

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN CUARTA**

**Consejera Ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ**

Bogotá D.C. diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación:** 25000-23-24-000-2003-00075-01  
**Nº Interno:** 19992  
**Acción:** Nulidad y restablecimiento del derecho  
**Demandante:** Corporación de Ahorro y Vivienda  
AV Villas (Hoy Banco Comercial AV Villas)  
**Demandado:** Superintendencia Financiera de Colombia  
**Asunto:** Sanción por defecto en patrimonio técnico  
**FALLO**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del 30 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las pretensiones de la demanda.

La parte resolutive del fallo apelado dispuso lo siguiente<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Folio 382.



**“PRIMERO.** Declárase la nulidad de los siguientes actos: Resolución 0305 del 12 de marzo de 2002, Resolución 0642 del 14 de junio de 2002 y Resolución 1085 del 20 de septiembre de 2002, expedidas por la Superintendencia Bancaria, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO.** A título de restablecimiento del derecho ordénese a la entidad demandada la devolución del valor de la multa impuesta por las resoluciones anuladas y consignada a favor del Tesoro Nacional, debidamente indexada, siguiendo la pauta fijada en la parte motiva, y teniendo como base la suma de SEISCIENTOS VEINTISIETE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL PESOS M/CTE (\$627.332.000.00)”

## ANTECEDENTES

Mediante la Resolución No. 0305 del 12 de marzo de 2002, el Director Técnico Intermediación Uno A de la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera de Colombia), le impuso multa de \$627.332.000 al Banco AV VILLAS S.A. por el “*defecto en la Relación de Activos Ponderados por su Nivel de Riesgo a Patrimonio Técnico presentado en junio de 2000*” (fls. 34 a 46). Decisión contra la cual se interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación.

Por medio de la Resolución No. 0642 de 14 de junio de 2002, se desató el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo que impuso la sanción, confirmándola en todas sus partes (fls. 47-56). En igual sentido, se decidió el recurso de apelación, a través de la Resolución No. 1085 del 20 de



septiembre de 2002 proferida por el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Uno de la Superintendencia Bancaria de Colombia (fls. 57-65).

### **LA DEMANDA<sup>2</sup>**

La actora, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, pretende que se anulen las resoluciones Nos. 0305 del 12 de marzo, 0642 de 14 de junio y, 1085 del 20 de septiembre, todas de 2002 y proferidas por la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera).

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a la parte demandada (i) el reintegro de la suma de \$627.332.000 pagada el 9 de septiembre de 2002 por concepto de la multa impuesta en los actos enjuiciados, debidamente actualizada conforme al IPC; (ii) el reconocimiento del interés bancario corriente desde la fecha de realización del pago hasta cuando se realice la devolución, sin perjuicio del pago de intereses de mora conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo; y (iii) suprimir en los archivos de la demandada las anotaciones que se hayan efectuado con ocasión de la sanción impuesta (fls. 7-8).

Cita como normas violadas los artículos 4 y 29 de la Constitución Política, 2 y 14 del Decreto 673 de 1994, punto noveno del Capítulo XIII de la Circular

---

<sup>2</sup> Folio 6 a 34



Básica Contable y Financiera y, 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Los conceptos de violación se sintetizan así:

**Primero: violación de los artículos 4 y 29 de la Constitución Política, 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 66 del CCA y 14 del Decreto 673 de 1994 por aplicación indebida<sup>3</sup>.**

Señaló que los principios de tipicidad y de legalidad deben informar el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, en sus distintas manifestaciones con el fin de garantizar el debido proceso.

Agregó que nadie puede ser juzgado ni condenado sino conforme a una ley preexistente que tipifique la conducta criminal o contravencional y, que para ello, la conducta debe estar detallada en la ley, *ex ante*, para que pueda acarrear las consecuencias propias de la sanción.

Indicó que, en este caso, mediante los oficios 2000087509-2 del 23 de octubre de 2000 y 2000087509-5 del 30 de noviembre de 2000 el Director Técnico de Intermediación Uno A de la Superintendencia Bancaria solicitó explicaciones al Banco por violación a las normas sobre capital adecuado, con el fin de *“evaluar las acciones administrativas de que trata el numeral 1.8.1. del Capítulo XIII de la Circular Externa 100 de 1995 de esta Superintendencia”*.

---

<sup>3</sup> Folios 9 al 17.



El Banco presentó los descargos correspondientes, pero la Superintendencia optó por multar a la entidad con base en *“...lo previsto en el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, vigente al momento de los hechos”*.

La mencionada norma, que fue derogada por el Decreto 1720 de 2001, disponía en su artículo 14:

*“Artículo 14. Sanciones. Por los defectos en que incurran los establecimientos de crédito en el patrimonio técnico necesario para el cumplimiento de la relación de solvencia, la Superintendencia Bancaria impondrá una multa a favor del Tesoro Nacional por el equivalente al 3.5% del defecto patrimonial presentado por cada mes del período de control, sin exceder del 1.5% del patrimonio requerido para su cumplimiento. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las demás sanciones o medidas administrativas que puede imponer la Superintendencia Bancaria conforme a sus facultades legales.*

*Parágrafo. Cuando un mismo establecimiento de crédito incumpla la relación de solvencia individualmente y en forma consolidada, se aplicara la sanción que resulte mayor”*

Indicó que el Decreto 673 de 1994, sobre capital adecuado de las instituciones crediticias, fue expedido por el Presidente de la República “en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las que le confiere el literal c) del artículo 3º, y el artículo 7º de la Ley 35 de 1993, incorporados en su orden en el literal c) del artículo 48 y en el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”

Resaltó que, el artículo 52 del Estatuto Orgánico de Sector Financiero fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C 1161 del 12



de octubre 2000, pues consideró que la facultad otorgada al Gobierno Nacional violaba el principio de legalidad.

