

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN CUARTA**



**CONSEJERO PONENTE: JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**

**Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016)**

**Radicación:** 250002327000200100081-01 (19817)  
**Actor:** BANCO GRANAHORRAR S.A.  
**Demandado:** SUPERINTENDENCIA BANCARIA (HOY  
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA)  
**Referencia:** SANCIÓN POR DEFECTO DE ENCAJE

**SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA**

Procede la Sección a decidir el recurso de apelación interpuesto por el Banco Granahorrar S.A., contra la sentencia de 23 de enero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección C en Descongestión, que dispuso:



*“PRIMERO. **DECLÁRANSE** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO: NIEGÁNSE** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.*

***TERCERO: DECLÁRESE** no probada la objeción por error grave formulada por la demandada, contra el dictamen pericial presentado por los peritos Antonio Sánchez Zambrano y Miguel A Vásquez Morales.*

***CUARTO: ABSTIENESE** de Condenar en costas en esta instancia.*

*...”*

## **ANTECEDENTES**

### **1. Hechos de la demanda**

1.1. El 5 de mayo de 1999 la Delegatura para Intermediación Financiera Dos de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) profirió la Resolución No. 0661, mediante la cual impuso a Granahorrar multa por las bisemanas 9 al 24 de septiembre y 23 de septiembre al 8 de octubre de 1998, por presentar defectos promedios diarios de encaje, por la suma de \$1.821.273.242<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Fls. 9-13 c.a.



1.2. Contra el anterior acto, el Banco interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación<sup>2</sup>. El recurso de reposición fue decidido por el Director Técnico de Intermediación Dos B de la Superintendencia Bancaria, por medio de la Resolución No. 1295 de 18 de agosto de 2000, confirmando la anterior resolución<sup>3</sup>.

1.3. El recurso de apelación fue resuelto por el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos Ad Hoc de la Superintendencia Bancaria mediante la Resolución No. 1590 de 18 de octubre de 2000, confirmando la Resolución No. 0661 de 5 de mayo de 1999<sup>4</sup>.

## **2. Pretensiones**

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

*“2.1. Que se declare la nulidad de las Resoluciones 0661 del 5 de mayo de 1999, 1295 de 18 de agosto de 2000 y 1590 del 18 de octubre de 2000, expedidas todas por la Superintendencia Bancaria.*

*2.2. Que, como consecuencia de dicha declaratoria, se ordene al Tesoro Nacional el reintegro de la multa pagada por mi representado el 27 de noviembre de 2000, por la suma de UN MIL OCHOCIENTOS VEINTIUN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS % (sic) M/CTE (\$1.821.273.242.00), debidamente actualizada mediante la aplicación del índice de precios al consumidor.*

---

<sup>2</sup> Fls. 17-25 c.a.

<sup>3</sup> Fls. 26-36 c.a.

<sup>4</sup> Fls. 39-52 c.a.



*2.3. Que se ordene a la Nación-Superintendencia Bancaria reconocer a mi representado el interés bancario corriente desde la fecha de realización del depósito el 9 de noviembre de 2000, hasta la fecha en que se realice la devolución, sin perjuicio del pago de intereses de mora conforme al artículo 177 del C.C.A.*

*2.4. Que se ordene a la Superintendencia Bancaria suprimir de los archivos de esa Entidad las anotaciones que haya efectuado de la presente sanción.”*

### **3. Normas violadas y concepto de la violación**

El Banco Granahorrar citó como normas violadas los artículos 4, 6, 29 y 122 de la Constitución Política; 50 y 84 del Código Contencioso Administrativo; y 1 de la Ley 95 de 1890.

El concepto de la violación se resume de la siguiente forma:

#### **3.1. Violación de los artículos 4 y 29 de la Constitución Política**

3.1.1. En el presente caso la Superintendencia Bancaria tenía el deber de garantizar el debido proceso, inaplicando la Resolución Externa No. 22 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República, que señalaba las multas imponibles a los establecimientos de crédito por incumplimiento de las disposiciones sobre encaje.

3.1.2. La Resolución No. 22 de 1996 que la Superintendencia aplicó al Banco desborda el orden constitucional, porque no puede un órgano autónomo del



Estado por sí y ante sí señalar una pena o sanción con efectos erga omnes, con carácter impersonal, general y abstracto, como si se tratara del legislador.

3.1.3. Para que las contravenciones por desenganche no queden impunes a falta de norma legal especial, se debía aplicar los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que dispone a favor de la Superintendencia Bancaria la cláusula general de competencia en materia sancionatoria.

### **3.2. Incompetencia del funcionario**

3.2.1. El Director Técnico Intermediación Dos B era incompetente para proferir la resolución que resolvió el recurso de reconsideración y confirmar la multa que se impuso al Banco, conforme con los artículos 327 numeral 4.1. literal n), del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y 1 del Decreto 2489 de 1999.

Según esta última disposición se requiere de un acto previo del Superintendente Bancario que autorizara a los Directores Técnicos para intervenir en esta clase de actuaciones administrativas, y no existe acto administrativo alguno al respecto.

### **3.3. Fuerza mayor artículo 1 de la Ley 95 de 1890. Hechos eximentes de responsabilidad**



3.3.1. El desencaje que fue objeto de sanción es producto de hechos constitutivos de fuerza mayor como eximente de responsabilidad, al presentarse los dos elementos: imprevisibilidad e irresistibilidad.

La imprevisibilidad, se debió a que los desencajes cuestionados se presentaron en el periodo (julio – septiembre de 1998) que corresponde a las semanas más caóticas de la historia de la política monetaria, que hizo ingobernable el manejo de la liquidez, la especulación en el incremento del dólar, la agresiva política monetaria para defender la política cambiaria, el crecimiento inusitado e imprevisible de las tasas de interés, y los efectos de la crisis financiera internacional.

