a la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995.

Normas infringidas

- *Numeral 1 Capítulo II Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995 (...)*
- *Numeral 5.3 Capítulo II Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995 (...)*
- *Numeral 6.1.1 Capítulo II Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995 (...)*

Respuesta del Banco DAVIVIENDA

Con relación al cargo efectuado respecto de que la calificación de cartera de los créditos reestructurados que no se ajustaba a las políticas del Banco, la Entidad informa que el Manual de Cartera Integral Volumen III suministrado a la Comisión de Visita, no correspondía a la última versión y procedió a remitir el capítulo actualizado del citado Manual.

También explicó que un deudor reestructurado alcanza un comportamiento regular y efectivo de sus pagos, cuando haya efectuado la cancelación de dos cuotas consecutivas, de esta forma se le mejora la calificación de riesgo. El banco en sus descargos sostiene que por prudencia adoptó el procedimiento de conservar la calificación que tenía el crédito previa la reestructuración y en el caso de que un crédito reestructurado que se le haya mejorado la calificación y presenta nuevamente mora superior a 31 días se le asigna la anterior calificación.

Igualmente acepta que un deudor reestructurado que durante dos años haya pagado cumplidamente sus obligaciones es normalizado perdiendo su marcación de reestructurado, en caso contrario (presenten mora o tengan otra reestructuración) el crédito no es normalizado.

Por criterio de prudencia y como política de riesgo, el Banco suspende causación de aquellos créditos que durante esos dos años hayan tenido una nueva reestructuración. (El subrayado es nuestro)

Consideraciones de esta Superintendencia

Respecto a la falta de cumplimiento de la política y procedimiento de riesgo interno para los créditos reestructurados no es de recibo la explicación presentada en la que argumenta que no se presentó incumplimiento dado que el manual que suministró a la comisión de visita no era el vigente para la fecha, circunstancia ante la cual se limitó a remitir un nuevo manual en el que esta (sic) escrito el procedimiento evidenciado por la visita que es contrario a lo que estaba establecido en el manual de cartera que se entregó a la comisión de visita, reiterándose el comportamiento objeto del cargo analizado en el numeral anterior sobre el suministro de información.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el incumplimiento de lo dispuesto en los numerales 1, 5.3. y 6.1. del Capítulo II de la Circular Básica No 100 de 1995, procede el siguiente análisis:

En cuanto al incumplimiento de los principios y criterios generales para la evaluación del riesgo crediticio en la cartera de crédito, contemplados en el numeral 1 citado, la infracción se presenta por cuanto el banco independientemente de la calificación que mantenga el crédito reestructurado, si cumple con el pago de dos cuotas consecutivas al día y con una mora inferior a 31 días la obligación es recalificada en "A", olvidando el antecedente que dio origen a la reestructuración, hecho que se comprueba en la muestra ya que pasados seis (6) meses, esto es de marzo de 2002 a septiembre del mismo año, el crédito nuevamente es reclasificado de "A" a "D", de donde se infiere que la evaluación del riesgo crediticio realizada no es consistente en la medida en que no contempla la probabilidad de deterioro o cambio en la calificación del riesgo de crédito.

Ahora bien, en punto a las reglas especiales y criterios para la recalificación de créditos reestructurados definidos en el numeral 5.3, según los cuales los créditos reestructurados solo pueden mejorar la calificación después de que el deudor haya demostrado un comportamiento de pago regular y efectivo, a pesar de las explicaciones de la entidad, los ejemplos presentados en el informe de visita demuestran que el periodo de solo dos (2) meses no era suficiente para medir la normalización en el comportamiento de pago del cliente como para merecer una calificación menor en el riesgo de pérdida. Lo anterior deja entrever que la evaluación realizada por el Banco no era razonable ya que a pesar de las nuevas condiciones derivadas de la reestructuración tampoco le permitieron a los deudores justificar el

tratamiento dado por la institución financiera, por cuanto recayeron en la conducta del no pago y de ahí el mérito del cargo imputado y que exige por parte del banco un cambio en la política del riesgo a fin de establecer un tratamiento gradual en el tiempo en la calificación del deudor, siempre y cuando éste cumpla con las nuevas condiciones de la reestructuración.