En este sentido, concluyó que a partir de la expedición de la sentencia C 1161 operó la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 14 del Decreto 673 de 1994, con base en el cual fue sancionado el hoy demandante.

Insistió en que la Superintendencia aplicó la mencionada norma con el argumento de que era la vigente en el momento de la ocurrencia de los hechos, sin embargo obvió el hecho de que esa disposición no estaba vigente en el momento de ejercer su facultad punitiva.

**Segundo: Violación del artículo 29 de la Constitución Política; del artículo 2º del Decreto 673 de 1994 y del punto 9 de la Circular Básica Contable y Financiera, Capítulo XIII, conforme a la Circular Externa N° 83 de 1995<sup>4</sup>.**

Indicó que conforme al “principio de tipicidad” una actuación que nació ajustada a derecho no puede devenir en ilegal desde el punto de vista penal, en razón a decisiones administrativas posteriores o de un tercero.

Agregó que la Superintendencia debía tener en cuenta el conjunto de normas vigentes que determinaban las relaciones máximas de activo a patrimonio en el momento de ejercer el *ius punendi* que presupone el despliegue de sus actividades de supervisión.

---

<sup>4</sup> Folios 17 al 27.



Indicó que tales normas estaban contenidas en el Decreto 673 de 1974, el Capítulo XIII de la Circular Básica Contable y Financiera N° 100 de 1995 de la Superintendencia Bancaria, modificado en particular para el caso *sub examine* por las Circulares Externas 83 de 1995, 94 de 1998 y 68 de 1999 de la Superintendencia.

Estas normas establecían que las regulaciones prudenciales sobre capital adecuado bancario debían cumplir con dos elementos: uno objetivo y otro temporal.

El elemento objetivo *“consiste en que los activos ponderados por riesgo no excedan el 9% del patrimonio técnico de la institución financiera”* y, está determinado por lo establecido en los artículos 2º y 4º del Decreto 673 de 1994, vigentes para la época de la ocurrencia de los hechos:

**Artículo 2º: Relación de solvencia de los establecimientos de crédito.**

*“Establécese, como relación de solvencia, un nivel mínimo de patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito equivalente al nueve por ciento (9%) del total de sus activos, en moneda nacional y extranjera, ponderados por nivel de riesgo. Por lo tanto, el patrimonio técnico de los establecimientos de crédito, definido en los términos de este Decreto, no podrá ser inferior al nivel adecuado de patrimonio aquí señalado”.*

**Artículo 4º: Patrimonio técnico.**

*“El cumplimiento de la relación de solvencia se efectuará con base en el patrimonio técnico que refleje cada establecimiento de crédito, calculado de acuerdo con las reglas de los artículo siguientes, esto es, mediante la suma del patrimonio básico y el patrimonio adicional”.*



El elemento temporal *“corresponde al momento en el que se escruta el cumplimiento de las correspondientes disposiciones”*. En este sentido el artículo 16 del mencionado decreto, establece que el control del capital adecuado de una institución financiera debe hacerse cada mes.

Aunque el Decreto 673 no establece con precisión qué fuente documental del patrimonio debe tomarse para establecer el cumplimiento del capital adecuado, es claro que el análisis pertinente debe realizarse con fundamento en los estados financieros debidamente certificados por el Revisor Fiscal.

Esta conclusión tiene soporte en el punto 9 de la Circular Externa Básica Contable y Financiera, Capítulo XIII, conforme a la Circular Externa N° 83 de 1995, en la que se estableció que *“la determinación del patrimonio adecuado que aplica para la respectiva verificación oficial resulta de la información registrada en el Plan único de cuentas para el sistema financiera, la proforma F. 1000-48, formato de cuentas NO PUC para el cálculo del patrimonio adecuado, (formato 110 para su transmisión vía modem), el cual se deberá transmitir junto con los estados financiero intermedios (tipo informe 0), dentro de los términos y plazos establecidos para su presentación”*.

En razón a lo anterior, la Superintendencia no puede indicar que el patrimonio técnico que debe ser tenido en cuenta como base de cálculo es distinto al reportado en las proformas, a partir de las reliquidaciones que lleva a cabo la misma entidad de control.



Como fundamento de esta afirmación citó los numerales 8.2 y 9.3 del Boletín 228 del 9 de octubre de 1995. Según el primer numeral, cuando se presente un defecto en el patrimonio técnico la entidad deberá adjuntar los estados financieros del mes correspondiente y, de conformidad con el segundo se fijaron las proformas que contienen las matrices financieras para reportar la información correspondiente a la Superintendencia para establecer el patrimonio técnico.

