



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015).

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
Recurso de apelación contra la sentencia de 1º de octubre de
2009, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.
Actora: BANCO DAVIVIENDA S.A.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada del Banco Davivienda S.A., contra la sentencia de 1º de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, que decidió declarar no probada la excepción propuesta por la parte demandada y deniega las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra los oficios 2003023997 -7 del 1º de agosto de 2003 y 2003023997-20 de 3 de octubre de 2003, expedidos por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera).

I.- ANTECEDENTES

I.1.- El Banco Davivienda S.A., actuando por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca², tendiente a que

¹ Folios 283 a 313 del cuaderno principal del expediente.

² Folios 1 a 18 del cuaderno principal del expediente.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

mediante sentencia, se decretara la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios números 2003023997 -7 del 1º de agosto de 2003 y 2003023997-20 de 3 de octubre de 2003, proferidos por el Director de la Superintendencia para la Intermediación Financiera “Tres C” de la Superintendencia Bancaria.

Solicitó que, en consecuencia, se ordene el restablecimiento al Banco Davivienda S.A., de todos los derechos y prerrogativas que le asisten para constituir las provisiones conforme a lo dispuesto en las normas pertinentes de carácter general que regulan la contabilidad de los establecimientos de crédito.

Igualmente solicitó que se permita al Banco Davivienda S.A., reversar las provisiones que por orden del Director de Superintendencia para Intermediación Financiera “Tres C” registró, en los estados financieros al corte del ejercicio con fecha 30 de junio de 2003.

I.2. En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

Indicó que en mayo de 2003, la Superintendencia Bancaria practicó una visita de inspección al Banco Davivienda S.A., en la cual la Comisión Visitadora de esa entidad consideró que las provisiones constituidas con corte a 30 de junio de 2003, por valor de \$35.075.966.879, presentaban un defecto en cuantía de \$29.916.690.692 respecto de las provisiones por ella calculadas. Esto por estimar que para calcular las provisiones se debían sumar las moras que los créditos reestructurados tenían en distintos períodos; además de requerirse una provisión adicional de \$819 millones para los créditos clasificados en categoría E.

Manifestó que el 21 de julio de 2003, el Banco Davivienda S.A. respondió a la Comisión Visitadora las observaciones por ella realizadas.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

Sostuvo que el Director de Superintendencia Financiera para Intermediación Financiera “Tres C” de la Superintendencia Bancaria desestimó las explicaciones del Banco, y mediante oficio No. 2003023997-1 del 1º de agosto de 2003, ordenó constituir provisiones por valor de \$29.917 millones con respecto a la cartera reestructurada; de \$819 millones para la cartera en categoría E; y de \$9.332 millones para los bienes recibidos en dación en pago no disponibles para su venta. Estos ajustes debían ser reconocidos al corte del ejercicio de fecha 30 de junio de 2003.

Contra la anterior decisión la parte actora interpuso recurso de reposición, el que fue resuelto mediante oficio No. 2003023997-20 de 3 de octubre de 2003, suscrito por el mismo funcionario. En dicho acto se reiteraron las provisiones solicitadas en el oficio recurrido, e indicó que se modificó el monto de las provisiones para la cartera reestructurada a la cuantía de \$27.103 millones, quedando agotada la vía gubernativa.

I.3. Las normas invocadas como violadas son las siguientes:

- Artículos 1, 6, 29, 121, 122, 123, y 189 numeral 24 de la C.P.
- Artículo 35 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A.
- Artículo 450 del Código de Comercio.
- Artículos 1.4.1.4., 1.2., 5.3.3., 5.3.4. y 6.2.2.2..1.2 de la Circular Básica Contable y Financiera No. 100 de 1995, emitida por la Superintendencia Bancaria.

I.4. El concepto de violación formulado por el actor contra los actos acusados se sintetiza en los siguientes cargos:

- (i) ***Falta de competencia del funcionario que ordenó la constituciones de provisiones al Banco Davivienda S.A.***

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

Consideró que el Director de la Superintendencia para la Intermediación Financiera “Tres C” de la Superintendencia Bancaria carecía de competencia para impartir la mencionada orden, por cuanto si bien el literal i) del numeral 2º del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sector Financiero - E.O.S.F., adicionado por el artículo 78 de la Ley 795 de 2003, autoriza a la Superintendencia Bancaria para ordenar a las instituciones vigiladas, cuando lo considere necesario y prudente, la constitución de provisiones o reservas para cubrir posibles pérdidas en el valor de sus activos; la realidad es que el artículo 328 del E.O.S.F., sustituido por el artículo 4º del Decreto 2359 de 1993, al asignar las funciones en el interior de la Entidad demandada, no atribuyó a los directores de superintendencia la facultad de ordenar la constitución de provisiones.

Agregó que esta función, en los términos del numeral 1º del artículo 327 *ibídem*, modificado por el artículo 85 de la Ley 795 de 2003, tampoco había sido asignada para la fecha en que la orden cuestionada se impartió.

Expresó que, del mismo modo, el numeral 4º del artículo 327 del E.O.S.F., modificado por el numeral 1.4. del artículo 1º del Decreto 1577 de 2002, establece las funciones atribuidas a las direcciones de superintendencia bajo la coordinación de los superintendentes delegados, pero ninguna de ellas alude a la función consistente en ordenar a las entidades vigiladas la constitución de provisiones.

(ii) Violación del principio de legalidad y error de derecho en la motivación del acto.

Manifestó que la orden contenida en los oficios impugnados, referente a la constitución de provisiones por valor de \$27.103 millones sobre la cartera reestructurada al corte del ejercicio de 30 de junio de 2003, se fundó en lo

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

previsto en los numerales 1.4.1.4., 1.2., y 5.3.3. del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera No. 100 de 1995, expedida por la Superintendencia Bancaria.

Sin embargo, comentó que para calcular dicha provisión, la entidad demandada no sólo consideró los créditos que a 30 de abril de 2003 hubieren tenido más de una reestructuración, sino que también sumó las moras en que había incurrido los deudores antes de la aplicación de cada reestructuración, incluyendo también la del mes de abril.