A raíz de las medidas de protección de la tasa cambiaria adoptadas por el Banco de la República consistente en la venta de reservas internacionales, resolvió no reponer la liquidez retirada del mercado. Esa medida generó una gran iliquidez en la economía, que se expresó en una gran volatilidad en la tasa de interés alcanzando un record del 71.5% para el 2 de junio de 1998, época del desencaje de Granahorrar, llegando a niveles del 22% hasta más del 70% en el sector interbancario. Igual aconteció, con las tasas de captación del sistema. Las tasas DTF aumentaron porcentualmente en más de un 50%, al pasar del 24.42% en enero al 36.64% en julio de 2008.

La irresistibilidad se generó porque el Banco acudió a todas las instancias posibles para mantener los niveles de encaje, pero en medio de las graves



limitaciones de liquidez, acudió al Emisor hasta alcanzar créditos por \$315 mil millones de pesos, a Fogafin para realizar operaciones de venta de cartera hipotecaria del orden de \$373 mil millones de pesos, y no hizo desembolsos de nuevos créditos. Pese a ello los hechos fueron superiores y ajenos a la diligencia de Granahorrar, para mantener su nivel de encaje y, a su capacidad de maniobra.

### **3.4. Violación del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo al evacuarse el recurso de apelación**

3.4.1. De acuerdo con la citada disposición, el recurso de apelación debe ser decidido por el superior inmediato, y quien desató el recurso de apelación fue el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos Ad Hoc quien no era el superior del Director Técnico Intermediación Dos B, por lo que carecía de competencia. Además en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no existe norma que le otorgue competencia al Superintendente Delegado para tramitar recursos de apelación.

## **4. Oposición**

4.1.- La Superintendencia Bancaria de Colombia compareció al proceso y se opuso a las pretensiones de la demanda.

4.1.1. Propuso las Excepciones:



**No aducción de hechos en vía gubernativa**, porque el Banco no planteó en la vía gubernativa la inaplicación de la Resolución Externa No. 22 de 1996, de la Junta Directiva del Banco de la República, por lo cual es un hecho no discutido en su oportunidad, y solicita no pronunciarse al respecto.

**Inepta demanda, por no comprender a todos los litisconsortes necesarios**, debido a que las multas que impone la Superintendencia Bancaria lo son a favor del Tesoro Nacional. Por lo tanto, de accederse a las pretensiones de la demanda la entidad obligada a la devolución de la multa impuesta sería la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Tesoro Nacional, y en cuanto no se haga parte dentro del proceso, habrá lugar a sentencia inhibitoria.

**Genéricas**, para que se reconozca oficiosamente toda excepción de fondo que se encuentre probada en el proceso.

4.1.2. En cuanto a la violación de los artículos 4 y 29 de la Constitución Política, señala que el régimen constitucional y legal del Banco de la República otorga a la Junta Directiva, en su condición de autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, la calidad de órgano regulador con la facultad de expedir disposiciones de carácter general en tales materias.

Esta atribución si bien debe ejercerse en coordinación con la política económica general, tiene plena autonomía respecto del Presidente de la República y de cualquier otra autoridad estatal, incluso el Congreso. Dentro



de las áreas incluidas en las referidas materias se encuentra el uso de instrumentos tendientes a controlar la cantidad, costo y disponibilidad del dinero y del crédito a fin de mantener y estabilizar el nivel general de precios.

La Ley 31 de 1992 en su artículo 16 literal a), otorgó en forma expresa a la Junta Directiva la facultad de fijar y reglamentar el encaje de las distintas categorías de los establecimientos de crédito, señalar o no su remuneración y establecer las sanciones por infracciones en la materia, por lo cual se excluye necesariamente el desconocimiento del principio de legalidad.

4.1.3. Respecto a que los actos administrativos fueron expedidos por funcionarios sin competencia, señala que para la fecha de la expedición de la Resolución No. 0661 de 5 de mayo de 1999, la asignación interna de competencias de la Superintendencia Bancaria estaba regulada por el artículo 328 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que en su numeral 4, señaló las funciones asignadas a los Intendentes, dentro de las que se encuentra el de imposición de multas por violación de normas sobre encaje.

En cuanto a la Resolución No. 1295 de 18 de agosto de 2000, que resolvió el recurso de reposición, para la fecha de su expedición se encontraba vigente el Decreto 2489 de 1999, por medio del cual se modificó la estructura orgánica de la Superintendencia Bancaria, suprimiéndose las Intendencias adscritas a los despachos de los Superintendentes Delegados, y estableciendo en su lugar las Direcciones Técnicas.



El artículo 1 numeral 4, subnumeral 4.1. literal n) del Decreto 2489 de 1999, asignó a las Direcciones Técnicas funciones de carácter técnico y las que determine el Superintendente Bancario. En cumplimiento de dicha disposición, el Superintendente, por medio de la Resolución No. 0626 de 14 de abril de 2000, determinó que las Direcciones Técnicas de las Delegaturas impondrían las sanciones, entre otras, por violación a las normas sobre encaje. En consecuencia, el Director Técnico para Intermediación Dos B era competente para proferir la resolución que resolvió el recurso de reposición.

Y respecto a la Resolución No. 1590 de 18 de octubre de 2000, que resolvió el recurso de apelación, el artículo 1 del Decreto 2489 de 1999 establece la estructura orgánica de la Superintendencia Bancaria, dentro de la cual los Superintendentes Delegados son los inmediatos superiores jerárquicos de los Directores Técnicos de la respectiva Delegatura.