Frente al numeral 6.1.1., que establece la suspensión de la causación de rendimientos financieros en la medida en que hayan tenido más de una reestructuración, como quiera que la entidad tiene como política eliminar los datos de un crédito reestructurado luego de transcurridos dos años de la misma con un adecuado comportamiento de pago, sin prever que a futuro puede volver a incumplir y ser objeto de nueva reestructuración, dicho procedimiento hace que el propósito del instructivo se desconozca, por cuanto al perderse la memoria sobre la atención de un crédito que ha sido reestructurado mal podría en el futuro tenerse como referente para que el tratamiento dado se ajuste a sus antecedentes.

Por lo anterior, y para dar cumplimiento a lo señalado en el instructivo, este Despacho reitera la necesidad de que el Banco conserve la marcación de todos aquellos créditos que han sido reestructurados.”

Así pues, el Banco demandante alegó que pese a que el cuestionamiento hecho por la Superfinanciera, en el sentido de que la metodología establecida para calificar los créditos era inadecuada, la conducta del Banco no se subsumía en los numerales en que se fundamentó la sanción, pues esas normas no establecen parámetros específicos para determinar el comportamiento de pago regular y efectivo de los créditos.

Pues bien, vistas esas normas, la Sala da cuenta de que el numeral 1 Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995 establece la obligación, a cargo de las entidades vigiladas, de evaluar

permanentemente el riesgo crediticio de estos activos y la capacidad de pago del respectivo deudor¹⁶.”

De igual forma, en el numeral 1.3. de la circular mencionada, se establece la metodología para evaluar el riesgo crediticio en la modalidad del crédito. La norma precisa que dicho riesgo debe evaluarse de acuerdo con la metodología que establezca la entidad vigilada, atendiendo a los parámetros mínimos establecidos por el instructivo, a saber:

“1.3.1. La probabilidad de deterioro o de cambio en la calificación de riesgo del crédito (probabilidad de no pago o tasa de morosidad esperada);

*1.3.2. La estimación o cuantificación de la pérdida **esperada** en que incurriría la entidad en caso de que se produzca el evento anterior, durante un horizonte de tiempo determinado (por ejemplo, 12 meses). Para esta estimación es importante, entre otros aspectos, calcular el valor o tasa de recuperación del valor del activo en el evento de que el crédito se vuelva irrecoverable. La existencia e idoneidad de las garantías que respaldan los créditos son un factor determinante a considerar en este contexto.”*

La Sala advierte que, efectivamente, los numerales 1 y 1.3.1 y 1.3.2. de la Circular demandada, no establecen parámetros específicos para determinar el comportamiento de pago regular y efectivo, pero sí consagran obligaciones puntuales encaminadas a proteger la estabilidad financiera del Banco. Luego, la desatención de esas obligaciones sí pone en riesgo el sistema, aspecto éste que no fue desvirtuado por el Banco demandante, el que se limitó a decir que los hallazgos encontrados por la Superintendencia se tomen como

¹⁶ Tomado de la resolución No. 1279 de 2005. Folio 64, párrafo 2. Numeral 1.1. de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995

sugerencias a ser aplicadas a futuro, mas no como hechos a ser tenidos en cuenta para aplicar la sanción.

La Sala no comparte esa apreciación del demandante porque la Superintendencia demandada evaluó casos puntuales de calificación de créditos reestructurados por el mismo Banco y advirtió que si bien éste tenía implantada una metodología de evaluación del riesgo crediticio, no la atendía adecuadamente. Que en los más de cien casos que analizó no fue satisfactoria la explicación de las razones por las cuales ciertos clientes, cuyos créditos estaban calificados como de riesgo incobrable, significativo o apreciable, hayan pasado sin explicación satisfactoria a la categoría de riesgo normal o aceptable, y al poco tiempo nuevamente a las categorías de crédito riesgoso. Dijo textualmente la Superintendencia en los actos demandados:

“(...) Es claro que DAVIVIENDA S.A. si bien tenía implantada una metodología de evaluación del riesgo crediticio, no la atendió adecuadamente, y que además, la misma se apartaba de lo que ordenaba la norma, pues no de otra manera se explica que los 448 clientes examinados por la visita que estaban en las categorías de riesgo ‘E’ y ‘D’ se hayan calificado en ‘A’ y seis meses después se les haya reclasificado nuevamente en dichas categorías, hecho que demuestra sin lugar a dudas que el procedimiento utilizado no estaba acorde con el riesgo que se asumía.