Precisó que por crédito reestructurado se entiende cualquier mecanismo instrumentado, mediante la celebración de algún negocio jurídico, que tenga por objeto modificar las condiciones originalmente pactadas, con el fin de permitirle al deudor la atención adecuada de su obligación.

Explicó que puede ocurrir que después de un tiempo de estar el deudor pagando al día el crédito ya reestructurado, incurra nuevamente en mora, circunstancia por la que el banco desmejoraría la calificación del cliente y la categoría del crédito, para lo cual debe constituirse la respectiva provisión. Es así como la nueva mora es independiente de la anterior, esto es, distinta de la mora que había tenido el crédito antes de la primera reestructuración. No obstante, en el presente asunto, la Superintendencia Bancaria consideró que si bien la mora inicial no se sumaba para efectos de desmejorar la calificación, sí debía tenerse en cuenta para calcular la provisión. El Banco Davivienda acotó que estas situaciones no están previstas en las normas que regulan la materia y, por ende, no podían ser ordenadas.

Puntualizó que las normas en las que se soporta la orden de provisión, contenidas en el Capítulo II de la Circular Externa 100 de 1995, emitida por la Superintendencia Bancaria establecen que, para la evaluación del riesgo, debe considerarse el número de veces que el crédito fue reestructurado y la naturaleza de las reestructuraciones, bajo el entendido de que, entre más

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

operaciones reestructuradas se hayan otorgado, mayor será el riesgo de no pago.

Advirtió que en ninguna de las disposiciones referidas por la Entidad demandada en los actos acusados, ni en alguna otra norma se dispone que para constituir las provisiones de tales créditos se deba sumar la nueva mora con la que el crédito pudo haber tenido en algún período anterior, con lo cual se desconoce que entre las dos reestructuraciones medió un acuerdo entre el cliente y el banco que permitió poner el crédito al día, y que bajo estas nuevas condiciones el deudor estuvo atendiendo debidamente la obligación.

Explicó que si la Superintendencia pretende que se sumen todas las moras generadas en diferentes períodos tendría que decirlo expresamente, pues tal pretensión o procedimiento contradice la realidad jurídica del crédito.

Por ende, la constitución de las provisiones ordenadas en los oficios impugnados carece de fundamento legal y la actuación de la entidad demandada vulnera el principio de legalidad, y con ello, el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política – C.P. Agregó que ello también desconoce lo dispuesto en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo – C.C.A.

(III) *Violación del derecho al debido proceso, derivada de la indebida aplicación de disposiciones contables.*

La parte actora aludió a lo señalado por la Superintendencia en el sentido de que el numeral 6.2.2.2.1.2 de la Circular Externa No. 100 de 1995, modificado por la Circular Externa No. 011 de 2002, establece que, si durante dos años consecutivos el crédito permaneció en la categoría “E”, el porcentaje de provisión se elevará al 60%, pero si transcurre un año adicional en esas condiciones, dicho porcentaje será del 100%, a menos que la entidad

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

demuestre, de forma suficiente, la existencia de factores objetivos que evidencien la recuperación del crédito y las gestiones realizadas para el cobro del mismo.

Expresó que, no obstante, la Superintendencia Bancaria ordenó al Banco Davivienda S.A., elevar a 60% y 100% el porcentaje de provisión sobre 5.640 obligaciones en cuantía de \$819 millones, sin considerar que buena parte de ellas no permaneció en categoría "E" durante dos o tres años, y al efecto invoca un ejemplo relacionado con 540 créditos que estaban en categoría diferente como A, B, C o D, a los que no se les podía exigir el ajuste de la provisión en dichos porcentajes.

Acotó que si bien es cierto, que la Superintendencia Bancaria posee múltiples atribuciones para el ejercicio de la función de supervisión, ello no significa que tenga la facultad de aplicar las consecuencias jurídicas de una disposición normativa con independencia de si se dan o no los supuestos fácticos que esta prevé para su materialización, por lo que se demuestra una indebida aplicación del numeral 6.2.2.2.1.2 de la Circular Externa No. 100 de 1995.

Añadió que la Entidad demandada desconoció lo previsto en el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución Política – C.P.

I.5.- La Superintendencia Bancaria, por medio de apoderada, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, con base en los argumentos que a continuación se resumen:

Interpuso la excepción genérica, conforme a la cual, se debe declarar oficiosamente cualquier medio exceptivo que aparezca probado en el proceso.

Sobre el cargo de falta de competencia, indicó que conforme a las facultades establecidas en el E.O.S.F., concretamente en el literal a) del numeral 4.2. y el literal a) del numeral 4.3., ambos del artículo 327, el Director de

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

Superintendencia para intermediación financiera “Tres C” de la Superintendencia Bancaria, sí tiene facultad para ordenar a las entidades sometidas a inspección, control y vigilancia, la constitución de provisiones con el objeto de garantizar el cubrimiento del riesgo de no pago de las obligaciones. Al efecto, transcribe lo que cada una de estas disposiciones establece, y explica que dentro de las funciones de análisis financiero se encuentra la de efectuar un seguimiento permanente a los resultados de las evaluaciones de cartera de créditos con el propósito de ordenar las medidas individuales que resulten procedentes y necesarias para evaluar el riesgo que representa el comportamiento de cada cartera para la estructura financiera y la solvencia del establecimiento bancario.

Advirtió que dentro de estas medidas, está la de ordenar la constitución de provisiones, pues ellas son garantía para el cubrimiento de contingencias o pérdidas probables en una entidad financiera.

Sostuvo que la función de control contable atribuida a los directores de superintendencia lleva implícita la potestad de ordenar los correctivos necesarios para subsanar cualquier anomalía que presente la entidad y de la cual pueda evidenciarse que no se está reflejando, en real forma, la situación financiera y económica de la entidad vigilada.