En virtud de lo dispuesto en el literal e) del numeral 1 del artículo 329 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el Superintendente Bancario determinó, mediante la Resolución No. 009 de 4 de enero de 2000, las Direcciones Técnicas adscritas a cada Delegatura, e indica las tres áreas de supervisión que están dirigidas por Superintendentes Delegados. Por lo tanto, al ser el inmediato superior jerárquico del Director Técnico, el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos se encontraba legalmente facultado para expedir la resolución que resolvió el recurso de apelación.



4.1.4. Referente al cago de ocurrencia de fuerza mayor, manifiesta que las circunstancias coyunturales que incidieron en la economía nacional constituyeron un entorno económico igual para el desarrollo de la actividad de todas las instituciones financieras, por lo que el argumento expuesto por el Banco conduciría a deducir que todas las entidades financieras debieron estar desenchajadas lo que no ocurrió.

Las continuas irregularidades en materia de encaje por parte del Banco, ponen de manifiesto la inadecuada administración, manejo y orientación de las herramientas a su alcance para cumplir las disposiciones que la regulaban.

Advierte que no se desconoce que las referidas circunstancias empeoran la situación financiera general, lo que pudo haber dificultado con el encaje a que la actora estaba obligado, pero ello no es suficiente para relevarlo de la responsabilidad que le correspondía.

### **SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección C, en Descongestión, mediante sentencia de 23 de enero de 2012, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, negó las pretensiones de la demanda, y declaró no probada la objeción por error



grave formulada por la demandada contra el dictamen pericial, por las siguientes razones:

En cuanto a la excepción de no comprender a todos los litisconsortes necesarios, advierte que los actos demandados no versan sobre actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal no fuere posible resolver sin la comparecencia de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Tesoro Nacional, por cuanto si bien se consignó al Tesoro Nacional la multa impuesta, este no puede tomarse como propietario sino como tenedor, y si fuere necesario la devolución de tales sumas, esta se llevaría a cabo por medio de la Superintendencia Bancaria.

En relación con la excepción denominada “no aducción de hechos en vía gubernativa”, respecto a que se exonere al Banco de la multa impuesta por inaplicación de la Resolución No. 22 de 1996, manifiesta que no prospera, por cuanto se trata de nuevos argumentos.

El *A quo* no encontró ninguna excepción genérica que ataque las pretensiones de la demanda.

Respecto a la objeción por error grave propuesta por la demandada, sostiene que el dictamen y su aclaración cumplen con el objetivo solicitado, sin que se advierta la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falta que conduzca a una conclusión errónea. En consecuencia, el dictamen no adolece de error alguno.



En cuanto al fondo del asunto, señala que los artículos 4 y 29 de la Constitución Política no fueron vulnerados. Los actos administrativos se encuentran investidos por la presunción de legalidad. Además, la Resolución Externa No. 22 de 1996 expedida por la Junta Directiva del Banco de la República no está en discusión, sino los actos que impusieron la multa al Banco.

Aclara que la Junta Directiva del Banco de la República tenía la potestad para determinar el tipo sancionatorio que debía aplicar la Superintendencia Bancaria, de manera que la Resolución No. 22 de 1996 fue emitida de conformidad con el literal a) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992 aplicable al caso, por tratarse de normas en materia de encaje.

Frente a la incompetencia del funcionario que expidió la resolución que resolvió el recurso de reposición, dice que de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 2489 de 1999 se modificó la estructura de la Superintendencia Bancaria, suprimió las Intendencias y, en su lugar, creó la Direcciones Técnicas, entre una de sus funciones está la de imponer sanciones, por lo tanto, el Director Técnico de Intermediación Dos B era el competente para expedir la Resolución No. 1295 de 2000.

Referente a si se configuró el hecho eximente de responsabilidad –fuerza mayor-, dice que el aumento en el encaje bancario no constituye un hecho imprevisible e irresistible, dado que la disponibilidad de dinero es materia



prima de la actividad financiera que el Banco ejerce y al estar informado del comportamiento de la tasa, era su obligación legal cumplir con lo fijado por la ley.

Finalmente, en cuanto a la falta de competencia del funcionario que profirió la resolución que resolvió el recurso de apelación, indica que el Superintendente Bancario por medio de la Resolución No. 009 de 4 de enero de 2000 estableció las Direcciones en las Delegaturas de la Superintendencia Bancaria, en la que advierte que el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos Ad-hoc, era el superior del Intendente de la Delegatura para Intermediación Financiera Dos y, por tanto, el competente para resolver el recurso de apelación.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

**EI BANCO GRANAHORRAR S.A.** apeló la sentencia de primera instancia y solicitó se revoque y se acceda a las pretensiones de la demanda.

Como fundamentos del recurso expone:

1. Los actos administrativos demandados deben ser declarados nulos por haber sido proferidos por funcionarios incompetentes. En razón a que el Director Técnico de Intermediación Dos B era incompetente para proferir la



multa que confirmó, de acuerdo con los artículos 327 numeral 4.1. literal n) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 1 del Decreto 2489 de 1999.

Según las disposiciones, se requiere de un acto administrativo previo del Superintendente Bancario que autorizara a los Directores Técnicos para intervenir en esta clase de actuaciones administrativas. El *A quo* fundamenta la competencia del mencionado funcionario en el cumplimiento de la Resolución 626 de 14 de abril de 2000 de la Superintendente Bancaria que delegó en los Directores Técnicos la facultad de expedir sanciones “por violación a las normas sobre encajes”.

No obstante, la Resolución 626 de 14 de abril de 2000 no fue publicada en el medio previsto por la ley para garantizar su publicidad y eficacia, lo que demuestra la falta de eficacia y oponibilidad del acto de delegación y adscripción de competencia, de conformidad con el artículo 108 de la Ley 510 de 1999.