A su turno, la Circular Externa N° 94 de 1998 (Boletín del Ministerio de Hacienda 426 de diciembre 28 de 1998) al modificar el acápite 1° del Capítulo XIII de la Circular Básica Contable y Financiera reitera en el punto 1.8.2 que la infracción a las disposiciones sobre capital adecuado se determinan de conformidad con la información mensual reportada a la Superintendencia, de tal forma que no es acertado afirmar que la mencionada infracción pueda establecerse con base en otro tipo de información.

Para abundar en argumentos, el demandante citó las normas que en materia bancaria regulan los cupos individuales de crédito, que se determinan a partir de un porcentaje con relación al patrimonio técnico. Para ello citó el artículo 23 del Decreto 2360 de 1993 que define el patrimonio técnico y, señala que este “...será calculado con base en el último balance mensual que se haya transmitido a la superintendencia Bancaria...”. De tal suerte que dichos estados financieros son la única fuente de información válida para determinar



si una entidad financiera cumplió, en un determinado periodo, con el patrimonio técnico exigido.

*A juicio del demandante, en este caso, “la Superintendencia cometió un error al sancionar a AV VILLAS por incumplimiento de las disposiciones de capital adecuado en el mes de junio de 2000, porque para tal efecto reliquidó el patrimonio técnico del Banco con base en los ajustes contables ordenados al Banco”.*

Así, para la Superintendencia el referente que debió tener en cuenta el banco para cumplir las normas de solvencia a junio de 2000, no fue el patrimonio determinado por el mismo banco, sino el que se calculó días después como resultado de los ajustes ordenados por la Superintendencia sobre los estados financieros del Banco.

Señaló que según los estados financieros presentados a 30 de junio de 2000 y el formato de relación de solvencia elaborado conforme a la Circular externa 83 de 1995 transmitido por AV VILLAS a la Superintendencia Bancaria el 18 de junio de 2000, la entidad cumplía con las normas sobre patrimonio adecuado, pues su relación de solvencia ascendía al 10.23% sobre un mínimo de 9%.

Cinco meses después, la entidad demandante fue obligada a realizar distintos ajustes contables en el mencionado balance, ajustes que fueron retransmitidos a la Superintendencia el 17 de noviembre de 2000 y, como



resultado de ellas se determinó una nueva relación de solvencia para junio de 2000 de 8.1%.

De acuerdo con lo anterior, la entidad demandante considera errado *“...discernir la culpa para efectos del derecho sancionador, exigir a AV VILLAS el cumplimiento de unas normas que debieron observarse en junio de 2000, con base en unos ajustes que ella misma ordenó por virtud del acta de visita D1A-06-00 y del oficio 2000088721-3 del 27 de octubre de 2000 que obligaron a efectuar unas mayores provisiones para la cartera comercial por valor de \$3.368.7 millones, que necesariamente significaron un menor patrimonio a la entidad”*.



**Tercero: Inexistencia de contravención – violación del Decreto 673 de 1994 y de la Carta Circular 495 de 2000 y 070 de 2000<sup>5</sup>.**

En cuanto a los ajustes contables ordenados por la Superintendencia a AV VILLAS indicó que estos no eran procedentes. Explicó que dichos ajustes consistían en constituir provisiones por coeficientes de riesgo por valor de \$3.368.7 millones, lo cual era totalmente improcedente.

Informó que según la carta circular 495 de 2000, la Superintendencia Bancaria autorizó a los establecimientos de crédito a abstenerse de efectuar provisiones por coeficientes de riesgo, obligación que quedó derogada con la expedición de la Circular Externa 070 de 2000, pues se consideró que al realizarlas se podría estar provisionado dos veces el mismo riesgo.

Por esta razón, la Superintendencia no podía exigir la realización de dichas provisiones y mucho menos restar los valores de las mismas del patrimonio de la entidad con el fin de aplicar las normas de solvencia pues, las contingencias provisionadas no existían y, al restarlas se estaba exigiendo un mayor nivel capital a AV VILLAS que el dispuesto en el Decreto 673 de 1994.

**Cuarto: Incompetencia del funcionario<sup>6</sup>.**

---

<sup>5</sup> Folios 27 y 28.

<sup>6</sup> Folio 28 y 29.



La parte demandante señala que el Director Técnico de Intermediación Uno A era incompetente para indicar la actuación que culminó con la imposición de la multa que aquí se discute.

Lo anterior porque de conformidad con el numeral 4º del artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero, sustituido por el artículo 1º del Decreto 2489 de 1999, a los Directores Técnicos les compete vigilar el cumplimiento de las disposiciones emanadas de la Junta Directiva del Banco de la República, de los procesos de titularización, de las inversiones de capital y de las disposiciones cambiarias, pero no las relativas a las normas de solvencia de las entidades vigiladas.

Ahora bien, los Directores Técnicos de la Superintendencia solo pueden imponer multas a las instituciones vigiladas, directores, revisores fiscales o empleados de las mismas, en los casos que determine el superintendente bancario.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El apoderado de la parte demandada se opone a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos<sup>7</sup>:

La parte demandada indicó que los actos administrativos demandados gozan de la presunción de legalidad y, que en este caso la demandante “no solamente no niega que admite haber incurrido en el defecto en el coeficiente

---

<sup>7</sup> Folios 147 a 166.



indicador de solvencia materia de sanción”, para señalar que ello constituye de suyo una confesión en los términos del artículo 194 del Código de Procedimiento Civil (folio 148 y 149).