En cuanto al segundo cargo relativo a la violación del principio de legalidad y al error de derecho en la motivación del acto, expresa que la demandante hizo una presentación descontextualizada de las razones fácticas que determinaron la orden de provisión de los créditos reestructurados.

Explicó que en la visita de inspección adelantada por la Superintendencia, pudo evidenciarse un número importante de créditos reestructurados, varios con más de una reestructuración, y otros tantos que, además de estar reestructurados a 30 de abril de 2003, registraban mora superior o igual a 180 días, los cuales

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

estaban calificados y provisionados sin tener en cuenta estas características, con lo cual se generaba una alta probabilidad de riesgo, debido a un nuevo incumplimiento del titular del crédito.

Indicó que asimismo se encontraron las siguientes inconsistencias:

- Para la aprobación de cada reestructuración, el Banco estableció que la evaluación de la capacidad de pago del deudor debía hacerse teniendo en cuenta únicamente los ingresos brutos, sin considerarse los egresos del solicitante, lo que muestra un deficiente análisis de la capacidad de pago.

- En el archivo inicial se registraron 657 créditos con dos reestructuraciones, respecto de los cuales la parte actora había informado que contaba sólo con una reestructuración.

- El análisis de la cartera reestructurada arrojó como resultado que, en los créditos en que figuraban varias personas firmando la obligación para la financiación de un mismo inmueble, el Banco tomó como créditos independientes las reestructuraciones posteriores suscritas por el segundo o tercer deudor.

- Algunas obligaciones reestructuradas, derivadas de los fondos Davibono, Daviplan y Daviplus, no fueron en su totalidad identificadas como créditos reestructurados, y en otros casos, con la sola reestructuración, el Banco clasificaba los créditos en categoría "A".

- Analizadas las provisiones de cartera registradas en el balance transmitido al 30 de junio de 2003, el Banco informó una provisión equivalente al 60% del saldo de todos los créditos que presentaban más de una reestructuración y mora al 30 de abril mayor o igual a 180 días.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

- Con el pago oportuno de dos cuotas de un crédito reestructurado, el Banco, de manera automática, procedía a modificar la calificación del riesgo mejorándola, lo que contraviene el adecuado manejo de la gradualidad de la recalificación.
- De una muestra de créditos reestructurados con la condonación de mora "Daviplus", el Banco modificó por esa sola consideración, la calificación de riesgo de categoría "D" o "E" a "A", reversando las provisiones y registrándolas como una recuperación.

Afirmó que por lo anterior, la Superintendencia emitió la orden de constitución de provisión de créditos reestructurados, con base en: (i) lo dispuesto en los numerales 1.4.1.4, 1.2, 5.3.3 y 5.3.4 de la Circular Básica Contable y Financiera No. 100 de 1995; (ii) la inobservancia del principio contable de prudencia y el reconocimiento de ingresos, gastos y provisiones contemplados en los artículos 17 y 52 del Decreto No. 2649 de 1993; y (iii) las inconsistencias sobre la metodología y procedimiento para efectuar las provisiones sobre la cartera reestructurada, así como la reclasificación inadecuada de dichos créditos, en contraste con la reglamentación establecida para la administración del riesgo crediticio.

Explicó que, contrario a lo planteado en la demanda sobre la sumatoria de las moras de los créditos, la reestructuración no extingue, anula o morigera los incumplimientos presentados antes de la misma, así como tampoco dá al crédito reestructurado la connotación de un nuevo crédito que pueda ser reclasificado por el Banco en categoría "A", y como consecuencia de ello, disminuir el porcentaje de sus respectivas provisiones; por consiguiente, dicho porcentaje no puede ser aminorado cuando el comportamiento histórico de incumplimiento lo hizo objeto de una o varias reestructuraciones.

Expuso que en tales condiciones, el porcentaje de provisiones ordenado respecto de los créditos reestructurados, no obedece a la sumatoria de las

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

moras, sino a lo señalado en el numeral 1.4.1.4 del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera No. 100 de 1995, según la cual, entre más operaciones reestructuradas se hubieren otorgado a un mismo deudor, mayor será el riesgo de no pago de la obligación y, por ende, mayor deberá ser la provisión.

Aseveró que la provisión ordenada, derivada de la clasificación de los créditos, propugna por asegurar la confianza pública en el sistema financiero.

1.5.4. En lo que respecta a la violación del derecho al debido proceso, derivada de la indebida aplicación de disposiciones contables, aducida por la actora, consideró, que de acuerdo con el contenido del numeral 6.2.2.2.1.2 del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera No. 100 de 1995, el Banco Davivienda S.A., debía efectuar la graduación de las categorías de créditos de acuerdo con su comportamiento histórico, de tal suerte que la modificación en su clasificación no debía ser abrupta sino consecuente con el comportamiento mismo del crédito. Para ello, entonces, debía tenerse en cuenta la regularidad de la atención del crédito por parte del deudor, así como su solvencia, antecedentes comerciales con el resto del sistema y las garantías otorgadas.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El *a quo* declaró como no probada la excepción propuesta por la demandada y denegó las pretensiones de la demanda, por considerar, en esencia, lo siguiente:

Sobre la excepción genérica propuesta por la Entidad demandada, indicó que no se encuentra probada ninguna excepción que pueda y deba ser declarada de oficio.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

En cuanto al cargo de falta de competencia alude al artículo 335 de la Constitución Política – C.P., para señalar que la actividad financiera es de interés público lo que significa que la misma debe ser autorizada y vigilada por el Estado.

Luego se refiere a los artículos 325, literales a), c) y e) y 326 del E.O.S.F., y manifiesta que se ajustan a derecho las actuaciones de la Superintendencia Bancaria dirigidas a asegurar la confianza legítima depositada por todos los integrantes y usuarios del sistema financiero.

Aludió a la estructura de la Superintendencia Bancaria, y a las funciones de las direcciones de superintendencia, bajo la coordinación de los superintendentes delegados, señaladas en el artículo 327 del E.O.S.F., particularmente a las previstas en el numeral 4.2. y concluye que el cargo de falta de competencia debe desestimarse al encontrarse esta soportada en las normas referenciadas.