En consecuencia, está probado que el Director Técnico de Intermediación Dos B, carecía de competencia para expedir la Resolución No. 1295 de 18 de agosto de 2000, por cuanto no estaba vigente acto administrativo alguno en el cual el Superintendente Bancario hubiere determinado que este pudiera imponer sanciones por desencaje al resolver los recursos de reposición.

2. El desencaje objeto de sanción es producto de hechos constitutivos de fuerza mayor como eximente de responsabilidad. La fuerza mayor se



estructura sobre dos elementos: La circunstancia de haber sido imprevisto el hecho y la irresistibilidad.

En el presente caso está probado la imprevisibilidad en el periodo que ocurrió el desencaje del Banco. La situación se debió al efecto coyuntural de la economía nacional que hizo ingobernable el manejo de la liquidez, la especulación en el incremento del dólar, la política monetaria para defender la política cambiaria, el crecimiento de las tasas de interés y los efectos de la crisis financiera internacional.

La anterior circunstancia era imprevisible, que ni lo previó la Junta Directiva del Banco de la República, ni las autoridades económicas de la Nación, mucho menos los banqueros que fundan sus decisiones gerenciales en las variables macroeconómicas y las políticas explícitas de las autoridades del ramo.

Las pruebas recaudadas en el proceso acreditan que la iliquidez sistémica de la economía, coincidió con el desencaje multado a Granahorrar y corresponde a hechos imprevisibles como son: i) Los informes de la Junta Directiva del Banco de la República al Congreso; ii) El informe rendido por el Gerente Técnico del Banco de la República el 7 de julio de 2003; y iii) Dictamen Pericial.

La circunstancia era irresistible, a pesar de actuar diligentemente el Banco para mantener los niveles de encaje, como fueron: i) El 1 de julio de 1998



obtuvo créditos de liquidez del Emisor por el procedimiento especial, hasta alcanzar créditos por \$270 mil millones de pesos; ii) Acudió a FOGAFIN para obtener créditos multimillonarios para sortear su situación de liquidez; iii) No hizo desembolsos de cartera durante el periodo analizado; y iv) Tramitó créditos por una cifra superior a medio billón de pesos. Pese a ello los hechos fueron superiores y ajenos a su diligencia por mantener su nivel de encaje, lo que está probado el carácter irresistible.

3. Violación del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo al resolver el recurso de apelación. El superior inmediato del funcionario que resolvió el recurso de reposición era el Superintendente Bancario y no fue este el que resolvió el recurso de apelación como lo ordena la citada disposición.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**El Banco Granahorrar S.A.** allegó escrito de conclusión, en el que solicita se tengan en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**La demandada** presentó alegatos de conclusión, en el que solicita se confirme la sentencia de primera instancia y se condene en costas y agencias en derecho a la apelante. Reitera los argumentos expuestos a lo largo del trámite de primera instancia.



**El Ministerio Público** guardó silencio.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Problema jurídico**

De acuerdo con los argumentos expuestos por las partes, y en particular, con los motivos de inconformidad señalados en el recurso de apelación y el ámbito de competencia del *ad quem*, el problema jurídico consiste en determinar: I) Si las Resoluciones Nos. 1295 de 18 de agosto de 2000 y 1590 de 18 de octubre de 2000, proferidas por el Director Técnico Intermediación Dos B y el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Dos Ad-Hoc de la Superintendencia Bancaria de Colombia respectivamente, adolecen de falta de competencia y ii) Si los hechos que generaron el desencaje del Banco Granahorrar por las bisemanas comprendidas entre el 9 y el 24 de septiembre de 1998 y entre el 23 de septiembre y el 8 de octubre de 1998, ocurrieron por fuerza mayor.

### **2. De la falta de competencia. Reiteración jurisprudencial<sup>5</sup>**

---

<sup>5</sup> Sentencia del Consejo de Estado Sección Cuarta de 26 de septiembre de 2007, M.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié Expediente 14847



2.1.- Para el Banco Granahorrar S.A., quien resolvió el recurso de reposición carecía de competencia, conforme con los artículos 327 numeral 4.1. literal n) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 1 del Decreto 2489 de 1999, por cuanto el acto previo expedido por el Superintendente Bancario Resolución No. 0626 de 14 de abril de 2000, que delegó en los Directores Técnicos la facultad de imponer sanciones de desenchaje, no fue publicado en el medio previsto en el artículo 108 de la Ley 510 de 1999.

2.2. La Resolución No. 1295 de 18 de agosto de 2000, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición, fue expedida por el Director Técnico Intermediación Dos B *“En ejercicio de sus atribuciones legales y en especial de las que le confieren el literal n), del numeral 4º, del artículo 1 del Decreto 2489 de 1999, Resolución 0626 del 14 de abril de 2000 de la Superintendencia Bancaria y en aplicación del Capítulo I del Título II del Libro I del Código Contencioso Administrativo”*.

Por su parte, el Decreto 2489 de 1999 *“Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Bancaria”*, en el artículo 1 numeral 4 literal n) asignó a las **Direcciones Técnicas** las funciones de *“imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisores fiscales o empleados de las mismas, previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable y en los casos que determine el Superintendente Bancario las medidas o sanciones que sean pertinentes...”*

En cumplimiento de lo anterior el Superintendente Bancario profirió la Resolución No. 0626 de 14 de abril de 2000<sup>6</sup>, determinó en el artículo 1 que las *“Direcciones Técnicas de las Delegaturas impondrán las medidas de sanciones en los siguientes casos: por violación a las normas sobre encaje ...”*

Así las cosas el Director Técnico de Intermediación Dos B era el funcionario competente para resolver el recurso de reposición. No obstante, alega la parte demandante que era incompetente por cuanto la Resolución No. 0626 de 2000 no fue publicada en el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con el artículo 108 de la Ley 510 de 1999. Frente a este tema, la Sección se ha pronunciado<sup>7</sup>:

*“ ...  
Al respecto, se señala que la falta de publicación o la publicación irregular de los actos administrativos, no es causal de nulidad de los mismos, sino un requisito de eficacia y oponibilidad. La publicidad de un acto administrativo no es requisito para su validez, sólo constituye un requisito de eficacia del mismo, éste no será obligatorio para los particulares hasta tanto no se dé a conocer.”<sup>8</sup>*

*Tratándose de actos generales, para que sean obligatorios se requiere su publicación en el Diario Oficial o en la gaceta o boletín que en cada entidad se destine para ese fin, de acuerdo con el artículo 43 del Código*

---

<sup>6</sup> *“Por la cual se determinan los casos en los cuales los Directores Técnicos de esta Superintendencia son competentes para imponer medidas o sanciones”.*

<sup>7</sup> Sentencias de 3 de abril de 2005, Exp: 14066, C.P. Ligia López Díaz y del 7 de abril de 2005, Exp. 13504. C.P. Héctor J. Romero Díaz, de 26 de septiembre de 2007, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié Exp: 14847; de 29 de septiembre de 2011, C.P. Dra Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 7 de febrero de 2002, exp. 2820, M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.



*Contencioso Administrativo y el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, con lo cual se da cumplimiento al principio de publicidad.*

*Existen algunos actos generales que se refieren a las labores y organización de las dependencias de la Administración y cuyos destinatarios se encuentran al interior de la entidad que lo expide, por lo que para ellos resultan obligatorios a partir de su expedición, toda vez que conocen el acto administrativo antes que la publicación se realice.*

*En estos casos, a pesar de que los actos no hayan sido publicados, se puede exigir su cumplimiento a la Administración, pues ella misma los expidió y no puede invocar su desconocimiento.*

...

*Esta decisión constituye un acto administrativo de asignación interna de funciones, dirigido a los funcionarios de la entidad, para quienes tiene carácter vinculante y obligatorio. Se trata de un acto que por su contenido material y concreto, sólo tiene incidencia en el ámbito interno de la Superintendencia y por tanto no requiere de su publicación para que tenga eficacia y produzca efectos jurídicos.*

...

*Como se observa, la competencia de los Directores Técnicos para sancionar a las entidades vigiladas emana directamente de la norma legal. Otra cosa es que para el adecuado cumplimiento de dicha función, se haya previsto en el artículo 1° del Decreto ley 2489 de 1999 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que sea el Superintendente Bancario, quien defina los casos en los cuales pueden ejercer.*

*Lo anterior significa que la falta de publicación de la Resolución 0626 de 2000, no genera la incompetencia del funcionario a quien se le adscribió la función sancionatoria, toda vez que por dirigirse a la Administración resultaba oponible a ésta, aún sin que fuera publicitada y principalmente, porque esta facultad proviene directamente de la ley.*

..."

Por lo expuesto, la falta de publicación de la Resolución No. 0626 de 14 de abril de 2000 no genera la incompetencia del funcionario que profirió la



resolución que resolvió el recurso de reposición, por cuanto aquella constituye un acto general que se refiere a la asignación o distribución de competencias de las dependencias de la Superintendencia Financiera, cuyos destinatarios son los funcionarios de la entidad, son obligatorios *“a partir de su expedición, toda vez que conocen el acto administrativo antes que la publicación se realice”*. Además, son actos de asignación de funciones, que sólo tienen incidencia a nivel interno de la entidad y, por tanto, no requiere de su publicación para que tenga eficacia y produzca efectos jurídicos.

## **2.2. Falta de competencia del funcionario que profirió la resolución que resolvió el recurso de apelación.**

De acuerdo con el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo el recurso de apelación lo resuelve el inmediato superior administrativo. El Banco alega que quien desató el recurso no es el superior inmediato del Director Técnico.

La Sala observa que la Resolución No. 1590 de 18 de octubre de 2000, por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación fue expedida por el Superintendente Delegado para intermediación Financiera Dos Ad-Hoc.

El Decreto 2489 de 1999 *“Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Bancaria”*, en el artículo 1 estableció la estructura orgánica de la Superintendencia Bancaria así:



**a) Despacho del Superintendente Bancario**

*Oficina de Control Interno de Gestión*

**b) Despachos de los Superintendentes Delegados de las áreas de Supervisión**

***Direcciones Técnicas***

El Superintendente Bancario dispuso mediante la Resolución No. 0009 de 4 de enero de 2000 las Direcciones en las Delegaturas de la Superintendencia Bancaria así:

**“Artículo 1º De las áreas de supervisión y de las Direcciones Técnicas.** Las áreas de supervisión de la Superintendencia Bancaria son tres (3): De intermediación Financiera, de Pensiones y Cesantías y de Seguros y Capitalización que operan a través de cinco (5) Delegaturas, **dirigidas por Superintendentes** Delegados y contarán con catorce (14) Direcciones Técnicas así:

...

**DELEGATURA PARA INTERMEDIACIÓN FINANCIERA DOS**

- *Dirección Técnica Intermediación Dos “A”*
- *Dirección Técnica Intermediación Dos “B”*
- *Dirección Técnica Intermediación Dos “C”(Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Por consiguiente el superior inmediato del Director Técnico de Intermediación Financiera Dos B, es el Superintendente Delegado de la respectiva área, quien expidió la Resolución No. 1590 de 18 de octubre de 2000, es decir, fue proferida por funcionario competente en uso de facultades legales.