Por manera que, no se trata de que las entidades simplemente fijen una metodología para la evaluación de su riesgo crediticio a efectos de cumplir con lo establecido en el numeral 1.3 del Capítulo II de la Circular Básica Contable, sino que, además, para que la misma sea efectiva debe atender unos elementos mínimos, como ya se explicó, parámetros que este

*Despacho extraña en la evaluación efectuada por DAVIVIENDA S.A. respecto de los créditos glosados.*¹⁷

En la demanda, el Banco Davivienda tampoco ofreció una explicación satisfactoria, y las razones que argumentó para que se anulen los actos demandados no tienen la connotación para lograr ese cometido. Por tanto, se desestima la pretensión del demandante.

Ahora bien, respecto de la causal de nulidad por violación del numeral 5.3 de la Circular Básica Contable, según la que los créditos reestructurados sólo pueden mejorar la calificación después de que el deudor hubiere demostrado un comportamiento regular y efectivo en el pago, que, a juicio de la Superintendencia, sólo podía evaluarse en un periodo de, por ejemplo, doce meses, se precisa que, según evaluó la autoridad demandada, el Banco Davivienda efectuaba dicha recalificación luego de dos meses de pago regular y efectivo, con mora inferior a 30 días, cuestión que, evidentemente, se apartaba de las directrices dadas por la otrora Superbancaria. Por lo tanto, tampoco hay lugar a declarar la nulidad de los actos demandados por violación de este numeral.

3.2.3.2. Sobre el incumplimiento en la oportuna entrega de los reportes de control y riesgos.

En lo que tiene que ver con el “5.3.4. Cargo: Incumplimiento en la oportuna entrega de los reportes de control y riesgos”, se advierte que los hechos que

¹⁷ Tomado de la Resolución No. 01964 de 2006. Folio 150, párrafos 5 y 6 c.p.

originaron la infracción aluden a que *“(...) los reportes de riesgo no se proporcionan con la debida oportunidad ya que (...) en realidad la información se envía a cada trader y no a la alta gerencia como lo exige el instructivo en la tarde del día siguiente.”*

En la respuesta dada, el Banco sostuvo que *“aunque actualmente los reportes de control de la posición de riesgo no se suministran en línea, existen las herramientas para medir y controlar estas decisiones.”*

Con base en la respuesta mencionada, la Superintendencia sostuvo:

“La deficiencia se establece en el destinatario y la oportunidad de los reportes suministrados de riesgo. En efecto, como quiera que el instructivo exige que el control debe ser informado diariamente a la Alta Gerencia, sin embargo, se viene reportando al área de negociación y con un día de retraso, de ahí que la necesidad de su envío a quien corresponde y en forma oportuna, teniendo en cuenta la trascendencia que estos datos proporcionan para la adopción de estrategias en la mesa de dinero.”

Dichos argumentos fueron reiterados en la Resolución No. 1964 de 2006, que confirmó la sanción impuesta al Banco, además, porque en el recurso de apelación el argumento central de Davivienda, en ese punto, recaía en que los informes eran presentados a primera hora del día siguiente, hecho que no contradecía lo previsto en la circular.

Al respecto, la Resolución 1964 de 2006 consideró:

“Sobre el particular, se evidenció que los reportes de riesgo no se proporcionan con la debida oportunidad, toda vez que en la revisión del área de negociación se observó que la información se envía en la tarde del día siguiente a cada trader y no a la Alta Gerencia como lo exige el instructivo.