Agrupó los cargos segundo y tercero, sobre la violación al principio de legalidad y error de derecho en la motivación del acto; y violación del debido proceso derivada de la indebida aplicación de disposiciones contables.

Sobre la aplicación de los numerales 1.4.1.4, 1.2, 5.3.3., 5.3.4., y 6.2.2.2.1.2. del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, comienza por advertir que la Comisión de Visita inspeccionó las instalaciones del Banco Davivienda S.A. y evidenció la existencia de irregularidades en los trámites y procesos crediticios que adelantaba dicha entidad bancaria referentes a las reestructuraciones y las aprobaciones de los productos de crédito, así como también en la clasificación de las categorías de los créditos, todo lo cual está asociado al manejo del riesgo crediticio.

Manifestó que la Superintendencia Bancaria, en cumplimiento de las atribuciones previstas en los literales a) y b) del numeral 3º del artículo 326 del

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

E.O.S.F., tiene la facultad de expedir normas técnicas encaminadas a disminuir los riesgos propios de la actividad financiera, para lo cual, puede instruir a las instituciones vigiladas sobre la manera de cumplir las disposiciones que regulan su actividad, así como también fijar los criterios técnicos y jurídicos que faciliten tal cumplimiento y señalar los procedimientos para ese fin.

En ejercicio de dicha facultad, la Superintendencia impartió precisas instrucciones sobre la obligación de evaluar permanentemente el riesgo crediticio en toda su cartera, según lo dispuesto en el numeral 1.4.1.4 del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera No. 100 de 1995 de la Superintendencia Bancaria, y de acuerdo con los numerales antes referenciados de dicho capítulo, referente a la fijación de reglas especiales y criterios para la calificación de créditos reestructurados, los cuales transcribe.

Indicó que bajo ese contexto, la entidad bancaria no desvirtuó la existencia de las irregularidades encontradas en la visita, sino que pretende que la orden de provisión dispuesta en los actos administrativos acusados no obedezca a esa cuantía.

Continúa refiriéndose a cada una de las irregularidades advertidas por la Superintendencia para señalar que ello implica un incumplimiento de las normas citadas y que regulan la materia en cuestión.

Sobre el tema de la suma de las moras, estimó que tal actuación es válida para la constitución de las provisiones, por cuanto la reestructuración del comportamiento de la cartera crediticia, no implica que se borre totalmente la historia o los antecedentes del respectivo crédito, más aún si el mismo presenta una nueva mora.

Aludió a lo previsto en el artículo 52 del Decreto No. 2649 de 1993 y precisó que la finalidad de las órdenes contenidas en los actos acusados no es otra

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

que la de asegurar el interés público en la actividad bancaria y la confianza pública en el sistema financiero.

Señaló que tampoco se encuentra acreditada la transgresión del debido proceso, dado que dentro de la actuación administrativa se otorgaron todas las oportunidades para que la parte actora ejerciera su defensa respecto de los cargos y explicaciones solicitadas con ocasión de la visita de inspección practicada en las instalaciones del banco.

Asimismo, expresó que la orden de constituir provisiones en las cuantías establecidas obedece a un exhaustivo análisis efectuado por la Entidad de vigilancia y control sobre los movimientos y estados financieros del banco, de donde se determinó que no cumplía con las normas que regulan la actividad bancaria y financiera; por tanto, estaba poniendo en riesgo los intereses de terceros que confían en el correcto y legal manejo de la entidad bancaria.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La Sociedad DAVIVIENDA S.A., mediante apoderada, apeló la decisión de primera instancia en los términos que se sintetizan así:

Sobre el cargo de falta de competencia del Director de Superintendencia para intermediación Financiera “Tres C”, para ordenar la constitución de provisiones, manifestó que los oficios demandados prueban que la orden de constituir las provisiones la impartió el mencionado funcionario, invocando el literal i) del numeral 2º del artículo 326 del E.O.S.F., adicionado por el artículo 78 de la Ley 795 de 2003, el cual transcribe.

Sin embargo, señaló que de la simple revisión del artículo 328 del E.O.S.F., sustituido por el artículo 4º del Decreto 2359 de 1993, vigente para la fecha en que se imparte la orden, permite verificar que, dentro de la asignación interna de funciones, no se atribuye a los Directores de Superintendencia dicha

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

facultad. Agregó que, para esa fecha, tampoco el Gobierno Nacional había asignado esa función al mencionado Director, en los precisos términos del artículo 327 *ibídem*, y alude a su numeral 4º, modificado por el artículo 1º, numeral 1.4 del Decreto 1588 de 2002.

Acotó que el cargo en la demanda, se formula ante la ausencia de norma legal o reglamentaria que, para la época de los hechos, atribuya a los Directores de Superintendencia, la facultad de ordenar a las entidades vigiladas la constitución de provisiones.

Precedió a cuestionar el argumento del Tribunal para señalar que éste se limita a transcribir los artículos 325 numeral 1º, letras a), c) y d), que consagran los objetivos generales de la Superintendencia, y 326, numerales 2, letra i) y 3º, letras a) y b), y 4, letras a) y b), que establecen funciones generales de la Superintendencia sin explicar por qué, a partir de esas normas, concluye que el Director de Superintendencia para Intermediación Financiera “Tres C” tenía la facultad para ordenar la constitución de provisiones.

Resaltó ciertos aspectos relacionados con las normas que el Tribunal transcribe, y el primero de ellos consiste en que es el Decreto 1577 de 2002 el que crea, dentro de la Superintendencia, la figura de los Directores de Superintendencia, y el que le asigna funciones. Al respecto, se refirió a lo dispuesto en el artículo 1º de dicho Decreto, que modificó el numeral 1º del artículo 327 del E.O.S.F., para contemplar como parte de los despachos de los superintendentes delegados de las áreas de supervisión las “direcciones de superintendencia”.