### 3. De la Fuerza Mayor. Reiteración jurisprudencial<sup>9</sup>

3.1. Según el apelante, el desencaje que ha sido objeto de la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria al Banco Granahorrar por las bisemanas comprendidas entre el 9 y el 24 de septiembre de 1998 y entre el 23 de septiembre y el 8 de octubre de 1998, ocurrieron por fuerza mayor.

3.2. La Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) por medio de la Resolución No. 0661 de 5 de mayo de 1999, impuso multa a Granahorrar por la suma de \$1.821.273.242, por los defectos de encaje presentados en las bisemanas entre el 9 y el 24 de septiembre de 1998 y entre el 23 de septiembre y el 8 de octubre de 1998.

El artículo 64 del Código Civil define la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel *“imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público”*.

3.3. Sobre el concepto de fuerza mayor o caso fortuito la Sala ha indicado<sup>10</sup>:

---

<sup>9</sup> Sentencia Consejo de Estado Sección Cuarta de 21 de junio de 2012, M. P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez Exp. 17475

<sup>10</sup> Sección Cuarta Sentencia del 3 de junio de 2010, Exp. 16564 M.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

*“Para la Sala, si bien es cierto que la fuerza mayor o caso fortuito son hechos eximentes de responsabilidad, para que tengan cabida, debe apreciarse concretamente, si se cumplen con sus dos elementos esenciales: la imprevisibilidad y la irresistibilidad.*

*El artículo 1º de la Ley 95 de 1890 que subrogó el artículo 64 del Código Civil, define la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel “imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público.”*

*La imprevisibilidad se presenta cuando el suceso escapa a las previsiones normales, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible preverlo, como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de febrero 27 de 1974: “La misma expresión caso fortuito idiomáticamente expresa un acontecimiento extraño, súbito e inesperado.... Es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto, la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad”.*

*Y la irresistibilidad, como lo dice la misma sentencia, “el hecho [...] debe ser irresistible. Así como la expresión caso fortuito traduce la requerida imprevisibilidad de su ocurrencia, la fuerza mayor, empleada como sinónimo de aquella en la definición legal, relleva esta otra característica que ha de ofrecer tal hecho: al ser fatal, irresistible, incontrastable, hasta el punto de que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias”.*

*En consecuencia, para que un hecho pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, deben darse concurrentemente estos dos elementos.*

*Para ese efecto, el juez debe valorar una serie de elementos de juicio, que lo lleven al convencimiento de que el hecho tiene en realidad esas connotaciones, pues un determinado acontecimiento no puede calificarse por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable medir todas las circunstancias que lo rodearon. Lo cual debe ser probado por quien alega la fuerza mayor, es decir, que el hecho fue intempestivo, súbito, emergente, esto es, imprevisible, y que fue*



*insuperable, que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara, esto es, irresistible...”.*

3.4. Según el apelante, el hecho que originó la situación de desencaje por las bisemanas entre el 9 y el 24 de septiembre de 1998 y entre el 23 de septiembre y el 8 de octubre de 1998, se debió *“al efecto coyuntural de la economía nacional que hizo ingobernable el manejo de la liquidez. La especulación en el incremento del dólar, la agresiva política monetaria para defender la política cambiaria, el crecimiento inusitado e imprevisible de las tasas de interés y los efectos de la crisis financiera internacional, constituyen los elementos más protuberantes en cita para comprender la complejidad de la situación, por fuera del alcance de una institución financiera”.*

2.4. Obran las siguientes pruebas:

a. Informe de la Junta Directiva del Banco de la República al Congreso de la República

Informe de marzo de 1998<sup>11</sup>:

*“Entre enero y febrero del presente año, la tasa de cambio se situó muy próxima al borde superior del corredor cambiario, tocándolo en algunas oportunidades, lo que obligó al Banco de la República a intervenir con ventas de divisas. En el primer bimestre del año, las reservas internacionales disminuyeron US\$514 millones. (...) La reducción de las reservas internacionales generó una contracción de la base monetaria, que la llevó a la parte inferior de su corredor. Paralelamente se presentó*

---

<sup>11</sup> Página 28 vto del Informe visible en los Fls. 2-19 c.a.



*un mayor dinamismo de la cartera del sistema financiero respecto al incremento de sus fuentes de recursos. En respuesta a estos factores, la tasa de interés interbancaria y el DTF aumentaron.”*

Informe de julio de 1998<sup>12</sup>:

*“En el presente año la economía colombiana ha vivido turbulencia en los mercados cambiario y monetario, Tal y como se expone en las siguientes páginas, **esta situación no es fortuita ni intempestiva. La misma se deriva, de una parte de la evolución de la economía durante lo corrido de la presente década.** En particular, el desarreglo creciente de las finanzas públicas y el déficit persistente en la cuenta corriente de la balanza de pagos son fuente de creciente inestabilidad. De otra parte, el entorno internacional ha sido afectado por los problemas recientes de los países asiáticos, que han repercutido en una actitud cautelosa y de escrutinio en los mercados financieros internacionales frente a las economías en desarrollo.” (negrilla fuera de texto).*

Informe de octubre de 1999<sup>13</sup>:

*“...  
Así la economía colombiana no solo se encontraba a comienzos de 1998 gastando muy por encima del crecimiento del ingreso sino que éste era un fenómeno que venía ocurriendo desde comienzos de la década. En condiciones de fuertes desequilibrios externo y fiscal la economía era especialmente vulnerable a los cambios en las percepciones de los inversionistas nacionales e internacionales y a los choques externos adversos, tal y como se advirtió en la mayoría de los Informes al Congreso presentados por la Junta Directiva en los últimos años.  
...”*

---

<sup>12</sup> Página 7 del Informe visible en los Fls 20-54 c.a.