En cuanto a los cargos propuestos en la demanda, la Superintendencia presentó los siguientes argumentos:

**Primero: violación de los artículos 4 y 29 de la Constitución Política, 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 66 del CCA y 14 del Decreto 673 de 1994 por aplicación indebida.**

*Afirmó que “si se considera que la ejecutabilidad del artículo 14 decayó en virtud de la ejecutoria de la sentencia de inconstitucionalidad C 1161 de 2000, no por ello podría afirmarse la no aplicabilidad de la norma para sancionar la conducta punible cometida durante su vigencia y fundar con base en ello una violación a los preceptos constitucionales que establecen el debido proceso”.*

*Agregó que “el control de legalidad de los actos administrativos a cargo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa debe realizarse en relación con las normas vigentes al momento en que se produjeron los hechos materia de la actuación administrativa que se enjuicie”.*

Precisó que, en este caso, la sociedad demandante incurrió en defectos en el margen de solvencia para el mes de junio de 2000, fecha en la que estaba vigente el artículo 14 del Decreto 673 de 1994.



Agregó que esa norma establecía de manera clara el sujeto activo de la infracción, es decir, los establecimientos de crédito; tipificaba la conducta, en este caso, defecto en el patrimonio técnico para cumplir con la relación e solvencia y, establecía la sanción en un 3.5% del defecto patrimonial presentado cada mes sin exceder el 1.5% del patrimonio requerido para su cumplimiento.

Señaló que al momento de la ocurrencia de los hechos, los defectos en la relación de solvencia derivada de la relación de activos ponderados por su nivel de riesgo a patrimonio técnico, estaba vigente el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, norma que era de obligatorio cumplimiento para los establecimientos bancarios, pero, también para la Superintendencia que debía imponer la sanción en los términos allí previstos.

En cuanto a la vigencia de la ley en el tiempo, el principio de favorabilidad y los efectos de la inexecutable del artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que los hechos se sancionan con fundamento en la ley vigente al momento de la ocurrencia de los mismos sin que la derogatoria posterior de la norma, aunque ocurra antes de la expedición de los actos, enerve la facultad sancionatoria de la administración, pues en derecho administrativo no es procedente aplicar el principio de favorabilidad<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Como fundamento de esta afirmación transcribió apartes de ciertas sentencias de esta Corporación proferidas entre el año 1995 y el 2002 (folios 153 a 155).



Indicó que los efectos de las sentencia de inexecutable porferidas por la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro, a menos que esta module los efectos de sus fallos, lo cual no ocurrió con la sentencia C 1161 del 6 de septiembre de 2000 que declaró la inexecutable del artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero que era el fundamento legal del Decreto 673 de 1994. Esta sentencia empezó a surtir efectos a partir de su ejecutoria, esto es el 12 de octubre de 2000.

Con fundamento en lo anterior, adujo que la declaratoria de inexecutable antes mencionada no genera de manera automática el decaimiento de los actos administrativos demandados, pues el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 estaba vigente para la época en que ocurrieron los hechos sancionados y, como se dijo, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la derogatoria de la norma que sirve de fundamento a la sanción no vicia el acto, si la norma estaba vigente al momento de la ocurrencia de la conducta sancionada.

**Segundo: Violación del artículo 29 de la Constitución Política; del artículo 2º del Decreto 673 de 1994 y del punto 9 de la Circular Básica Contable y Financiera, Capítulo XIII, conforme a la Circular Externa N° 83 de 1995.**

La parte demandada afirmó que el defecto patrimonial no se generó como consecuencia de los ajustes ordenados por la Superintendencia, sino que ocurrió como consecuencia de la revelación adecuada del riesgo crediticio en sus estados financieros, de conformidad con la normativa prudencial que dejó de aplicar.



Transcribió un aparte de la Resolución 305 del 12 de marzo de 2002 (uno de los actos administrativos demandados) para afirmar que la capacidad sancionatoria del Estado no puede limitarse a la verificación en la presentación de los estados financieros de las entidades controladas pues, ello les permitiría incumplir normas imperativas en cuanto a niveles de canje, provisiones a créditos, patrimonio técnico, etcétera, sin que pudieran ser acreedores de ninguna sanción dado que, esta resultaría extemporánea y sobre hechos generados *a posterior* por la administración.

**Tercero: Inexistencia de contravención – violación del Decreto 673 de 1994 y de la Carta Circular 495 de 2000 y 070 de 2000.**

En cuanto a los ajustes contables ordenados por la Superintendencia que, según la parte demandante eran improcedentes, la parte demandada informó que, tal como lo dijo en la Resolución 305, el requerimiento que se efectuó por parte del organismo de control tenía por finalidad que AV VILLAS cumpliera lo dispuesto en la Circular Externa N° 044 del 9 de junio de 2000, en la que se informó cuales eran los coeficientes de riesgo de los establecimientos de crédito de marzo de 2000, que debieron ser aplicados para el cálculo de las provisiones adicionales de mayo a julio del mismo año.

En consecuencia, tales ajustes no tienen el carácter de retroactivos como lo quiere mostrar la demandante, sino que obedecen al incumplimiento de unas normas por parte de Av Villas, con fundamento en la Carta Circular N° 495 de 2000, mediante la cual se autorizó a los establecimientos de crédito para no constituir provisiones por coeficientes de riesgo en agosto, esto es, en fecha posterior al periodo en el que se ordenaron los ajustes.



Concluyó que *“si bien el régimen de provisiones adicionales por coeficientes de riesgo fue modificado por la Circular Externa Número 070 de octubre de 2000, los ajustes ordenados correspondían al primer semestre de ese año”*.



#### **Cuarto: Incompetencia del funcionario.**

Afirmó que antes de la expedición de la Resolución 305 la asignación interna de competencias en la Superintendencia estaba regulada por el artículo 328 del Estatuto Orgánico del Sector financiero, modificado por el 40 del Decreto 2359 de 1993.

Transcribió el numeral 4º del mencionado artículo, del que resaltó que dentro de las funciones de los Intendentes estaban las que tenían –*“relación con la imposición de multas por violación a las normas sobre encajes; activos ponderados por riesgo a patrimonio”* (literal j).

Así, antes de la expedición de la mencionada resolución, estaba vigente una norma que de manera expresa facultaba a los Intendentes para imponer, entre otras, las sanciones antes referidas.

Agregó que para la fecha en la que se expidió la citada resolución estaba vigente el Decreto 2489 de 1999 por medio del que se modificó la estructura orgánica de la Superintendencia.

El mencionado decreto suprimió las Intendencias adscritas a los despachos de los Superintendentes Delegados y estableció, en su lugar las Direcciones Técnicas, a las que se le asignaron funciones similares como se desprende de la Resolución 009 del 4 de enero de 2000, según el cual “en la nueva estructura con la que cuenta este Organismo se suprimieron las intendencias



adscritas a los Despachos de los Superintendentes Delegados denominándose a partir de tal fecha Direcciones Técnicas”.

Indicó que según el artículo literal n) del sub numeral 4.1 del numeral 4 del artículo 1º del Decreto 2489 de 1999 asignó a las Direcciones Técnicas la función de imponer sanciones, entre otras, a las entidades vigiladas cuando así lo autorice el Superintendente Bancario. Y, que según el artículo 1º del Decreto 626 del 14 de abril de 2000, proferido por el Superintendente Bancario, los Directores Técnicos podían imponer sanciones, entre otros, por violación a las normas sobre encajes y, activos ponderados por riesgo a patrimonio.

Así, concluyó que el funcionario que expidió los actos administrativos demandados sí era competente para ello.

### **LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, mediante sentencia del 30 de octubre de 2008 accedió a las súplicas de la demanda<sup>9</sup>.

Aclaró que cuando se controvierte la legalidad de un acto, el juez administrativo solo debe remontarse al momento del nacimiento o expedición del acto administrativo, para así hacer el correspondiente juicio de legalidad.

---

<sup>9</sup> Folios 355 a 383.



Indicó que en este caso Av Villas fue sancionado con fundamento en el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 que tipificaba una conducta sancionable. Esta norma fue expedida con fundamento en el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero.

Adujo que con la expedición de la sentencia C 1161 de 2000 la Corte Constitucional resolvió declarar la inconstitucionalidad del mencionado artículo 52 y, con ello se generó la pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 14 del Decreto 673 de 1994, de tal forma que dicha norma se volvió inaplicable frente a situaciones jurídicas que no se consolidaron durante la vigencia de esa norma.

Concluyó que, para la fecha en que la Superintendencia expidió las resoluciones sancionatorias, el artículo 14 ya había perdido vigencia por lo que, respecto de los actos administrativos demandados, ocurrió la denominada pérdida de fuerza ejecutoria.

El Tribunal anuló los actos administrativos demandados y ordenó que se le devolviera la suma pagada por concepto de la multa impuesta debidamente indexada como lo indica el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

Finalmente, negó el reconocimiento de los intereses corrientes y de la cancelación del registro de la sanción pues, respecto de estas pretensiones no se encontró ningún soporte probatorio.



## EL RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** solicitó se revocara la sentencia de primera instancia y en su lugar se negaran las pretensiones de la demanda<sup>10</sup>.

Para ello reiteró el argumento central de la contestación de la demanda, según el cual la norma que sirvió de fundamento para imponer la sanción que aquí se discute, estaba vigente en el momento en el que ocurrieron los hechos sancionados.

Resaltó que aunque el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero fue declarado inexecutable, había otras normas vigentes que pudieron servir de soporte a la sanción en referencia, con respecto a las cuales el Tribunal no se pronunció.

Entre ellas citó el artículo 3º literal c) y 7º de la Ley 35 de 1993, de tal forma que respecto de los actos administrativos demandados no ocurrió el denominado decaimiento del acto administrativo pero, de haber ocurrido, el ejercicio de la potestad sancionatoria tenía otros fundamentos legales y, por ello es improcedente la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados.

## ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

---

<sup>10</sup> Folio 384.



**La parte demandante**<sup>11</sup> presentó sus alegatos de conclusión reiterando fundamentalmente el primer cargo desarrollado en la demanda.

Manifestó que lo que se debate en este caso no es si el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 estaba vigente para la época de la presunta contravención, sino que en el momento de expedirse el acto sancionatorio, su fundamento normativo había perdido fuerza ejecutoria e insistió que *“es la legislación vigente al momento de la expedición de un acto administrativo, la que debe ser observada plenamente por la entidad administrativa para asegurar la validez de su acto”*.

Así, al momento de expedir las resoluciones por medio de las que la Superintendencia impuso multa a AV VILLAS, la norma que les sirvió de fundamento era inejecutable con lo que resultaba forzoso declarar la nulidad de tales actos administrativos.

Ello es así porque el fundamento del artículo 14 del Decreto 673 de 1994 era el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero, norma que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C 1161 de 2000.

Insistió en que *“al haberse declarado la inexecutable del artículo 52 del E.O.S.F., el cual, se reitera, incorporó el artículo 7º de la ley 35 de 1993 al E.O.S.F., surge palmario que los fundamentos de derecho del Decreto 673*

---

<sup>11</sup> Folios 8 a 15 del cuaderno principal.



*de 1994 desaparecieron, razón por la cual el mencionado decreto perdió su fuerza ejecutoria, al tenor del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo”.*

En cuanto al argumento del apelante según el cual había otras normas que pudieron servir de fundamento a la sanción, que debían ser identificadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sostuvo que la Superintendencia fundamentó los actos administrativos demandados en el artículo 14 del Decreto 1673 de 1994 y no puede pretender que sea el juez quien le dé fundamento a los actos administrativos sancionatorios objetos de demanda.

Agregó que el juez contencioso debe realizar el análisis de legalidad de los actos administrativos y, no le está permitido concurrir con la administración para integrar el acto administrativo para devolverle la legalidad a los actos administrativos que no la tenían.

Finalmente, señaló que la demandante no puede pretender amparar la validez del acto sancionatorio en el artículo 7º de la Ley 35 de 1993, pues tal como se advirtió en sentencia C 1121 de 2008 en la que la Corte Constitucional se declaró inhibida para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la mencionada norma, dicho artículo había sido derogado al ser incorporado en el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que, a la postre fue declarado inexecutable.



**La parte demandada**<sup>12</sup> presentó sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos presentados en la demanda, la contestación de la demanda y, el recurso de apelación.

Señaló que uno de los fundamentos jurídicos del Decreto Ley 673 de 1994 fue el artículo 7º de la Ley 35 de 1993 incorporado en el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que conservó su vigencia incluso después de la expedición de la sentencia C 1161 del 6 de septiembre del 2000.

Así mismo, indicó que seguía vigente el artículo 48 del EOSF que incorporó la norma prevista en el artículo 3º de la Ley 35 de 1993.

Lo anterior es así porque en la parte resolutive de la citada sentencia nada se dijo respecto de las normas antes citadas y, únicamente se declaró inexecutable el artículo 52 del EOSF.

Al respecto señaló que la sentencia C 1370 del 11 de octubre del 2000, posterior a la fecha en la que se profirió la C 1161, declaró la exequibilidad del artículo 7º de la Ley 35 de 1993.

Insistió en que no todos los fundamentos de derecho de los actos administrativos demandados fueron declarados inexecutable y, por ello debían mantener la presunción de legalidad.

---

<sup>12</sup> Folios 16 a 29 del cuaderno principal.



El **Ministerio Público** no intervino en esta oportunidad.

### **CUESTIÓN PREVIA**

Antes de resolver el asunto de fondo, se precisa que mediante oficio del 16 de febrero de 2016 el Honorable Consejero Doctor HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS manifestó impedimento para conocer del asunto de la referencia, por encontrarse incurso en la causal del consagrada en el numeral 2º del artículo 141 del Código de General del Proceso.

Según la norma citada, serán causales de recusación las siguiente:

*“(...)  
2º Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes indicados en el numeral precedente”*

En este caso, el Doctor Bastidas Bárcenas suscribió la sentencia apelada, pues para la época de su expedición fungía como Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En consecuencia, se declarará separado del conocimiento de este asunto y, no se ordenará el sorteo de conjuces, pues el quórum de la Sala está integrado en debida forma.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**



En los términos del recurso de apelación corresponde a la Sala determinar la legalidad de los actos acusados, toda vez que la parte actora ha sostenido que la sanción impuesta por la demandada se fundamentó en una norma que no estaba vigente al momento en que esta se impuso.

El asunto planteado en este proceso ha sido objeto de análisis por la Sala en anteriores ocasiones, por lo que en esta oportunidad se reiteran las consideraciones expuestas en esos casos<sup>13</sup>.

El cargo se sustenta en que la Superintendencia Bancaria sancionó al Banco actor por “*por el defecto en la relación de solvencia presentado en el mes de octubre de 2000*”<sup>14</sup>, con fundamento en el artículo 14 del Decreto 673 de 1994.

Pues bien, conforme al artículo 52 del E.O.S.F., el Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, podía señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que dictara en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. En desarrollo de esta facultad sólo podían establecerse sanciones pecuniarias, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas administrativas que resultaran procedentes de acuerdo con la ley.

---

<sup>13</sup> Sentencias del 10 de mayo del 2012, expediente No. 17212, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, del 21 de noviembre de 2003, expediente No. 13506, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa; de 26 de junio de 2008, expediente No. 15621, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz y de 3 de diciembre de 2009, expediente No. 16183, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz.

<sup>14</sup> Fls. 34 a 65.



El artículo mencionado, era del siguiente tenor literal:

*“Sanciones. El Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, podrá señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. En desarrollo de esta facultad sólo podrán establecerse sanciones pecuniarias, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas administrativas que resulten procedentes de acuerdo con la ley”.*

En desarrollo de esta norma y del artículo 48 literal c) *ibídem*<sup>15</sup>, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 673 de 1994 *“por el cual se dictan normas sobre patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito”*<sup>16</sup>.

Respecto de la relación de solvencia, los artículos 2 y 3 del Decreto 673 de 1994, previeron lo siguiente:

---

<sup>15</sup> Corresponde al Gobierno Nacional, dentro de sus funciones de intervención, establecer las normas requeridas para que las entidades objeto de intervención mantengan niveles adecuados de patrimonio, de acuerdo con los distintos riesgos asociados con su actividad. Y, según el artículo 52 *ibídem*, el Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, **podrá señalar las sanciones pecuniarias correspondientes** a la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

<sup>16</sup> El Decreto 673 de 1994 fue derogado expresamente por el artículo 17 del Decreto 1720 de 2001.



**“Artículo 2º. Relación de solvencia de los establecimientos de crédito.** Establécese, como relación de solvencia, un nivel mínimo de patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito equivalente al nueve por ciento (9%) del total de sus activos, en moneda nacional y extranjera, ponderados por nivel de riesgo. Por lo tanto, el patrimonio técnico de los establecimientos de crédito, definido en los términos de este Decreto, no podrá ser inferior al nivel adecuado de patrimonio aquí señalado.

A partir del 1º de enero de 1996, el nivel mínimo de patrimonio será del diez por ciento (10%) del total de sus activos ponderados por nivel de riesgo, como relación de solvencia.”

**“Artículo 3º. Cumplimiento de la relación de solvencia.** El cumplimiento de la relación de solvencia vigente se realizará en forma individual por cada establecimiento de crédito. Igualmente la relación de solvencia deberá cumplirse y supervisarse en forma consolidada. Para estos efectos, los establecimientos de crédito se sujetarán a las normas que, conforme a sus facultades legales, expida la Superintendencia Bancaria en relación con la obligación de presentar estados financieros consolidados, en particular, las entidades con las cuales debe efectuarse la consolidación.”

Por su parte, el artículo 14 del citado decreto, dispuso:

**“Artículo 14. Sanciones:** Por los defectos en que incurran los establecimientos de crédito en el patrimonio técnico necesario para el cumplimiento de la relación de solvencia, **la Superintendencia Bancaria impondrá una multa a favor del Tesoro Nacional por el equivalente al 3.5% del defecto patrimonial presentado por cada mes del período de control, sin exceder del 1.5% del patrimonio requerido para su cumplimiento.** Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de las demás sanciones o medidas administrativas que puede imponer la Superintendencia Bancaria conforme a sus facultades legales.



***Parágrafo.*** *Cuando un mismo establecimiento de crédito incumpla la relación de solvencia individualmente y en forma consolidada, se aplicara la sanción que resulte mayor.”*

Pues bien, efectivamente, mediante sentencia C-1161 de 6 de septiembre de 2000, la Corte Constitucional declaró INEXEQUIBLE el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero con fundamento en la violación al principio de legalidad que ampara el régimen sancionatorio, pues, como lo dijo la Corte, las sanciones administrativas deben estar fundamentadas en la ley, de manera que, no puede transferírsele al Gobierno una facultad abierta en esta materia, como lo hacía el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Señaló que de manera abierta la norma le trasladaba al Ejecutivo la facultad de señalar las sanciones por la infracción de las disposiciones que dictara en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público, lo cual era contrario al principio de legalidad.

Lo anterior se desprende del punto 9 de las consideraciones consignadas en la mencionada sentencia, así:

***“Principios de legalidad y proporcionalidad, derecho sancionador e inconstitucionalidad del artículo 52 del EOSF.***

*9- Esta Corporación tiene bien establecido que si bien el derecho penal no es más que una de las especies del derecho sancionador, sin embargo los principios penales se aplican, mutatus mutandi, a los distintos ámbitos en donde opera el derecho sancionador. En efecto, en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal -como forma paradigmática de*

*control de la potestad punitiva- se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado<sup>6</sup>. Y es que la Constitución es clara en señalar que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (CP art. 29). Por consiguiente, el actor tiene razón en que la definición de un infracción debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado.*

*10- Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa<sup>7</sup>. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir "también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas"<sup>8</sup>*

*11- Las sanciones administrativas deben entonces estar fundamentadas en la ley, por lo cual, no puede transferírsele al Gobierno una facultad abierta en esta materia, como lo hace el artículo 52 del EOSF. En efecto, esa norma traslada al Ejecutivo la facultad de señalar las sanciones por la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Es cierto que la norma establece un límite, pues indica que las sanciones sólo pueden ser pecuniarias. Sin embargo, a pesar de ese límite, la facultad conferida al Gobierno es abierta, por lo cual, como bien lo destaca la Procuraduría, esa disposición desconoce el principio de legalidad en este campo. El artículo 52 del EOSF será entonces retirado del ordenamiento”.*



Como durante la vigencia de esta disposición, el Ejecutivo expidió el Decreto 673 de 1994 en cuyo artículo 14 estableció la sanción para los establecimientos de crédito por el defecto en que incurran en el patrimonio técnico necesario para el cumplimiento de la relación de solvencia, ante la sentencia de la Corte Constitucional C-1161 de 2000 esta norma quedó incurso en la causal de pérdida de fuerza ejecutoria del artículo 66-2 del Código Contencioso Administrativo, conocida por la jurisprudencia y la doctrina, como el decaimiento del acto administrativo, que ocurre *“Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho”*. En virtud de que la Corte no moduló los efectos de la sentencia, éstos rigen hacia el futuro, o sea a partir de **11 de octubre de 2000**, fecha en que quedó ejecutoriada<sup>17</sup>.

En consecuencia, como lo señaló la Sala en las sentencias que se reiteran, en el presente caso y en virtud de la declaratoria de inexecutable del artículo 52 del E.O.S.F., el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 perdió su soporte fáctico y jurídico y, por lo tanto, no puede producir efectos jurídicos, no es obligatorio, ni se puede cumplir.

Además de lo anterior, se evidencia que la declaratoria de inexecutable del artículo 52 del E.O.S.F. trajo consigo la derogatoria tácita del artículo 7º de la Ley 35 de 1993<sup>18</sup>, al momento de ser incorporado al citado artículo 52, pero,

---

<sup>17</sup> Artículo 45 de la Ley 270 de 1996.

<sup>18</sup> **“Artículo 7º. SANCIONES.** El Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, podrá señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera, aseguradora, del mercado de valores y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. En desarrollo de esta facultad sólo podrán establecerse sanciones pecuniarias, sin perjuicio de la adopción de las demás medidas administrativas que resulten procedentes de acuerdo con la ley.”



sólo en cuanto a la potestad del Gobierno Nacional para señalar las sanciones relativas a las actividades financiera y aseguradora y relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público<sup>19</sup>. Lo anterior, porque no se puede predicar igualdad en la literalidad de los artículos 7 de la Ley 35 de 1993 y 52 del Decreto 663 del mismo año, ya que la frase mercados de valores marca una diferencia entre las mismas.

Así pues, ante la declaratoria de inexecutable del artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y en consecuencia, la derogatoria tácita del artículo 7º de la Ley 35 de 1993, en los términos atrás indicados, normas en las que se fundó el Gobierno para expedir el Decreto 673 de 1994, se establece, que tal como lo afirmó el *a quo*, el artículo 14 de dicho decreto quedó incurso en la causal de pérdida de fuerza ejecutoria prevista en el artículo 66-2 del Código Contencioso Administrativo.

En consideración a lo anterior, se advierte que en el *sub exámine*, la conducta constitutiva de la infracción sancionable se cometió en el mes de **octubre del 2000** y la sanción se impuso el **12 de marzo de 2002**; fecha para la cual, el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, ya no estaba produciendo efecto legal alguno, se insiste, en virtud de la sentencia de la Corte Constitucional, razón por la cual, la norma que tipificaba la infracción,

---

<sup>19</sup> Al respecto, se puede observar la sentencia C-1121/08, en la que se expuso: “(...) *puede concluirse que operó una derogatoria tácita del artículo 7 de la Ley 35 de 1993, al momento de ser incorporado parcialmente en el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por la propia Ley 35 de 1993 (...) en cuanto a la potestad del Gobierno Nacional para señalar las sanciones relativas a las actividades financiera y aseguradora y relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. En relación con esta misma facultad, aplicable a las actividades del sector del mercado de valores, el artículo 7 de la Ley 35/93 sobrevivió en el ordenamiento jurídico.*”



establecía la sanción y otorgaba la competencia para sancionar ya no era aplicable, y por ende, la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) no podía ejercer su potestad sancionadora por la conducta tipificada en dicha disposición.

Ahora bien, la Superintendencia considera que de aceptarse el decaimiento del artículo 14 del Decreto 673 de 1994, la consecuencia es que reviven los numerales 1 y 3 del artículo 83 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que regulaban esta situación y consagraban la misma sanción pecuniaria impuesta a la demandante por lo tanto, los actos demandados tendrían un sustento jurídico válido.

Sobre el punto, la Sala en la sentencia de 21 de noviembre de 2003, que ahora se reitera, advirtió que los numerales 1 y 3 del citado artículo 83, fueron derogados expresamente por el artículo 17 del Decreto 673 de 1994, sin embargo, la sentencia de la Corte no tiene el alcance de revivirlos pues el pronunciamiento fue ajeno a ese tema dado que el artículo 52 del E.O.S.F. otorgaba facultades al Gobierno Nacional para señalar las sanciones correspondientes a la infracción de las disposiciones que dictara en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera, aseguradora y de manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Y además, esa disposición no fue la que derogó los numerales 1 y 3 del artículo 83 *ib.*, de manera que revivirlos vulneraría el artículo 14 de la Ley 153 de 1887<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Expediente No. 13506, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa.



En este orden de ideas, se concluye que contrario a lo dicho por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera de Colombia), en el *sub júdice* no resulta aplicable el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, con lo que, se le debe dar la razón a la parte actora, pues, la entidad demandada no podía ejercer su facultad sancionadora por una conducta tipificada en una disposición que no podía ser aplicada por ausencia de sustento legal; razón más que suficiente para confirmar 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:**

**CONFÍRMASE** la sentencia de 30 de octubre de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA  
Presidenta



CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