Añadió que ese mismo artículo 1º del Decreto 1577 de 2002, modificó el numeral 4º del artículo 327 del E.O.S.F., en el sentido de sustituir la expresión “directores técnicos” por “directores de superintendencia”, de manera que, a

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

partir de su vigencia, las funciones consagradas en dicho numeral 4º se atribuyeron a los Directores de Superintendencia.

Como segundo aspecto, resalta que la función consistente en “ordenar la constitución de provisiones” no tenía una consagración legal y es a partir de la expedición de la Ley 795 del 14 de enero de 2003 que la misma se establece en su artículo 78.

El tercer aspecto, se concreta en que ninguno de los artículos de la Ley 795 de 2003 atribuye tal función a los Directores de Superintendencia y tampoco modifica las funciones a ellos atribuidas en el artículo 327 del E.O.S.F.

Anotó que el cargo así formulado no se desvirtúa con la transcripción de tres de los objetivos que debe cumplir la Superintendencia y de algunas de sus funciones de carácter general. Reitera que ninguna ley de las expedidas hasta el 1º de agosto de 2003, asignó a los directores de superintendencia la facultad de ordenar la constitución de provisiones.

Advirtió que a la luz del principio de legalidad, no es válido concluir, como lo hace el Tribunal, que la competencia de los mencionados funcionarios en esa materia, se deriva de la función consagrada en la letra a) del numeral 4.2. del artículo 327 del E.O.S.F., en cuanto los faculta para “adoptar medidas generales o individuales que resulten procedentes” en relación con los resultados de las evaluaciones de cartera de crédito.

Concluyó que el Tribunal no consideró los argumentos legales formulados en la demanda en relación con la falta de competencia del funcionario que expidió los actos acusados.

En cuanto a los cargos segundo y tercero, relativo a la violación del principio de legalidad y error de derecho en la motivación del acto, y violación del debido

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

proceso, derivada de la indebida aplicación de disposiciones contables, aludió nuevamente a lo expuesto en la demanda al respecto, y acotó que sobre este particular se alega la ilegalidad del procedimiento establecido por la Superintendencia para estimar el valor de la provisión cuya constitución se ordenó sobre 373 créditos reestructurados, desconociendo los artículos 29 de la C.P., 35 del C.C.A., y 450 del C. de Co., al igual que los numerales 1.2, 1.4.1.4, 5.3.3 y 5.3.4 del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera de la Superintendencia Financiera.

En cuanto al tercer cargo de la demanda, reiteró que la Superintendencia ordenó al Banco Davivienda S.A., elevar a 60% y 100% el porcentaje de provisión sobre la parte garantizada de 5.640 obligaciones en cuantía de \$819 millones, sin considerar que buena parte de esas obligaciones no ha permanecido en categoría "E" durante dos o tres años consecutivos. Señaló que esta orden se fundamentó en el artículo 6.2.2.2.1.2 de la Circular Externa 011 del 2002.

Sostuvo que dentro de las 5.640 obligaciones mencionadas por la Superintendencia se incluyen 540 que, desde la fecha definida por esa Entidad como iniciación en la calificación "E" hasta abril 30 de 2003, han sido calificadas en riesgo diferente (A, B, C, o D), y por tanto, no se les debe ajustar la provisión en los porcentajes por aquellos indicados. Advirtió que ello se verificó en la prueba pericial practicada en el proceso.

En este orden, recalcó que la Superintendencia desconoció, respecto de esos 540 créditos, lo dispuesto en los artículos 29 y 189 numeral 24 de la C.P., pues sin fundamento legal exigió al Banco elevar el porcentaje de provisión sobre la parte garantizada de esos créditos, pese a que no han permanecido en categoría "E" durante el tiempo establecido en las normas contables que ha expedido la Superintendencia Bancaria. Con ello la Entidad demandada aplicó de manera indebida también el numeral 6.2.2.2.1.2 de la Circular Externa 100

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

de 1995, al exigir su cumplimiento cuando los supuestos de hecho que allí se prevén, respecto de los 540 créditos en mención, no han tenido ocurrencia.

Cuestionó los argumentos del Tribunal para desestimar los cargos consistentes en que la Superintendencia actuó en cumplimiento de las disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio y la vigilancia sobre la actividad de las entidades bancarias en búsqueda del interés y la confianza pública en el sistema financiero. Al respecto, esgrimió, en resumen, lo siguiente:

- Se refirió a que la comisión de visita que inspeccionó el Banco evidenció la existencia de irregularidades en los trámites y procesos crediticios; y al respecto, cuestionó la relación que tiene esa afirmación con los fundamentos fácticos y jurídicos de los cargos dos y tres. Agrega que dichas irregularidades no son objeto de este debate procesal.

- Resaltó que el Tribunal alude a que la Superintendencia, en ejercicio de sus facultades, expidió la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, lo cual no fue objeto de discusión en el proceso ni tampoco consagra el particular procedimiento que utilizó la Superintendencia para calcular el valor de las provisiones de 373 créditos. Igualmente no contempla la posibilidad de aumentar el porcentaje de la provisión en 60% y 100%, tratándose de créditos que no han permanecido dos o tres años en categoría "E".

- Argumentó que la entidad demandante no desvirtuó la existencia de las irregularidades encontradas por la Superintendencia, sino que pretende que la orden de provisión no obedezca a la cuantía, debido al desconocimiento por parte de aquella de las normas invocadas como violadas.

En este punto, reiteró que no era el escenario de ésta litis el pertinente para desvirtuar o aceptar la supuesta existencia de irregularidades, puesto que los

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

actos acusados no implican una sanción; y advierte que el Tribunal no efectuó el análisis relacionado con el desconocimiento del principio de legalidad.

- Expresó que el planteamiento del Tribunal sobre el mecanismo utilizado por la Superintendencia para calcular el valor de la provisión, en el sentido que aquel encuentra válida la suma de las moras presentadas en los créditos reestructurados, en la medida en que la reestructuración de estos, no implica que se borre la historia de los antecedentes del respectivo crédito.