<sup>13</sup> Página 10 del Informe visible en los Fls 374-400 c.p.

b. Respuesta al oficio No. 01-2598 por parte del Subdirector de Desarrollo de la Superintendencia Bancaria de Colombia, de fecha 18 de octubre de 2001:<sup>14</sup>

*“...respecto al cumplimiento del encaje legal en 1998, le informo que según datos que reposan en esta Superintendencia en la bisemana del 9 al 24 de septiembre, cumplieron 43 entidades de 48 y del 23 de septiembre al 8 de octubre, cumplieron 44 entidades de 48 establecimientos de crédito, entre bancos, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial ...”*

c. Dictamen pericial, que respecto a la liquidez de la economía para 1998, indicó:<sup>15</sup>

*“... El punto anterior refleja el nivel de liquidez de la economía y al igual que éste, la lectura de los documentos tanto del CONPES como los Informes de la Junta Directiva del Banco de la República al Congreso de la República, indican de manera clara y categórica que no se esperaban situaciones de iliquidez y de altas tasas de interés.*

*En efecto, la Junta Directiva del banco, en su informe presentado en marzo de 1998, estableció para ese año la meta de inflación en 16% (meta final) y acorde con esa cifra, se definió un crecimiento de la base monetaria (meta intermedia) al final del año de 16% respecto al punto medio del corredor del año 1997 y del agregado M33 mas bonos de 21.3%.*

*De manera posterior, en el Informe de julio de 1998, la Junta Directiva dijo respecto al diseño de la política monetaria compatible con la cambiaria:*

*...*

*De donde se puede inferir que ante un hecho no previsible, como lo fue la situación cambiaria, se sacrificaría el nivel de liquidez de la economía,*

---

<sup>14</sup> Fl. 92 c.a.

<sup>15</sup> Fls. 264-273 c.a.

*evento que no era previsible y, por lo tanto, no estaba registrado en los documentos de proyección macroeconómica.”*

d. Informe del Director Técnico de la Superintendencia Bancaria de Colombia respecto a la volatilidad de la tasa interbancaria y de captación presentada por el sistema financiero y Granahorrar para el periodo comprendido entre los años 1995 y 1998<sup>16</sup>

“ ...

*En general se observa como las series se siguen en respuesta a las tendencias del mercado. La tasa interbancaria del sistema financiero alcanzó como niveles máximo y mínimo en este periodo los valores 66.45% y 10.24%, mientras que para Granahorrar los mismos topes fueron 67.22% (más alto que el del sistema) y 8.07% (más bajo que el sistema). Es decir, el intervalo de variación de la tasa interbancaria de Granahorrar fue mayor que el que presentó el sistema.*

...

*También se observa como en el primer trimestre de 1996 y en el segundo semestre de 1998 las tasas de Granahorrar le ubicaban por encima de las del sistema, evidenciándose así algunas necesidades mayores de liquidez frente a las demás entidades del sistema financiero.*

...

*De acuerdo con la información anterior se puede concluir que durante el periodo de análisis (1995-1998) Granahorrar afrontó una mayor volatilidad en la tasa interbancaria la cual debió pagar por recursos de corto plazo que demandó al sistema interbancario, frente a las volatilidades que afrontó el conjunto de entidades financieras para dicha tasa.*

“ ...”

---

<sup>16</sup> Fls. 402-409 c.p.

e. Informe del Banco de la República de 26 de septiembre de 2001, en cuanto a la pregunta si Granahorrar acudió a las líneas especiales de liquidez del Emisor el 1 de julio de 1998<sup>17</sup>.

“ ...  
*Le informo que la Corporación de Ahorro y Vivienda Granahorrar ingresó al apoyo transitorio de liquidez por el procedimiento ordinario el día 2 de junio de 1998 y solicitó el traslado al procedimiento especial el día 17 de junio 1998. Una vez efectuada la evaluación técnica, con fecha 1 de julio de 1998 se autorizó el traslado al apoyo transitorio de liquidez por el procedimiento especial. En esa fecha, el saldo del apoyo ascendió a \$270.000 millones que incluían \$130.492 millones correspondientes al saldo del apoyo ordinario”.*

f. Informe del Fondo de Garantías de Instituciones Financieras de 16 de octubre de 2001, relacionada con las operaciones de compra de cartera celebrada con la Corporación Granahorrar<sup>18</sup>

- “ ...
1. *Con ocasión de la autorización impartida por la Junta Directiva de la Corporación Granahorrar, en sesión del 2 de julio de 1998, en el sentido de celebrar con el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras operaciones de otorgamiento de un cupo de aval para el cumplimiento de obligaciones interbancarias y sobregiros, el representante legal de la citada Corporación solicitó al Fondo la celebración de operaciones de compra de activos representados en cartera de créditos, hasta por la suma de \$300.000 millones.*
  2. *La Junta Directiva del Fondo en sesión de la misma fecha, optó por otorgar el cupo de aval con vigencia de un mes, hasta por la suma de \$300.000 millones, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que la Corporación adquiriera con entidades financieras en la contratación de créditos interbancarios o por*

---

<sup>17</sup> Fl. 78 c.a.

<sup>18</sup> Fls. 90-91 c.a.