Al respecto, el recurrente se remite a lo dicho por el banco en la respuesta al informe de visita, explicación que fue transcrita anteriormente y que este Despacho considera no se ajusta al requerimiento de la norma. En efecto, analizada la misma se advierte que si bien es cierto allí se mencionan unas reuniones estratégicas realizadas por la Tesorería del banco que tenían como finalidad definir unas estrategias diarias y la participación en el mercado, también lo es que no hay evidencia de la participación de la Alta Gerencia en dichas reuniones y mucho menos que se hubiera mencionado el informe que debe rendírsele a esta sobre las posiciones de riesgo y los resultados de las negociaciones, tal como lo ordena la norma.

En efecto, la citada disposición establece que ‘El área encargada del control de riesgos debe informar diariamente a la Alta Gerencia de las posiciones de riesgo y los resultados de las negociaciones’.

Y es que es una cosa es (sic) realizar reuniones para trazar estrategias en el mercado y, otra muy distinta, la información que el área de control de riesgos debía rendir diariamente a la Alta Gerencia sobre unos temas puntuales, información que además de que no era reportada oportunamente se rendía a un área distinta, razones suficientes para confirmar el cargo formulado”.

Ahora bien, el demandante alegó que el cargo inicial se había impuesto porque los reportes de control y riesgo no habían sido entregados a los

traders y que luego fue sancionado porque los informes no habían sido presentados ante la alta gerencia del Banco.

Vista la Resolución 1279 demandada, la Sala aprecia que la Superintendencia siempre precisó que el Banco demandante violó el numeral 4 de la Circular Externa 088 de 2000, incorporado en el Capítulo XX de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995. Por tanto, no se aprecia que la Superintendencia haya cambiado el hecho objeto de infracción como lo alegó la demandante.

En esa medida, la atipicidad alegada por la demandante no tiene asidero y, por ende, se desechará el cargo por impróspero.

3.2.4. Sobre la indebida aplicación de los numerales 3.1. y 3.2. del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995. De la inadecuada clasificación de operaciones de crédito. Interpretación errónea de los hechos e indebida aplicación de las normas

La demandante alegó que la Superintendencia Financiera confundió el hecho de reclasificar un crédito (actividad que desarrolló el Banco con los créditos que a 31 de diciembre de 2002 detectó que estaban mal clasificados) con el hecho de cambiar el nombre del titular de un crédito, que es lo que operativamente no se puede realizar. Que, por esa razón, impuso una multa con fundamento en normas que no eran aplicables al caso concreto, como los numerales 3.1. y 3.2. del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera No. 100.

Sobre el particular, la Sala hará las siguientes precisiones:

La Resolución No. 1279 de 2005, en el cargo 5.7.1 da cuenta de que en la revisión y evaluación que adelantó la Superintendencia, advirtió que el Banco presentaba un reporte de 500 créditos clasificados como de vivienda, cuyos titulares y número de identificación correspondían a personas jurídicas, así como 28.185 créditos clasificados bajo la modalidad de consumo. El hallazgo se suscita porque, de conformidad con los numerales 3.1. y 3.2. del Capítulo II de la Circular Básica contable y Financiera No. 100, ese tipo de créditos solo pueden concederse a personas naturales.

El Banco demandante informó que revisó todos los créditos que aparecían a nombre de personas jurídicas e informó que hizo la correspondiente reclasificación. Que, sin embargo, 39 créditos que están clasificados como de vivienda, cuyos titulares y números de identificación son de personas jurídicas, corresponden en su totalidad a créditos respaldados con casa o apartamento destinados a viviendas y que están suscritos los pagarés de la siguiente manera: “en nombre propio y en representación” o “en nuestro nombre propio y en representación”. Y que, adicionalmente, tienen como mínimo una firma de persona natural en calidad de deudor, y que esa era la razón por la que no podían ser reclasificados a cartera comercial.

La Superintendencia confirmó la sanción porque era un hecho cierto y no controvertido que el Banco demandante tenía mal clasificados los créditos, y que esa era una actuación reiterada. Y que, en todo caso, las reclasificaciones reportadas para justificar el incumplimiento ocurrieron con posterioridad a la visita. Tampoco admitió la justificación respecto de los créditos no reclasificados pues, para la Superintendencia, el Banco sí debió

prever la subrogación de los créditos de vivienda cuyos titulares son personas jurídicas, a las personas naturales también beneficiarias de los créditos.

Entonces, según se advierte de lo dicho en la resolución 1279 demandada, la Superintendencia siempre pretendió la reclasificación de los créditos de vivienda y de los créditos de consumo otorgados a personas jurídicas. En atención a ese hallazgo, el Banco reclasificó los créditos, circunstancia que pone en evidencia el incumplimiento endilgado.

También es un hecho cierto que el Banco admite que tiene créditos de vivienda y de consumo a nombre de personas jurídicas, pese a que los numerales 3.1. y 3.2. del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera No. 100 precisan que este tipo de créditos se otorgan a personas naturales. Por tanto, también está demostrado el incumplimiento.

El cargo no prospera.

3.2.5. Violación del derecho de audiencia y defensa, falta de motivación de la reducción de las multas fijadas en \$62'000.000 y \$80'000.000 y falta de proporcionalidad de las mismas

La Sala estudiará los tres cargos expuestos en conjunto, pues todos están relacionados con la multa impuesta por la Superintendencia al Banco Davivienda S.A., es decir, porque tienen unidad jurídica y conceptual.

3.2.5.1. Violación del derecho de audiencia y de defensa.

Según la demandante, la Superintendencia no indicó el criterio que tomó en cuenta para graduar la multa en el valor de \$65'000.000, por los hechos ocurridos en el año 2002. Dijo, además, que el artículo 211 del EOSF, vigente para la fecha del informe No. DEL3-DSC-13-12/2002 no establece la reincidencia en la comisión de la conducta como un criterio para determinar el valor de la multa ni como un agravante de la misma, cuestión que vulnera el artículo 29 de la Constitución Política.

Que, así mismo, por la Resolución No. 1279 de 2005, se impuso una multa a la demandante por el monto de \$100'000.000, con ocasión de la comisión de dos infracciones: (i) porque las respuestas suministradas a los usuarios no son claras y tampoco resuelven el objeto de la petición y, (ii) por falta de información a los usuarios sobre las modificaciones derivadas de reestructuraciones de créditos hipotecarios.

Que, al resolver el recurso de apelación, la Superfinanciera reconoció que la demandante había desvirtuado los cargos por reincidencia y por las respuestas dadas a dos usuarios en relación con los créditos hipotecarios.

Que, sin embargo, la demandada alegó que (i) pese a haberse revocado uno de los dos cargos por los que se impuso la multa y de haberse reconocido la no reincidencia en la conducta –criterio que se tuvo en cuenta al fijar la multa inicial- la rebaja fue sólo de \$20'000.000, sin mayores explicaciones; (ii) en relación con la multa en cuantía de \$65'000.000, sin reconocer previamente que respecto de su fijación no era posible tener en cuenta el criterio de la reincidencia, y que, además, se revocaron los cargos de los numerales 5.2.2., 5.3.1 y 5.3.2., redujo la multa sólo en cuantía de \$3'000.000, para un valor final de \$62'000.000.

Que, en consecuencia, la decisión tomada en cuando desechó los argumentos referidos a la falta de proporcionalidad de la sanción no fue debidamente motivada y los hechos que presuntamente originaron la sanción no fueron evaluados conforme con las normas, cuestión que vulnera los principios de audiencia y de defensa y el principio de proporcionalidad de la sanción y, además, originó el vicio de falta de motivación del acto administrativo que resolvió el recurso de apelación.

En primer lugar, la Sala reitera¹⁸ que el debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, es una garantía y un derecho fundamental de aplicación inmediata compuesto por tres ejes fundamentales: (i) el derecho de defensa y contradicción, (ii) el impulso y trámite de los

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Bogotá, veintiuno (21) de julio de dos mil once (2011). Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Expediente No. 16356. Demandante: Carlos Nelson Garavito Oviedo, Norman Alexander Aldana c/ Superintendencia Financiera de Colombia.

procesos conforme con las formas establecidas para cada juicio o procedimiento y (iii) que el asunto sea resuelto por el juez o funcionario competente para ello. La grave violación de cualquiera de esos ejes comporta la vulneración de esa garantía fundamental. De hecho, es la ley, *en sentido amplio*, la encargada de materializar las reglas derivadas del debido proceso.¹⁹

Sobre el derecho de defensa y de contradicción, eje fundamental del debido proceso, la Sala precisa que se garantiza en la medida en que la ley, en sentido amplio, regule (i) los medios de prueba que se pueden utilizar para demostrar determinados hechos, y, (ii) las oportunidades que se deben ofrecer para controvertir los hechos que permiten inferir cierta responsabilidad de determinados sujetos, ora mediante la oportunidad para expresar los motivos o razones de la defensa, ora mediante la oportunidad para presentar las pruebas que respalden esos motivos y razones.

Para la Sala no se vulneró el derecho de defensa y contradicción en el caso concreto, toda vez que la Superintendencia, a lo largo de la investigación que originó la sanción que ahora se estudia, brindó al Banco Davivienda las oportunidades para que controvirtiera los argumentos expuestos en los informes de visita DEL3-DSC-13-12/2002 y DEL3-DSC-09/2004 y para que presentara las pruebas que consideraba necesarias para refutar los argumentos de la Superintendencia. Así mismo, la demandante tuvo la oportunidad de controvertir la resolución que impuso la sanción, al punto que

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Bogotá, siete (7) de junio de dos mil once (2011). Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. REF.: EXPEDIENTE N° 25000-23-15-000-2011-00637-01. ACCIÓN:TUTELA. DEMANDANTE: LOS TRES ELEFANTES S.A. DEMANDADO: SECRETARÍA DE PLANEACIÓN DISTRITAL DE BOGOTÁ.

logró desvirtuar la reincidencia en el incumplimiento de las directrices de la entidad, así como algunos de los cargos que originaron la sanción y logró que se disminuyera el monto de las multas.

Tampoco se observa en el expediente que la Superintendencia hubiese adelantado un procedimiento diferente del establecido en el EOSF para la imposición de la multa.

En consecuencia, la Sala advierte que no se vulneró el derecho de audiencia y de defensa del Banco Davivienda S.A. a la hora de tasar las multas impuestas.

3.2.5.2. Falta de motivación

Tampoco advierte la Sala que la Superintendencia haya incurrido en la causal de nulidad por falta de motivación, pues en la parte considerativa de la Resolución 01964, que resolvió el recurso de apelación contra la Resolución 1279, actos demandados, se precisó, a título de conclusión como fundamento para imponer las multas y reducirlas, lo siguiente:

“CONCLUSIONES

En primer lugar, se advierte que la entidad guardó silencio respecto a los cuestionamientos relacionados en los numerales 5.3.5., 5.3.6, 5.3.7., 5.3.8., 5.4.1., 5.4.2, 5.5., 5.8.1., 5.9.1., 5.9.1.2., 5.9.3., 5.9.1.4., 5.9.1.5., 5.9.1.6.,

5.9.1.7 y 5.10.1 de la medida sancionatoria, razón por la cual los cargos allí consignados deben ser confirmados.

En segundo lugar, teniendo en cuenta que se han revocado los cargos mencionados en los puntos 5.2.2., 5.3.1., 5.3.2. correspondientes al informe de inspección DEL3-DSC-13-12/2002 y la totalidad del contenido en el punto 5.12 del informe de visita DEL 3-DSC-09/2004, de la Resolución No. 1279 del 2 de septiembre de 2005, **este Despacho reducirá el valor de las multas impuestas por cada uno de los informes en forma proporcional.**

Adicionalmente, se tendrá en cuenta para los mismos efectos, que el criterio de reincidencia fue desvirtuado para el caso del informe de visita DEL 3-DSC-09/2004.” (negrilla fuera de texto)

De manera que, las multas no solo fueron impuestas por los cargos alegados en la demanda sino por otros más. En esas circunstancias, la motivación referida a los cargos no cuestionados sirve de fundamento para justificar el monto de las multas impuestas. Y la rebaja de las multas está motivada en el hecho de que la parte actora logró desvirtuar ciertos cargos, así como por haber demostrado que no incurrió en reincidencia. Por lo tanto, la causal de falta de motivación está desvirtuada.

3.2.5.3. Principio de proporcionalidad y gradualidad de la pena.

Ahora bien, en relación con la proporcionalidad y graduación de la sanción impuesta, la Sala parte de precisar que la Ley 795 de 2003 reguló expresamente el principio de proporcionalidad y los criterios de graduación de las penas derivadas del incumplimiento de dicho régimen.

En el caso concreto está probado que ciertos hechos constitutivos de la infracción tuvieron ocurrencia antes de la vigencia de la Ley 795 de 2003, pero que, independientemente de esta circunstancia, es un hecho probado que la Superfinanciera si tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad para fijar las multas. También es un hecho probado que en la Resolución 1279 la Superintendencia tuvo en cuenta la reincidencia como criterio de agravación de las penas y que en la Resolución 1964, que resolvió el recurso de reconsideración contra la resolución 1279, la Superintendencia aplicó los principios de proporcionalidad y gradualidad pues redujo la multa en consideración a que era un hecho cierto que la reincidencia no estaba probada.

De manera que, para el caso de las multas, el artículo 208 del E.O.S.F., sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003 dispuso lo siguiente:

ARTICULO 208. REGLAS GENERALES. <Artículo sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Se establece en esta parte del Estatuto el régimen sancionatorio administrativo aplicable a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, así como a los directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales u otros funcionarios o empleados de estas.

(...)

3. Sanciones. Las siguientes son las sanciones de carácter administrativo que la Superintendencia Bancaria puede imponer:

(...)

*b) **Multa pecuniaria a favor del Tesoro Nacional.** Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 209 de este Estatuto, la multa podrá ser hasta de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000,00) del año 2002. Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 211 de este*

Estatuto y no exista norma especial que establezca la respectiva sanción, la multa podrá ser hasta de quinientos cincuenta millones de pesos (\$550.000.000,00) del año 2002.

(...)"

De lo transcrito se advierte que la multa imponible a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera, como consecuencia de infracciones a la normativa que las rige, puede ser de hasta \$110.000.000 o hasta de \$550'000.000, dependiendo de si se trata de las sanciones previstas en los artículos 209 y 211 del E.O.S.F., respectivamente.

Las sanciones impuestas al Banco Davivienda S.A. por las infracciones confirmadas en la Resolución No. 1964 de 2006, ascienden a \$62'000.000 y \$80'000.000, montos que, tal como lo sostuvo el *a quo* en la sentencia de primera instancia, se encuentran bastante por debajo del tope fijado en la norma atrás citada.

Ahora bien, el hecho de que se desvirtuara la reincidencia en las conductas sancionadas (según el informe No. DEL3-DSC-13-12/2002) y que se revocara uno de los cargos contenidos en el informe de visita No. DEL3-DSC-09/2004, no implica que la multa debiera reducirse estrictamente a la mitad, pues, como se precisó, las multas se impusieron con fundamento en todos los cargos propuestos en los informes aludidos y que no fueron desvirtuados.

Por todo lo expuesto, la Sala revocará la decisión de primera instancia, para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda, pues no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados en sede de nulidad y restablecimiento del derecho.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia del 12 de mayo de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto de apelación. En su lugar, **DENIÉGANSE** las pretensiones de la demanda interpuesta por el Banco Davivienda S.A. contra la Superintendencia Financiera de Colombia, por las razones expuestas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ
BÁRCENAS**

HUGO FERNANDO BASTIDAS

Presidente

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA CARMEN TERESA ORTIZ DE
RODRÍGUEZ**