Sobre esta conclusión del *a quo*, manifestó que la misma se deriva de su propio juicio, y no de lo reclamado en la demanda, sobre la existencia de una disposición legal que consagre ese particular procedimiento.

- Refirió que el Tribunal invoca la aplicación del artículo 52 del Decreto 2649 de 1993 sobre la contabilización de provisiones, cuando en la demanda ello no se puso en tela de juicio, menos aún bajo el equivocado supuesto de que sobre la cartera de crédito no puedan constituirse provisiones. Al efecto, recalcó que lo discutido en el proceso es la legalidad del procedimiento que el Banco utilizó para calcular el valor de las mismas sobre 373 créditos reestructurados, y la indebida aplicación del numeral 6.2.2.2.1.2 de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995.

- Señaló que el Tribunal indicó que no encuentra acreditada la transgresión al debido proceso por parte de la demandada, pues en la actuación administrativa contó con todas las oportunidades para ejercer el derecho de defensa.

Sobre este planteamiento, advirtió que la violación al debido proceso se alegó no porque se hubiere impedido ejercer a la sociedad demandante el derecho de defensa, sino porque se infringe el principio de legalidad.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

- Indicó a que el Tribunal adujo que la orden de constituir provisiones en las cuantías establecidas en los actos acusados obedeció a un exhaustivo análisis de la Entidad de vigilancia y control sobre los movimientos y estados financieros del banco, en el que se determinó que éste no cumplía las normas que regulan su actividad.

Al respecto, manifestó que el hecho de que la Superintendencia hubiere realizado estudios, de ninguna manera la legitima para aplicar un procedimiento que carece de sustento legal o para aplicar indebidamente una norma contable.

Acotó que el Tribunal no efectuó ningún comentario sobre el tercer cargo de la demanda, por lo que se remite a lo expuesto allí expuesto sobre el mismo y a lo que al respecto se pruebe con el dictamen pericial, del cual expone sus apartes pertinentes.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Según la potestad que tiene el *ad quem* para resolver la alzada, de conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso – C.G.P.³, la Sala se limitará a conocer de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae el recurso de apelación, pues los mismos, en el caso del apelante único, definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

³ Equivalente al 357 del C. de P. C.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

2.- El recurrente cuestiona la sentencia de primera instancia con fundamento, en esencia, en los siguientes:

(i) Sostiene que el cargo de falta de competencia no fue debidamente evaluado, por cuanto el *a quo* se limitó a invocar normas referentes a objetivos generales de la Superintendencia Bancaria, como fundamento de la facultad de los directores de superintendencia para ordenar la constitución de provisiones, cuando para la época de expedición de los actos acusados no había disposición legal alguna que habilitara a dichos funcionarios para el efecto.

(ii) Indica que el *a quo* tampoco asumió debidamente el estudio de los cargos segundo y tercero de la demanda, por cuanto validó el procedimiento utilizado por la Entidad demandada para la constitución de provisiones en la cuantía señalada en los actos acusados, con sustento en las irregularidades encontradas en la visita al Banco Davivienda S.A., y en la defensa de la confianza pública, pero sin detallar la debida aplicación de las normas de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995 a la situación de hecho encontrada. Al respecto, sugiere revisar la prueba pericial practicada en el proceso.

3. La Sala procederá a evaluar el estudio de la alzada, comenzado necesariamente por establecer si el Director de Superintendencia para Intermediación Financiera “Tres C” era competente para ordenar la constitución de provisiones al Banco Davivienda S.A., para luego, y en caso tal que ello resulte afirmativo, verificar la legalidad de las mismas en los términos cuestionados por la recurrente.

Pues bien, el oficio 2003023997-7 del 1º de agosto de 2003⁴, sustenta la facultad legal para impartir la cuestionada orden, en el artículo 326 numeral 2º

⁴ Folios 28 a 38 del expediente.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

literal l) del E.O.S.F., adoptado por el artículo 78 de la Ley 795 de 2003. El texto de la adición implementada por esta norma dispone:

“Artículo 78. Adiciónase los literales k) y l) del numeral 2 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual quedará así:

“k) Dictar las normas generales a las cuales deberán sujetarse las entidades vigiladas para la publicación de sus estados financieros;

l) Ordenar a las instituciones vigiladas, cuando lo considere necesario o prudente, la constitución de provisiones o de reservas para cubrir posibles pérdidas en el valor de sus activos. Contra dichas órdenes sólo procederá el recurso de reposición, que no suspenderá el cumplimiento inmediato de las mismas.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Ahora, el artículo 326 del E.O.S.F., adicionado por la norma transcrita, alude a las “*funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria*”; y, el numeral 2º, por su parte, se refiere a sus “*funciones respecto de la actividad de las entidades*”, luego no cabe duda de que la atribución competencial para ordenar la constitución de provisiones, que cuestiona la actora, se hallaba radicada en cabeza de la Entidad demandada para la época de expedición del oficio acusado, pues éste es de 1º de agosto de 2013, y la Ley 795 que adicionó la mencionada facultad es de 14 de enero de 2003.

En cuanto a la potestad de las direcciones de superintendencia para ordenar la instrucción en comento, es de anotar que aquellas fueron creadas por el Decreto 1577 de 2002⁵, como dependencias pertenecientes a las superintendencias delegadas, y el numeral 4º del artículo 327 del E.O.S.F.

⁵ Artículo 1º. Modifícase el artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 1º del Decreto 2489 de 1999, de la siguiente forma: 1.1 El numeral 1 del artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 1º del Decreto 2489 de 1999, quedará así: “1. Estructura funcional. La Superintendencia Bancaria tendrá la siguiente estructura: a) Despacho del Superintendente Bancario (...) b) Despachos de los Superintendentes Delegados de las Áreas de Supervisión Direcciones de Superintendencia...” (Subrayado fuera de texto).

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

contemplaba, dentro de las funciones concernientes al análisis financiero correspondiente a los directores técnicos, en su literal a), la relativa a “*efectuar un seguimiento permanente a los resultados de las evaluaciones de cartera de créditos, de inversión y de otros activos que realicen las entidades bajo su control con el propósito de adoptar las medidas generales o individuales que resulten procedentes*”; y, esta función por su parte, se realizaba bajo la supervisión de los superintendentes delegados⁶.

De este modo, para la Sala es claro que el funcionario que ordenó la instrucción cuestionada contaba con la competencia legal requerida para el efecto, pues por un lado, la Entidad a la que pertenecía tenía precisas facultades para el efecto, según la adición efectuada por la Ley 795 de 2002 al artículo 326 del E.O.S.F., y por el otro, correspondía a las direcciones de superintendencia pronunciarse específicamente sobre los resultados de evaluaciones de carteras de crédito a fin de ordenar la adopción de las medidas procedentes, para sanear las deficiencias encontradas en su manejo.

Así las cosas, es claro que el *a quo* fue acertado al descartar el cargo sobre falta de competencia para emitir la orden de provisión cuestionada, aun cuando, se aclara, la improcedencia de aquel ha de ser complementada por la Sala frente a lo señalado por la primera instancia, en el sentido que la atribución de una facultad precisa para el efecto se hallaba radicada en la Superintendencia Bancaria con ocasión de la Ley 795 de 2003, para la época de su emisión, al contrario de lo expuesto por la recurrente.

4. Corresponde ahora a la Sala evaluar si el procedimiento empleado por la Superintendencia Bancaria para ordenar las provisiones cuestionadas y su cuantía, se ajusta a la legalidad; frente a lo cual, sea lo primero señalar que de acuerdo con la actora el *a quo* no abordó el estudio de los cargos a ese

⁶ El texto en comento era el vigente para la época de emisión de los actos acusados, pues luego, el numeral 4º del artículo 327 del E.O.S.F., fue derogado por la Ley 964 de 2005.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

respecto adecuadamente, pues se limitó a validar la actuación administrativa en las irregularidades encontradas en la visita de control y en el cumplimiento del propósito de preservar la confianza pública, sin reparar en la correcta aplicación de las normas legales que regulan la materia.

Así, el primer cuestionamiento se refiere a que la Superintendencia sumó las moras presentadas en créditos que ya habían sido objeto de reestructuración y de una nueva mora, lo que, en su entender, no concuerda con lo señalado en los numerales 1.4.1.4, 1.2 y 5.3.3 del Capítulo II de la Circular Básica Contable y Financiera No. 100 de la Superintendencia Bancaria, pues allí ni en ninguna otra disposición, se establece que para constituir las provisiones de tales créditos se deba sumar la nueva mora con aquella que el crédito pudo haber tenido en algún período anterior.

A fin de dilucidar el planteamiento de la actora, es preciso remitirse a lo señalado por las normas en que se fundó la Entidad demandada para ordenar las provisiones cuestionadas; en tal sentido el artículo 1.4.1.4 de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de la Superintendencia Bancaria dispone:

1.4.1.4. El número de veces que el crédito ha sido reestructurado y la naturaleza de la(s) respectiva reestructuración (es). Se entiende que entre más operaciones reestructuradas se hayan otorgado a un mismo deudor, mayor será el riesgo de no pago de la obligación" (Subrayado fuera de texto).

Pues bien, lo que se observa de esta disposición legal es una clara directriz para que las provisiones concernientes al riesgo sean más rigurosas cuando los créditos han sido objeto de varias reestructuraciones; y ello, se estima más que razonable, pues no es lo mismo tomar medidas de provisión sobre un crédito que ha sufrido un solo evento de mora, que frente a otro, respecto del cual el deudor ha incumplido varias veces. Esta disposición concuerda con lo dispuesto en los numerales 1.2 y 5.3.3 de la mencionada Circular Básica

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

Contable y Financiera, invocados por la Superintendencia, normas que son del siguiente tenor:

“1.2. Las entidades vigiladas deben evaluar permanentemente el riesgo crediticio de estos activos y la capacidad de pago del respectivo deudor. Esto aplica tanto en el momento de otorgar créditos, como a lo largo de la vida de los mismos y cuando se produzcan reestructuraciones de los respectivos contratos.”

(...)

5.3.3. Utilizando los criterios y principios mencionados en el numeral 1 de este capítulo, antes de reestructurar un crédito debe establecerse razonablemente que el mismo será recuperado bajo las nuevas condiciones” (Subrayado fuera de texto).

Nótese, entonces, que de acuerdo con la instrucción de la Superintendencia contemplada en la Circular 100 de 1995, las entidades vigiladas deben considerar la historia del respectivo crédito en su conjunto, a fin de tomar las medidas asociadas al riesgo, en lugar de hacer caso omiso de las moras que en el pasado hubiere tenido un crédito reestructurado, so pretexto de aminorar la respectiva provisión.

Así las cosas, no se observa que la Entidad demandada hubiere aplicado equívocamente las normas legales que regulan la gestión del riesgo crediticio, al tener en cuenta las moras anteriores de un crédito reestructurado, junto con la presentada nuevamente en ese mismo crédito, a fin de calcular la respectiva provisión. Ello en razón a que las disposiciones aplicables referenciadas ordenan evaluar el crédito en su integralidad para adoptar dichas medidas.

En este orden de ideas, es claro que si bien el *a quo* abordó dispersamente el cargo al enfocarse en aspectos de contenido general para resolverlo, como son los propósitos de confianza pública y el cumplimiento de las normas que regulan la actividad de la Superintendencia Bancaria, su decisión de denegarlo fue acertada, aunque en virtud de los motivos específicos aquí expresados.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

De otro lado, la recurrente alega que hubo violación del derecho al debido proceso por indebida aplicación del numeral 6.2.2.2.1.2 de la Circular Externa 100 de 1995, por cuanto la Superintendencia Bancaria exigió al Banco Davivienda S.A., elevar a 60% y 100% el porcentaje de provisión sobre 5.640 obligaciones sin considerar que 540 de ellas no permanecieron en categoría “E” durante dos o tres años consecutivos. En este punto, la apelante estima que el *a quo* pasó por alto el estudio del cargo, con sustento en las mismas razones de tipo general por las que denegó el anterior, y omitió, además, el dictamen pericial rendido en el proceso.

Pues bien, el numeral 6.2.2.2.1.2 de la mencionada Circular dispone:

“Si durante dos (2) años consecutivos el crédito ha permanecido en la categoría “E”, el porcentaje de provisión sobre la parte garantizada se elevará a sesenta por ciento (60%). Si transcurre un año adicional en estas condiciones, el porcentaje de provisión sobre la parte garantizada se elevará a cien por ciento (100%), a menos que la entidad demuestre suficientemente la existencia de factores objetivos que evidencien la recuperación del crédito y las gestiones realizadas para el cobro del mismo, en este caso identificando el empleo de la vía judicial o extrajudicial, e indicando el estado del respectivo proceso”.

En este punto, la Superintendencia Bancaria advirtió que el Banco Davivienda S.A., no consultó el comportamiento histórico de los créditos para efectos de su clasificación, pues hubo modificaciones de la categoría “E” o incobrable, a “A” o riesgo normal, teniendo como política para ello el pago de dos cuotas, las cuales indebidamente interrumpían el período de dos años contemplado en la norma para elevar la provisión.

Asimismo, la Entidad demandada detectó en la visita a que se ha hecho referencia en este proceso, que algunas obligaciones reestructuradas derivadas de los fondos Davibono, Daviplan y Daviplus, no en todos los casos se identificaron como créditos reestructurados y, en otros tantos, con la sola

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

reestructuración el Banco modificaba de manera inmediata su calificación de “D” o “E” a “A”, lo cual no se considera prudente de acuerdo con los principios de contabilidad establecidos en los artículos 17 y 52 del Decreto 2649 de 1993⁷.

Lo hasta aquí señalado permite inferir que un crédito debe permanecer en categoría “E” por un período de dos años para elevar el porcentaje de la provisión a un 60%, y si transcurre un año adicional en dicha condición, aquella se incrementará al 100%, según instruye la norma antes transcrita. Sin embargo, la reclasificación de “E” a otra que implique menor riesgo, para efectos de interrumpir el término señalado en la disposición legal y evitar el incremento de la provisión, no ha de realizarse con sustento en una reestructuración que en realidad no implique que aquel pueda razonablemente ser atendido por el deudor. En este orden, el pago de una o dos cuotas o la implementación de programas de condonación de mora, como el Daviplus

⁷ “ARTICULO 17. Prudencia. Cuando quiera que existan dificultades para medir de manera confiable y verificable un hecho económico realizado, se debe optar por registrar la alternativa que tenga menos probabilidades de sobrestimar los activos y los ingresos, o de subestimar los pasivos y los gastos”.

“Artículo 52. Provisiones Y Contingencias. Se deben contabilizar provisiones para cubrir pasivos estimados, contingencias de pérdidas probables, así como para disminuir el valor, reexpresado si fuere el caso, de los activos, cuando sea necesario de acuerdo con las normas técnicas. Las provisiones deben ser justificadas, cuantificables y confiables.

Una contingencia es una condición, situación o conjunto de circunstancias existentes, que implican duda respecto a una posible ganancia o pérdida por parte de un ente económico, duda que se resolverá en último término cuando uno o más eventos futuros ocurran o dejen de ocurrir. Las contingencias pueden ser probables, eventuales o remotas.

Son contingencias probables aquéllas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, indica que es posible que ocurran los eventos futuros.

Son contingencias eventuales aquéllas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, no permite predecir si los eventos futuros ocurrirán o dejarán de ocurrir.

Son contingencias remotas aquéllas respecto de las cuales la información disponible, considerada en su conjunto, indica que es poco posible que ocurran los eventos futuros.

La calificación y cuantificación de las contingencias se debe ajustar al menos al cierre de cada período, cuando sea el caso con fundamento en el concepto de expertos”.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

antes referenciado, no han de significar necesariamente que el crédito pasó a ser de menor riesgo como para ubicarlo en una categoría “A” u otra distinta de la “E” en la que ya había sido ubicado.

Lo anotado se corrobora con lo expuesto en el numeral 5.3.4 de la Circular en comento, cuyo texto indica:

“Los créditos pueden mejorar la calificación después de ser reestructurados sólo cuando el deudor demuestre un comportamiento de pago regular y efectivo.” (Subrayado fuera de texto).

Ahora, el que en la sentencia apelada se señale que el Banco Davivienda S.A., no había desvirtuado los hallazgos de la visita, sirvió de elemento al *a quo*, precisamente, para advertir que el manejo dado a los créditos en lo que hace a su reclasificación, no consultaba criterios compatibles con una adecuada administración del riesgo crediticio en materia de provisiones, tal como al efecto lo expuso la Superintendencia Bancaria.

Así las cosas, el dictamen pericial rendido en el proceso⁸ no aporta elementos que permitan modificar la decisión de primera instancia a ese respecto, pues el mismo se fundamenta en la determinación de periodos en que no hubo mora sobre una muestra de créditos, lo cual no conduce a inferir que el manejo dado al riesgo crediticio por parte del Banco Davivienda S.A. era el adecuado, dada, según se anotó, la flexibilidad con que estos fueron reclasificados para, a su turno, no incrementar las provisiones en los porcentajes señalados por el numeral 6.2.2.2.1.2 de la Circular 100 de 1995.

Finalmente, cabe reiterar que las órdenes impartidas por la Superintendencia Bancaria en los actos acusados, procuran limitar los riesgos que el Banco debe

⁸ Cuaderno Anexo 13.

REF: Expediente núm. 250002324000200400132 01
ACTORA: BANCO DAVIVIENDA S.A.

gestionar en materia de provisiones sobre los créditos otorgados, en desarrollo de su actividad como intermediario financiero.

Consecuente con lo anterior, debe la Sala confirmar la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A:

Primero: CONFÍRMASE la sentencia recurrida en apelación, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior Sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

GUILLERMO VARGAS AYALA