*utilización de sobregiros en cuenta corriente, adquiriendo la Corporación la obligación de vender cartera hipotecaria equivalente al monto utilizado del aval.*

- 3. Mediante comunicación del 8 y 16 de julio de 1998, la Corporación solicitó la ampliación de la cobertura del cupo de aval a operaciones con títulos de deuda emitidos hasta por 90 días por la Corporación a favor de cualquier entidad y una operación de descuento de cartera de crédito hasta por un monto de \$150.000 millones, a un plazo de 120 días, disminuyendo en un monto equivalente el cupo aval autorizado.*
- 4. La Junta Directiva del Fondo en sesión del 22 de Julio del mismo año autorizó la ampliación del cupo hasta por un máximo de \$300.000 millones, el cual podía utilizarse combinando el otorgamiento de avales y las operaciones de venta de cartera con pacto de recompra.*
- 5. En Sesión subsiguiente la Junta Directiva del Fondo amplió la autorización inicial, prorrogando el plazo de recompra de la cartera hasta el 5 de octubre y aumentando el cupo rotativo hasta un monto máximo de \$400.000 millones para compra de cartera”*

De las pruebas antes relacionadas se concluye que:

Los informes rendidos por la Junta Directiva del Banco de la República, demuestran que la situación del mercado monetario cambiario y crediticio para el año 1998 no fue fortuita ni imprevisible sino que se derivó de la evolución económica de la década. Por lo tanto, la entidad financiera debía mantener parte de sus fondos en activos líquidos, esto es, activos de reserva para conservar unos márgenes de seguridad que no afectaran su disponibilidad dineraria para el encaje.

Tampoco se demuestra el carácter de irresistible de dicha situación, pues los efectos frente a las demás entidades financieras fueron iguales y no aparece



en el proceso probado que aquellas hubieran estado desencajadas a raíz de la crisis financiera que enfrentó el país desde mediados de 1998. Por el contrario, según la respuesta del Subdirector de Desarrollo de la Superintendencia Bancaria de Colombia, el porcentaje de incumplimiento fue muy bajo.

Respecto a las conclusiones de los peritos del hecho imprevisible, si bien la situación de la economía del país fue crítica para la época en estudio, e hizo más gravoso el cumplimiento de las normas sobre encaje, también lo es que la situación interna de Granahorrar influyó en la posición de la entidad sancionada.

Las deficiencias internas del Banco lo pusieron en una condición de mayor vulnerabilidad para enfrentar la crisis que se presentaba. Pero, como tales circunstancias provenían de debilidades atribuidas a la entidad, surgidas de tiempo atrás, no hay justificación para que se invoquen como fundamento de eximente de responsabilidad.

Si bien el Banco acudió a varias alternativas para hacer frente a la situación y superar la iliquidez, también lo es que la corporación presentaba irregularidades sucesivas en materia de encaje, lo que demuestra una inadecuada administración.

Además, no puede ser admisible que el desencaje en que incurra una entidad financiera constituya un hecho imprevisible e irresistible, por cuanto la disponibilidad monetaria constituye la materia prima de la actividad financiera y



diariamente conocen el comportamiento de su disponibilidad. La corporación puede tomar las decisiones respecto de sus operaciones para establecer márgenes de seguridad que le permitan cumplir con la obligación legal referente al encaje, sin que sea posible que las circunstancias económicas del momento sean el hecho imprevisible que lleve a la irregularidad sancionada, pues un acontecimiento no puede calificarse por sí mismo como fuerza mayor, sino que es indispensable ponderar todas las circunstancias que lo rodearon.

Al respecto, se pronunció la Sala<sup>19</sup>, en un proceso entre las mismas partes pero por las bisemanas del 20 de mayo al 4 de junio de 1998 y del 17 de junio al 2 de julio del mismo año:

“...

*La conclusión a que llega la Sala sobre la relación entre la situación económica general y el incumplimiento de la posición de encaje de una entidad bancaria es que una cosa es esperar que la economía se comporte en forma estable y dentro de un cierto rango y horizonte “razonablemente previsto” y otra que deban tomarse todas las medidas de control del riesgo en torno a obligaciones de índole legal y de alto costo de incumplimiento como son los defectos de encaje.*

*La expectativa de un comportamiento económico “razonable” de los agregados monetarios, no importa cuán imprevisible sea, no es determinante per se al tornarse inestable, de la carencia de niveles de liquidez suficientes para alcanzar las posiciones de encaje bancario exigidas, salvo que corresponda a una decisión gerencial expresa, que por ejemplo, desvíe dicha liquidez hacia otros fines operacionales o administrativos, o la disminuya a partir de operaciones de colocación de*

---

<sup>19</sup> Sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta de 21 de junio de 2012, C.P. Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, Exp. 17475.



*alto riesgo y larga maduración, o la coloquen en una posición de encaje exigente a partir de operaciones de captación masivas en los conceptos altamente afectados con el encaje sin el contra balance de mantener el correspondiente disponible en caja o en depósitos en el Banco de la República, entre otras acciones empresariales.*

*De alguna manera, todas estas decisiones empresariales implican, una aproximación a condiciones de iliquidez que pueden dar lugar al incumplimiento de las normas sobre el encaje, e implican una separación deliberada de las prioridades legales en favor de las comerciales, cualesquiera que ella sean, lo cual obviamente, si bien pueden ser hábiles, necesarias y/o riesgosas acciones de negocios, no excusan de ninguna manera la responsabilidad por el incumplimiento consecuente, perfectamente previsible y que caracteriza precisamente lo “arriesgado” de la decisión así tomada (executive decisión).*

*...*

Por lo expuesto, la Sala no observa que se hubiere presentado la causal de fuerza mayor que haya impedido el cumplimiento de la disposición de encaje por parte del Banco, pues de los argumentos y de las pruebas allegadas no puede considerarse que se hubieren configurado los elementos esenciales de imprevisibilidad e irresistibilidad.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

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**



1. **CONFÍRMASE** la sentencia de 23 de enero de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección C en Descongestión.

2.- Se **RECONOCE** personería para actuar a los abogados Saray Chajin Gori como apoderada de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA y Daniel Jiménez Pastor, como apoderado judicial de BBVA COLOMBIA S.A., de conformidad con los poderes que obran a folios 21 y 29 del cuaderno cuatro, respectivamente.

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

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.  
Cúmplase.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA**  
Presidenta de la Sección



**HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS**

**JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ**