



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá, D.C., Doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación: 250002324000200101048 01
Nº interno: 19162
Demandante: Corporación Financiera del Norte S.A. - Cofinorte S.A.
Demandados: Superintendencia Bancaria de Colombia
La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Asunto: Multa por defectos en el margen de solvencia

F A L L O

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 25 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, que resolvió:

1º) Decláranse no probadas la excepciones de. “Los cargos 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3, 2.1.4 y 2.1.5 de la demanda se fundamentan en decisiones contenidas en actos administrativos que no fueron objeto de recurso en la vía gubernativa ni de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que por lo tanto se encuentran en firme, son obligatorias y no pueden ser objeto de conocimiento, en su legalidad en este proceso”, “inepta demanda por no comprender todo los litisconsortes necesarios. La naturaleza del acto demandado requiere la comparecencia de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público como litisconsorte necesario. La demanda se dirigió también contra la Nación y plantea pretensiones propias en relación con ella” y “excepciones genéricas”, propuestas por la Superintendencia Bancaria.

2º) Deniéganse las pretensiones de la demanda.

3º) Sin condena en costas en esta instancia.

(...)

1. ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS

- El 29 de junio de 1999, mediante la Resolución 0997, la Superintendencia Bancaria de Colombia –hoy Superintendencia Financiera de Colombia¹– le impuso a la Corporación Financiera del Norte S.A. una sanción por valor de \$2.069.492.000, por defectos en la relación de solvencia durante los meses de diciembre de 1998 y enero, febrero, marzo y abril de 1999.
- El 20 de noviembre de 2000, mediante la Resolución 1787, la Superintendencia Bancaria resolvió el recurso de reposición interpuesto por la Corporación Financiera del Norte S.A. contra la Resolución 0997 del 29 de junio de 1999, en el sentido de confirmar el acto recurrido.

¹ **Decreto 4327 de 2005. Artículo 1. Fusión y denominación.** Fusiónase la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores, la cual en adelante se denominará Superintendencia Financiera de Colombia.



- El 24 de marzo de 2001, mediante la Resolución 0292, la Superintendencia Bancaria resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Corporación Financiera del Norte S.A. contra la Resolución 0997 del 29 de junio de 1999, en el sentido de confirmar el acto recurrido.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. La demanda

La Corporación Financiera del Norte S.A., en adelante Cofinorte, formuló las siguientes pretensiones:

1. Principales.

Primera. *Que se declare la nulidad de las resoluciones 0997 del 29 de junio de 1999, 1787 del 20 de noviembre de 2000 y 0292 del 24 de marzo de 2001, todas expedidas por la Superintendencia Bancaria, mediante las cuales se impuso una multa a Cofinorte por defecto del margen de solvencia, y se resolvieron negativamente los recursos de vía gubernativa (reposición y apelación) interpuestos por la actora.*

Segunda. *Que como consecuencia de lo anterior, se declare que Cofinorte no está obligada a pagar la multa impuesta por tales Resoluciones.*

Tercera. *Que se condene a la Superintendencia Bancaria al pago de estas y las agencias en derecho generadas en este proceso.*

2. Subsidiarias

En el evento en que Cofinorte cancele la multa impuesta por las Resoluciones que se atacan a favor del Tesoro Nacional (Ministerio de Hacienda), durante el curso del proceso, solicito, en subsidio de la Pretensión Segunda de esta demanda, que se hagan las siguientes condenas.



Cuarta. Como consecuencia de la declaración a que se refiere la Pretensión Primera de esta demanda, solicito se restablezca el derecho de Cofinorte, condenando a la Nación-Ministerio de Hacienda a restituir el valor que llegare a pagar Cofinorte, el cual incluirá: a) la suma de DOS MIL SESENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL PESOS ML(\$2.069.492.000.00), valor de la multa impuesta por las Resoluciones cuya nulidad se solicita y b) los intereses que se causen hasta el momento en que el pago se produzca.

Quinta. Solicito que, sobre la suma que se condene a restituir la Nación-Ministerio de Hacienda de conformidad con la pretensión anterior, se liquide el interés bancario corriente desde el momento del pago hasta la fecha de la sentencia o, en su defecto, que la anterior suma sea indexada de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor (IPC) desde el momento del pago hasta la fecha de la sentencia.

2.1.1. Normas violadas

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Constitución Política: artículo 29
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: artículos 48, 211, 326
- Ley 222 de 1995: artículo 40
- Decreto 673 de 1994: artículos 2, 14
- Circular Básica Contable 100 de 1995.

2.1.2. El concepto de la violación

La demandante desarrolló el concepto de la violación así:

- a) Infracción de normas superiores. Las facultades sancionatorias de la Superintendencia.**



Dijo que la Superintendencia Bancaria, en adelante la Superintendencia, sancionó a Cofinorte por violar el margen de solvencia en los meses de diciembre de 1998 y enero a abril de 1999. Que, sin embargo, esa infracción se derivó del cumplimiento de órdenes que impartió el propio ente de control.

Explicó que el incumplimiento del margen de solvencia que dio lugar a la sanción en discusión tuvo origen en la calificación de cartera y la constitución de las provisiones correspondientes, ordenadas por la Superintendencia con fundamento en apreciaciones que esa entidad estimó apropiadas, hechos que, en todo caso, tuvieron lugar con posterioridad al cierre del ejercicio 1998 y al envío de los estados financieros.

Alegó que las situaciones que dieron lugar al incumplimiento del margen de solvencia solo podían tener efectos hacia el futuro pues, de no ser así, se vulneraría el debido proceso, ya que no se puede imponer una multa dando eficacia retroactiva a una decisión administrativa producida con posterioridad a la conducta que se reprocha.

Explicó que la calificación de cartera se realiza a partir de un amplio margen de discrecionalidad, pues las normas que regulan el particular se limitan a señalar unos criterios generales que la entidad vigilada debe aplicar. Que esto le permite a sus administradores, que se rigen por criterios de prudencia y diligencia, realizar las evaluaciones y calificaciones correspondientes, sin que estas, por no coincidir con las que realiza la Superintendencia, comporten el desconocimiento de las disposiciones pertinentes.



Agregó que la labor del monitoreo del crédito y del análisis del riesgo crediticio constituye la columna vertebral de la actividad bancaria y pertenece al ámbito de la autonomía gerencial de cada entidad.

Que si la Superintendencia estima que las proyecciones de un deudor le permitían ver una situación de potencial incumplimiento, está en capacidad de imponer su punto de vista, como lo hizo en el caso de la demandante, pero que esto no suponía una aplicación retroactiva de sus efectos.

Insistió en que una entidad vigilada no puede ser multada sobre la base de imprimirle eficacia retroactiva a una decisión administrativa producida con posterioridad a la conducta que se le reprocha, pues su deber era obrar en cumplimiento de las normas y circunstancias de hecho existentes en el momento en que tuvo lugar esa actuación.

Dijo que entre la demandante y la Superintendencia existió una disparidad de criterios en la calificación de algunos créditos, es decir, que no se configuró una violación de una norma imperativa sino que se trataba de una apreciación distinta de unos criterios de difícil demarcación. Que así, la orden de realizar provisiones no podía ser tenida como una manifestación declarativa de una situación dada, sino que debía considerarse constitutiva de una situación y, por esa razón, no podía dársele aplicación retroactiva.

b) Fuerza mayor o caso fortuito



Dijo que si se aceptaba que las órdenes impartidas por la Superintendencia tenían efectos retroactivos, la actuación de la demandante no debía ser sancionada pues obedecía a la ocurrencia de fuerza mayor o caso fortuito; esto, por cuanto los estados financieros presentados cumplían con el margen de solvencia y el desfase se evidenció cuando el ente de control recalificó la cartera y ordenó la constitución de provisiones.

Advirtió que la demandante no estaba en la posibilidad de prever que la Superintendencia iba a clasificar la cartera a partir de criterios diferentes de los que tuvo en cuenta Cofinorte, tampoco los montos de las provisiones que debían realizarse por esa calificación y que como consecuencia de esas provisiones se generaría un incumplimiento de la relación de solvencia.

c) Imposibilidad de sancionar con base en Circulares expedidas por la Superintendencia

Sostuvo que la sanción impuesta a Cofinorte tuvo como fundamento el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, que facultaba a la Superintendencia para multar a las entidades vigiladas por defectos en el margen de solvencia, defecto que se produjo como consecuencia de la valoración hecha por el ente de control respecto de la calificación y la graduación de la cartera, que se vio reflejada en los estados financieros debido a la constitución de las provisiones que ordenó.

Que la Corte Constitucional en la sentencia C-1161 de 2000, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 209 y 211 del EOSF, manifestó que esas



disposiciones eran exequibles en el entendido de que la expresión *reglamento*, inserta en esas normas, se refiere a los que sean expedidos por el Gobierno Nacional en desarrollo de las leyes marco previstas en el artículo 150 numeral 19 literal c) del Constitución Política y que no debían incluirse entre estas las circulares emitidas por la Superintendencia.

Sostuvo que el sustento para la calificación y graduación de la cartera, y en consecuencia de la multa en discusión, se encontraba recopilado en la Circular Básica Contable 100 de 1995, de tal manera que Cofinorte fue sancionada con fundamento en un acto expedido por la Superintendencia, en contra del criterio fijado por la Corte Constitucional.

d) Violación a las limitaciones temporales de la facultad para ordenar rectificaciones a los estados financieros

Dijo que el artículo 40 de la Ley 222 de 1995 establece que las entidades que ejercen inspección, vigilancia y control pueden ordenar la rectificación de los estados financieros que no se ajusten a las normas. Que las rectificaciones afectan el periodo objeto de revisión, siempre que se notifiquen dentro del mes siguiente a la fecha en que se hayan presentado esas modificaciones en forma completa ante la respectiva entidad. Que cualquier rectificación que se realice vencido ese plazo debe reconocerse en el ejercicio en curso.

Que, en el presente caso, las órdenes impartidas a Cofinorte la obligaron a efectuar provisiones adicionales que significaron rectificaciones de los estados financieros, órdenes que fueron dadas después de vencido el plazo



de un mes contado a partir de su presentación ante la Superintendencia. Que, en consecuencia, debían reconocerse con posterioridad y no en los estados financieros de fin de ejercicio con corte a 31 de diciembre de 1998.

e) Expedición irregular del acto y violación del derecho de audiencia y de defensa

Sostuvo que Cofinorte interpuso recurso de reposición, y, en subsidio el de apelación, contra la Resolución 0997 de 1999, mediante la que se impuso la multa. Que la Superintendencia, mediante la Resolución 1787 de 2000 resolvió negativamente la reposición y concedió el recurso de apelación, que fue sustentado dentro de la oportunidad establecida.

Que, sin embargo, la Superintendencia, al decidir el recurso de apelación, no tuvo en cuenta los argumentos que lo sustentaron porque, a su entender, había precluido la oportunidad para adicionarlo.

Advirtió que la posición del ente de control era errada porque el recurso de apelación interpuesto atacaba no solo el acto administrativo sancionatorio sino también el acto administrativo que resolvió el recurso de reposición.

Concluyó que el artículo 51 del C.C.A. se limita a señalar que los recursos deben interponerse en la diligencia de notificación o dentro de los cinco días siguientes. Que al no tenerse en cuenta la sustentación del recurso de apelación, se violó el derecho de audiencia y de defensa de la demandante.



2.2. Contestación de la demanda

La Superintendencia Bancaria se opuso a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, propuso excepciones y planteó argumentos de defensa relacionados con el fondo del asunto.

2.2.1. Excepciones

Como excepciones propuso la falta de agotamiento de la vía gubernativa de algunos actos que se atacaron en la demanda y la de inepta demanda por no convocarse a todos los litisconsortes.

En relación con la falta de agotamiento de la vía gubernativa, dijo que todas las causales de nulidad, salvo la referida a la expedición irregular de los actos demandados, se fundamentaron en decisiones contenidas en actos administrativos que no fueron objeto de recursos en la vía gubernativa ni de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que se encontraban en firme, eran obligatorios y no podían ser objeto de conocimiento en este proceso.

Señaló que en la demanda se solicita declarar la nulidad de las resoluciones 0997 del 29 de junio de 1999, 1787 del 20 de noviembre de 2000 y 0292 del 22 de marzo de 2001 mediante las que la Superintendencia sancionó los defectos en el margen de solvencia presentados en los meses de diciembre de 1998 y de enero a abril de 1999.



Que, pese a lo anterior, la argumentación se sustentó en un presunto desconocimiento de la autonomía gerencial de las entidades vigiladas por la Superintendencia al ordenar la recalificación de algunos créditos y la constitución de provisiones, instrucciones que se impartieron mediante los oficios 1999003726-1 del 16 de marzo, 1999003726-6 y 1999003726-7 del 26 de marzo de 1999 y 19990003726-17 del 21 de abril de 1999.

Que así, la argumentación no se dirigía a desvirtuar la existencia de un defecto en el margen de solvencia que fue el hecho sancionado, sino que atacaba las decisiones que ordenaron las provisiones, actos que si bien fueron discutidos en la actuación administrativa, no fueron objeto de agotamiento de vía gubernativa.

Concluyó que así, el Tribunal no podía pronunciarse sobre los argumentos de fondo expuestos por el demandante en relación con las provisiones ordenadas y la consecuente afectación de los estados financieros.

En relación con la excepción de inepta demanda por no comprender a todos los litisconsortes, dijo que por la naturaleza de los actos demandados se requería la comparecencia de la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público como litisconsorte necesario.

Señaló que en la demanda se plantearon pretensiones que solo podían ser cumplidas por la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de tal forma que la decisión sobre estas exigían su comparecencia.



Que lo anterior en atención a que el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 prevé que las multas que impone la Superintendencia Bancaria por defectos en el margen de solvencia son a favor del Tesoro Nacional, razón por la que debía comparecer como sujeto procesal en el caso de la controversia.

2.2.2. Razones de oposición relacionadas con el fondo del asunto

Dijo que la demandante no desconoce, y que por el contrario acepta de manera expresa, la configuración de los defectos en el margen de solvencia que dieron lugar a la multa impuesta. Que, en esos términos, el defecto que le imputó se tenía como confesado.

Señaló que de conformidad con lo establecido en los artículos 198, 209, 211 y 335 de la Constitución Política, la actividad financiera es de interés público y, por esa razón, debe ser supervisada por el Estado, vigilancia que se realiza por intermedio de la Superintendencia Bancaria.

Que las principales funciones de la Superintendencia son asegurar la confianza pública en el sistema financiero, la transparencia de las entidades que lo integran y proteger los intereses de terceros.

Advirtió que los estados financieros de las entidades vigiladas tienen especial importancia a efectos de garantizar la confianza pública en el sistema financiero y que esa actividad se realice bajo pautas claras de transparencia, en protección del interés general.



Agregó que de conformidad con el artículo 326 del EOSF, la Superintendencia tiene una atribución especial frente a los estados financieros de sus vigiladas, relacionada con el deber de pronunciarse sobre éstos y de impartir su autorización para que, solo después de cumplido este requisito, las asambleas de las entidades puedan aprobarlos y publicarlos.

Que la facultad de pronunciarse sobre los estados financieros implica, necesariamente, la de efectuar glosas, ordenar registros, provisiones, revertir operaciones etc., a fin de que reflejen la realidad económica de la entidad pues, de lo contrario, la labor de la Superintendencia sería inocua.

Explicó que la Superintendencia, en uso de sus facultades legales, y en ejercicio de su competencia para autorizar los estados financieros de sus vigiladas, se pronunció sobre los presentados por Cofinorte con corte al 31 de diciembre de 1998, y determinó que debían realizarse algunos ajustes y constituir las provisiones correspondientes, órdenes que resultaron de la aplicación correcta de las disposiciones contables que regulan la materia.

Que lo anterior tuvo lugar previamente a autorizar los estados financieros, puesto que, de lo contrario, la entidad vigilada presentaría al público una información no ajustada a su situación real, con grave riesgo para los terceros.

Señaló que el término de un mes, previsto en el artículo 40 de la Ley 222, debía entenderse en armonía con la función de autorizar los estados financieros en cabeza de la Superintendencia, y que este empieza a correr cuando se hayan presentado en forma completa.



Que en el caso de Cofinorte, antes de que remitiera la totalidad de los documentos para la evaluación de los estados financieros, la Superintendencia inició una visita de inspección con el objeto de verificar los rubros importantes del balance, y solicitó información que la entidad vigilada remitió, no en una sola sino en diferentes oportunidades, y que en la medida en que se verificaron las deficiencias se ordenaron los ajustes correspondientes.

Que así, la actuación de la Superintendencia se ajustó a la normativa aplicable al caso y que, por tanto, no era viable alegar que el ente de control aplicó una medida retroactiva, pues los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1998 no habían sido autorizados por la entidad demandada.

De otra parte, dijo que la cartera es el principal activo de las entidades financieras y que su deterioro es una de las principales preocupaciones de las entidades de control. Que de ahí que la Superintendencia haya desarrollado un sistema de clasificación de la cartera y las inversiones que le permiten a los administradores y a las autoridades conocer el riesgo implícito, presente y real de los activos que administra la entidad. Que ese sistema está regulado en la Circular Básica y Contable 100 de 1995.

Advirtió que si bien la gestión del riesgo es una actividad propia de los administradores de las entidades financieras, esa circunstancia no limita a la Superintendencia para evaluar y ordenar los ajustes que considere necesarios para adecuar la calificación a la seguridad y transparencia



necesarias, y así garantizar la protección a los terceros ahorradores y usuarios del sistema financiero.

Manifestó que en el caso de Cofinorte, la Superintendencia adoptó las medidas de recalificación de cartera y la constitución de las provisiones correspondientes a partir de una visita de inspección practicada a efectos de verificar la calificación de la cartera con corte al 31 de diciembre de 1998, visita en la que evidenció un deficiente control de la calidad de la cartera.

Que, adicionalmente, el ente de control pudo evidenciar partidas contables que no contaban con el soporte correspondiente, es decir, la vigilada estaba disponiendo de recursos que no contaban con los soportes respectivos y que, por esa razón, ordenó la constitución de las provisiones del caso.

Dijo que si bien la demandante asocia el incumplimiento del margen de solvencia a las provisiones ordenadas como consecuencia de la recalificación de cartera, lo cierto era que según los estados financieros inicialmente transmitidos registraba unas pérdidas de \$4.592,2 millones, es decir que solo se hubieran requerido provisiones por un monto de \$2.667 millones para que incumpliera el margen de solvencia.

Que a la cifra de \$2.667 millones como provisiones se llegaba con las ordenadas por concepto de inversiones, bienes recibidos en dación en pago, cuentas por cobrar y conciliaciones que suman \$2.029,4 millones y con las provisiones por recalificación de cartera por \$1.167.2 millones.



Frente a la configuración de fuerza mayor o caso fortuito que alegó Cofinorte, dijo que no se configuraron en el presente caso porque i) la correcta calificación de la cartera y las inversiones son responsabilidad de la entidad vigilada, ii) esa calificación debió efectuarse según lo previsto en la Circular Básica Contable 100 de 1995, iii) los factores de calificación eran conocidos por la demandante en su condición de profesional de la actividad financiera y iv) porque también eran conocidos por estar previstos en la ley.

Que las recalificaciones ordenadas por la Superintendencia a Cofinorte y las provisiones del caso no eran hechos que justificaran el incumplimiento de la relación de solvencia, pues lo que demostraban era un actuar deficiente que dio lugar a que la entidad de control ordenara medidas para que los estados financieros reflejaran la situación real de la entidad.

En relación con la imposibilidad de sancionar a las entidades vigiladas con fundamento en circulares expedidas por la Superintendencia Bancaria, dijo que la sanción impuesta a Cofinorte se expidió con fundamento, no solo en la Circular Básica y Contable 100 de 1995, sino también en lo previsto en el artículo 326 del EOSF, en el régimen contable del Decreto 2649 de 1993 y en el artículo 2 del Decreto 673 de 1994.

Por último, en relación con la expedición irregular de los actos demandados y la violación al debido proceso, dijo que no se violó el derecho de audiencia y de defensa de la demandante porque interpuso simultáneamente los recursos de reposición y apelación, lo que significaba que contaba con un



solo término para interponerlos y sustentarlos y que, de no ser así, el recurso debía rechazarse según lo dispuesto en los artículos 52 y 53 del C.C.A.

2.3. La sentencia apelada

El Tribunal declaró no probadas las excepciones propuestas por la Superintendencia y negó las pretensiones de la demanda.

2.3.1. Sobre las excepciones

En relación con la excepción de inepta demanda por la falta de agotamiento de la vía gubernativa de algunos actos atacados en controversia, dijo que no estaba probada porque la demanda estaba dirigida a obtener la nulidad del acto administrativo definitivo que impuso la multa y la de aquellos que lo confirmaron, de acuerdo con el inciso 3° del artículo 138 del C.C.A.

Advirtió que los requerimientos son actos de trámite y, como tal, no son enjuiciables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa. Que, sin embargo, esto no obstaba para que el acto definitivo pudiera ser demandado por la presunta ilegalidad de uno o más actos de trámite, pues se traduciría en la ilegalidad del acto definitivo por haber sido expedido en forma irregular.

Sobre la excepción de inepta demanda por no comprender a todos los litisconsortes, dijo que la demanda se dirigió contra la Superintendencia Bancaria y contra la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público.



Explicó que mediante auto del 30 de noviembre de 2001, el magistrado sustanciador ordenó notificar al Superintendente Bancario y no al Ministro de Hacienda y Crédito Público, y que, por esa razón la demandante solicitó adicionar el auto admisorio para que se incluyera a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público como demandado.

Que el magistrado sustanciador del proceso, mediante auto del 4 de abril de 2002, consideró que solo era necesario vincular como partes a las personas jurídicas que intervinieron en la producción de los actos demandados y que, en consecuencia, no había lugar a vincular a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto esa entidad no tuvo injerencia o participación en los actos administrativos que se demandan.

Advirtió que si bien la multa impuesta fue consignada en el Banco de la República, ese hecho no daba lugar a la posibilidad de lograr la intervención de la referida entidad, ya que la Superintendencia es la que posee la cuenta en la Dirección del Tesoro Nacional y en caso de declararse las pretensiones de la demanda sería esta entidad la obligada a hacer la devolución.

Concluyó que la vinculación de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como parte en el proceso, fue resuelta mediante una providencia debidamente ejecutoriada que hizo tránsito a cosa juzgada, y que de declararse la prosperidad de la excepción en este momento procesal violaría el derecho al debido proceso.

2.3.2. Sobre el fondo del asusto



El Tribunal resolvió las causales de nulidad propuestas en la demanda así:

a) Sobre la infracción de normas las superiores

Dijo que no era de recibo el argumento del demandante atinente a que el margen de solvencia fue incumplido como consecuencia de las órdenes de recalificación de la cartera y la consecuente constitución de provisiones, porque de acuerdo con los antecedentes administrativos aportados al expediente, Cofinorte certificó en los estados financieros presentados ante la Superintendencia el 21 de enero y primero de febrero de 1999 que la relación de solvencia para el ejercicio con corte al 31 de diciembre de 1998 era 3.71 %, porcentaje menor al establecido en el Decreto 673 de 1994.

Que así, la Superintendencia debía exigir el cumplimiento, por un lado, de sus directrices en la calificación de la cartera, que se ordenaron en atención a las irregularidades verificadas en la visita de inspección y, por otro lado, de la normativa sobre el margen de solvencia y con esto proteger y asegurar la confianza pública en el sistema financiero.

b) Sobre la fuerza mayor o caso fortuito

Dijo que según estaba demostrado en el proceso, el margen de solvencia tomado de los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1998, presentados por Cofinorte ante la Superintendencia para su aprobación, era de 3.71 %, cuando el artículo 2 del Decreto 673 de 1994 establece que la



relación de solvencia debe ser el nivel mínimo de patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito equivalente al 10 %.

Que lo anterior demostraba que Cofinorte incumplió las normas sobre margen de solvencia y, así, debía ser sancionado por la Superintendencia.

Advirtió que la relación de sucesos probados en el proceso ponía de presente que no era cierto que el margen de solvencia se hubiera incumplido por la orden impuesta por la Superintendencia en relación con la recalificación de la cartera y la constitución de provisiones. Que, por lo tanto, no existe fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad.

c) Sobre la imposibilidad de la Superintendencia para sancionar con base en Circulares expedidas por la misma entidad

En relación con el argumento de la demandante, atinente a que, según la Corte Constitucional, la Superintendencia Bancaria no puede sancionar a las entidades sometidas a su vigilancia con fundamento en normas que no ostenten expresamente el carácter de ley, dijo que esa corporación, mediante sentencia C-860 de 2006· rectificó, con fuerza de cosa juzgada constitucional, el criterio jurisprudencial referido.

Que, por tanto, la Superintendencia cuenta con facultades de regulación respecto de las materias sujetas a su control y vigilancia y que, además, tiene atribuciones sancionatorias por la violación de la normativa que rige la actividad financiera, incluidas las disposiciones por ella misma dictadas.



Señaló que, no obstante lo anterior, no era de recibo el argumento de la demandante por cuanto la sanción impuesta no se basó en la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, sino en el incumplimiento del margen de solvencia contenido en el Decreto 673 de 1994.

d) Sobre la violación de las limitaciones temporales de la facultad para ordenar rectificaciones a los estados financieros

Dijo que a Ley 222 de 1995 establece que la Superintendencia tiene competencia para ordenar rectificar los estados financieros que no se ajusten a las normas. Que, en principio, estas deben afectar el periodo objeto de revisión, siempre que se notifiquen dentro del mes siguiente a la fecha en la que se hayan presentado en forma completa. Que transcurrido ese plazo, las rectificaciones se reconocerán en el ejercicio en curso.

Que, bajo esta directriz, la documentación de los estados financieros debe ser completa y que en el presente caso, la Superintendencia realizó varios requerimientos frente a los estados financieros presentados por el demandante el 21 y el 1 de febrero de 1999, lo que lleva a la Sala a concluir que la Información suministrada no estaba completa.

Dijo que, en todo caso, el artículo 40 de la Ley 222 de 1995 no era aplicable al caso en estudio por cuanto este tiene que ver con el período al cual se



aplica la rectificación cuando se presenta la documentación completa, lo que no ocurrió en el caso en estudio.

e) Sobre la expedición irregular del acto y la violación del derecho de audiencia y de defensa

Dijo que el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 0997 de 1999 se presentó como subsidiario del recurso de reposición, que fueron sustentados el 15 de julio de 1999.

Que según lo probado en el expediente y en aplicación de los artículos 51 y 53 del C.C.A., la Superintendencia, al resolver el recurso de apelación solo debía tener en cuenta los motivos de inconformidad expuestos en el escrito del 15 de julio de 1999 y descartar los demás presentados mediante el escrito del 11 de diciembre de 2000, por cuanto el recurso fue interpuesto como subsidiario del recurso de reposición, y que si no se hubiera sustentado ante el funcionario competente este podía rechazarlo, por cuanto los nuevos argumentos fueron presentados extemporáneamente, después de la ejecutoria del acto sancionatorio.

2.4. El recurso de apelación

La demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia y lo sustentó en los siguientes términos:



a) No hubo violación de la relación de solvencia antes del envío de los estados financieros a la Superintendencia

Dijo que el Tribunal apreció erradamente las pruebas del expediente puesto que para establecer si la demandante había incumplido la relación de solvencia se fundamentó en los estados financieros con corte al 31 de diciembre de 1998, pero una vez realizados los ajustes ordenados por la Superintendencia.

Que analizada la situación desde esa perspectiva, era lógico que el resultado que arrojaría el balance respecto a la relación de solvencia sería totalmente diferente, en tanto que incorporaría las pérdidas correspondientes a las provisiones que la Superintendencia había dispuesto.

Advirtió que para el mes de diciembre de 1998, la relación de solvencia pasaría del 9.85 % al 3,71 % después de la inclusión de las provisiones en los estados financieros. Que el Tribunal tomó este último porcentaje para concluir que Cofinorte no había cumplido con la relación que exige el Decreto 673 de 1994 y que, en todo caso, el incumplimiento se configuraba antes de que la Superintendencia hubiera requerido las provisiones adicionales.

Que, sin embargo, las pruebas permitían llegar a otra conclusión. Explicó que las provisiones ordenadas por la Superintendencia arrojaban un total de \$9.058.324.210. Que de estas, \$1.739.124.210 correspondían a la ponderación de activos diferentes a la cartera de créditos, tales como inversiones, cuentas por cobrar o conciliaciones y \$562.100.000 a la



calificación de la cartera según factores objetivos, es decir, de los que no permiten un margen de apreciación.

Señaló que sumando los anteriores valores, se tenía que la Superintendencia ordenó provisionar –por calificación de créditos con fundamento en factores objetivos y a activos que no permiten margen de apreciación– \$2.301324.000, lejos de los \$2.929.899.000 que se necesitaban para desajustar el margen de solvencia en el mes de diciembre.

Que, en consecuencia, ni siquiera después del reajuste a la calificación de los créditos, según criterios objetivos, junto a las provisiones ordenadas por inversiones y otros activos distintos a la calificación de créditos, el margen de solvencia para diciembre de 1998 dejaba de alcanzar el nivel requerido en virtud del Decreto 673 de 1994.

Advirtió que las provisiones que la Superintendencia ordenó, con fundamento en la calificación de créditos por factores subjetivos, representaban \$9.058.324.210 del total provisionados. Que esos factores de calificación se aplicaron, en su gran mayoría, a créditos otorgados por Cofinorte frente a los que no hubo discusión que mereciera un cambio en la calificación.

Sostuvo que no discutía la facultad de la Superintendencia de calificar un crédito, dado que el artículo 326 del EOSF establece que esa entidad puede indicarle a los establecimientos de crédito la manera en la que deben aplicar la normativa que los regula.



Que, sin embargo, la Superintendencia no podía sancionar a una entidad por violación de los márgenes de solvencia cuando la causa de la transgresión obedecía a la calificación de los créditos según los factores subjetivos que establece la Circular 100 de 1995. Que si el aumento de las provisiones se debía a la calificación de créditos según ese tipo de factores, y que si eso implicaba que se incumpliera el margen de solvencia, no era legal imponer una sanción por violar el artículo segundo del Decreto 673 de 1994.

Advirtió que lo anterior se debía a que la Superintendencia no podía desconocer la calificación de la cartera que la entidad realizó en su momento según el principio de autonomía de la voluntad y de independencia gerencial.

Agregó que con respecto a los meses siguientes a diciembre de 1998, también se podía concluir que la violación de la relación de solvencia se atribuía a los cambios ordenados por la Superintendencia.

Que así, para el mes de enero de 1999, la relación de solvencia una vez aplicadas las órdenes de la entidad de control, se disminuyó del 9.01 % al 2.79 %, mientras que para febrero las provisiones modificaron negativamente la relación de solvencia antes pasando del 8.42 % al 0.23 %.

En cuanto a los meses de marzo y abril de 1999, dijo que si bien los datos remitidos por la Superintendencia al Tribunal indicaban que aparentemente la orden de realizar provisiones no habría sido la causa directa del cambio en la situación de la entidad, no podía perderse de vista que los balances ya venían siendo afectados por los requerimientos de la Superintendencia y que, por ende, eran precisamente la causa del desajuste.



Explicó que las órdenes de realizar provisiones se impartieron a partir de los meses de marzo y abril de 1999, pero que afectaron retroactivamente el balance de cierre de 1998. Que al llegar a los meses de marzo y abril de 1999, ya se había continuado el efecto negativo de contabilizar provisiones ordenadas con efectivo retroactivo.

Insistió en que si el incumplimiento de la relación de solvencia tenía como causa la modificación de la calificación crediticia de los deudores de un establecimiento financiero de acuerdo a los factores subjetivos, no podía imponerse la sanción pues, de lo contrario, la Superintendencia estaría desconociendo una situación de hecho anterior, que fue calificada de manera válida según su autonomía gerencial y como administrador del riesgo, siguiendo criterios igualmente razonables.

b) Fuerza mayor o caso fortuito

Dijo que para desestimar esta causal de nulidad, el Tribunal incurrió en el mismo error de estimar que la relación de solvencia no se cumplió, inclusive, antes de que Cofinorte enviara los estados financieros a la Superintendencia y que ésta requiriera la constitución de provisiones, por lo que era de suponer que la alteración de la calificación de los créditos en nada cambiaba la situación de incumplimiento de la relación de solvencia.



Que, a partir de ese razonamiento, el Tribunal llegó a la conclusión de que el incumplimiento del margen de solvencia no era imprevisto e irresistible, sino más bien que se debió a la propia culpa de la demandante.

Advirtió que ese entendimiento no era válido, en tanto que estaba demostrado que el incumplimiento de la relación de solvencia se debió exclusivamente a la variación de la calificación de los créditos por parte de la Superintendencia, lo que a la vez impactó negativamente los estados financieros de la demandante.

Que, de igual forma, estaba acreditado que las provisiones ordenadas por la Superintendencia no tenían el alcance suficiente para alterar la relación de solvencia que la demandante había logrado satisfactoriamente antes del envío de los estados financieros a la entidad de control.

c) La discusión frente a la facultad de la Superintendencia para sancionar con base en circulares expedidas por la misma entidad

Dijo que no discutía las facultades de la Superintendencia ni que en ejercicio de sus funciones pueda sancionar a sus vigilados. Que, sin embargo, para el momento en el que se expidieron las resoluciones demandadas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional expresaba una posición diferente a la expuesta en la sentencia C-862 de 2006, citada por el Tribunal.

Que, en consecuencia, el Tribunal no podía darle efectos retroactivos a esa decisión jurisprudencial. Que de ser así, se violaría el principio de confianza



legítima, en tanto Cofinorte actuó bajo el entendimiento de que su actuación sería interpretada de acuerdo con la posición jurisprudencial vigente al momento de la expedición de las resoluciones.

Señaló que al momento de la expedición de los actos administrativos demandados, el criterio de la Corte Constitucional en relación con las atribuciones sancionatorias de la Superintendencia estaba recogida en la sentencia C-1166 de 2000, según la cual esa facultad no podía ser ejercida con base en resoluciones o reglamentos expedidos por la misma entidad.

De otra parte, dijo que el Tribunal consideró que la sanción por violar los márgenes de solvencia tuvo como fundamento el Decreto 673 de 1995 y no la aplicación de la Circular 100 de 1995. Que, sin embargo, desconoció que la violación de la relación de solvencia tuvo como causa la variación en la calificación de los créditos de acuerdo a factores subjetivos, según la Circular 100 de 1995, lo que a la vez generó que se aumentaran las provisiones por la degradación de los créditos y su impacto en los estados financieros.

d) Violación de los límites temporales de la facultad para ordenar rectificaciones a los estados financieros

Dijo que la Superintendencia puede exigir la rectificación de los estados financieros, con afectación para el período objeto de revisión, si formula el requerimiento dentro del mes siguiente a su presentación.



Que, en el presente caso estaba probado que Cofinorte envió por primera vez, válidamente, sus estados financieros con corte a diciembre de 1998, el 20 de enero de 1999. Que no había objeción en cuanto a que los estados financieros, sin modificación alguna, fueron enviados por vía escrita el primero de febrero de 2001.

Que, sin embargo, el Tribunal no explicó por qué consideró que la demandante no entregó los estados financieros de manera completa. Que, por el contrario, se limitó a inferir que por el simple hecho de que la Superintendencia había hecho requerimientos, eso daba a entender que no se había enviado la información completa.

Advirtió que las pruebas del proceso daban cuenta de que Cofinorte entregó información fundamental para que la Superintendencia se formara una opinión válida con respecto a los estados financieros.

Señaló que solo hasta el 15 de febrero de 1999 Cofinorte entregó información que pudiera considerar adicional, mientras que la Superintendencia requirió información adicional únicamente hasta el 16 de marzo de 1999, es decir, transcurrido el mes que la ley prevé para que las rectificaciones en los estados financieros se reflejen en el período objeto de revisión.

Que el plazo estipulado en el artículo 40 de la ley 222 tiene que referirse al envío completo de la información sustancial, con base en la cual la Superintendencia puede tomar decisiones y que no puede extenderse a la



solicitud de información adjetiva o irrelevante, puesto que abriría las puertas a arbitrariedades.

e) Expedición irregular del acto y violación del derecho de audiencia y de defensa

Dijo que contra la Resolución 0997 de 1999, el 15 de julio de 1999, la demandante interpuso recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del acto administrativo.

Que cuando la Superintendencia, el 4 de diciembre de 2000, resolvió el recurso de reposición mediante la Resolución 1787 de 2000, Cofinorte se vio abocada a pronunciarse sobre los argumentos esgrimidos en dicha providencia y sobre los puntos frente a los que no se pronunció.

Sostuvo que la demandante procedió a sustentar el recurso de apelación interpuesto en subsidio al de reposición dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto, puesto que, como era normal, tendría que pronunciarse sobre lo omitido en la reposición. Que, sin embargo, la Superintendencia sostuvo que la sustentación de este recurso fue extemporánea puesto que aquella se surtió en el momento en que se sustentó el recurso de reposición.

Dijo, que sin embargo, esa interpretación de los artículos 51 y 53 del C.C.A., era errada y que conduciría a que se violara el debido proceso, puesto que no se podrían contradecir los yerros en los que haya incurrido el funcionario al pronunciarse o dejar de pronunciarse sobre lo argumentado en el recurso.



2.5. Alegatos de conclusión

2.5.1. De la parte demandante

Cofinorte reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.5.2. De la parte demandada

La Superintendencia reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Agregó que el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del Tribunal no fue debidamente sustentado porque se limitó a insistir en los reparos formulados en la primera instancia.

También advirtió que la sentencia C-1161 de 2000, invocada por la demandante, tuvo efecto a partir del 11 de octubre de 2000, fecha de ejecutoria de la providencia y que, en todo caso, sus efectos no fueron retroactivos.

Sostuvo que en atención a que la Resolución 0997, mediante la que se impuso la sanción en controversia, fue expedida el 29 de junio de 1999, esto es, con anterioridad a la sentencia C-1161 de 2011, esa providencia no era aplicable en el caso de Cofinorte.



2.6. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto.

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la demandante, la Sala decide sobre la nulidad i) de la Resolución 0997 del 29 de junio de 1999 «*por medio de la cual se impone una sanción pecuniaria a la Corporación Financiera del Norte S.A.*», ii) de la Resolución 1787 del 20 de noviembre de 2000, «*por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición*» iii) y de la Resolución 0292 del 24 de marzo de 2001 «*por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación*», expedidas por la Superintendencia Bancaria.

En concreto, la Sala debe resolver si es procedente la sanción impuesta por la Superintendencia a Cofinorte, por incurrir en defectos del margen de solvencia.

3.1. Hechos probados

Para resolver la controversia son relevantes los siguientes hechos probados:



- La Corporación Financiera del Norte S.A. es un establecimiento de crédito sometido al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera².

- El primero de febrero de 1999, Cofinorte remitió a la Superintendencia Bancaria los estados financieros de cierre de ejercicio con corte a 31 de diciembre de 1998, en los que registró una pérdida de \$4.592.3 millones³.

- Mediante los oficios 1999003726-1⁴, 1999003726-2⁵, 1999003726-6⁶, 1999003726-7⁷ y 1999003726-17⁸, expedidos entre marzo y mayo de 1999, la Superintendencia solicitó a Cofinorte explicaciones sobre algunos hechos de los que tuvo conocimiento como resultado parcial de una inspección practicada por el ente de control y ordenó la constitución de provisiones adicionales, ajustes que deberían registrarse en los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1998.

- Mediante el Oficio 1999005096-1⁹ del 18 de marzo de 1999, la Superintendencia informó a Cofinorte que, con el fin de prever que los estados financieros de propósito general, con corte a 31 de diciembre de 1998, reflejaran la real situación económica y financiera de la entidad, hasta tanto la entidad vigilada no realizara las provisiones ordenadas en

² Folios 2 del C.P.

³ Folio 1 del C.A.A. 1

⁴ Folios 124 al 139 del C.A.A. 1

⁵ Folios 140 y 141 del C.A.A a

⁶ Folios 169 al 196 del C.A.A. 1

⁷ Folios 198 al 217 del C.A.A. 1

⁸ Folios 350 al 350 del C.A.A. 1

⁹ Folios 144 del C.A.A.1



los oficios referidos en el numeral anterior, no emitiría pronunciamiento sobre los referidos estados financieros.

- El 4 de mayo de 1999, Cofinorte le informó a la Superintendencia que en cumplimiento de los requerimientos antes referidos, realizó los ajustes a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1998¹⁰.
- El 26 de mayo de 1999, mediante el Oficio 1999032845-0, la Superintendencia informó a Cofinorte que, una vez efectuada la liquidación de la relación de activos ponderados por nivel de riesgo a patrimonio técnico, con base en la información suministrada para los meses de diciembre de 1998 a abril de 1999, pudo constatar que registraba defectos en la relación del patrimonio técnico y, en consecuencia, le solicitó las explicaciones a que hubiera lugar¹¹.
- El 29 de junio de 1999, mediante la Resolución 0997, la Superintendencia sancionó a Cofinorte por defectos en la relación de solvencia así¹²:

Periodo	Multa
Diciembre de 1998	\$413.011.000
Enero de 1999	\$427.976.000
Febrero de 1999	\$415.272.000
Marzo de 1999	\$412.267.000
Abril de 1999	\$400.966.000
Total	\$2.069.492.000

¹⁰ Folios 396 al 417 del C.A.A. 1

¹¹ Folios 428 y 429 del C.A.A. 1

¹² Folios 43 al 48 del C.P.

- El 15 de junio de 1999, Cofinorte interpuso recurso de reposición, y, en subsidio el de apelación, contra la Resolución 0997 del 29 de junio de 1999¹³.
- El 20 de noviembre de 2000, mediante la Resolución 1787, la Superintendencia, al resolver el recurso de reposición, confirmó en su integridad la Resolución 0997 del 29 de junio de 1999¹⁴.
- El 11 de diciembre de 2000, Cofinorte presentó escrito para sustentar el recurso de apelación interpuesto el 15 de julio de 1999 contra la Resolución 0997 de 1999¹⁵.
- El 22 de marzo de 2002, mediante la Resolución 0292, la Superintendencia resolvió el recurso de apelación en el sentido de confirmar la Resolución 0997 de 1999¹⁶.

3.2. De la procedencia de la sanción

En desarrollo de los artículos 48, literal c), y 52 del EOSF, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 673 de 1994 *«por el cual se dictan normas sobre patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito»*¹⁷.

¹³ Folios 72 al 90 del C.P.

¹⁴ Folios 51 al 61 del C.P.

¹⁵ Folios 91 al 95 del C.P.

¹⁶ Folios 72 al 71 del C.P.

¹⁷ El Decreto 673 de 1994 fue derogado expresamente por el artículo 17 del Decreto 1720 de 2001.



Sobre el nivel de patrimonio adecuado y la relación de solvencia, los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 673 de 1994¹⁸, establecían lo siguiente:

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las que le confieren 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,

DECRETA:

Artículo 1º. Patrimonio adecuado. Los establecimientos de crédito deberán cumplir las normas sobre niveles de patrimonio adecuado contempladas en este Decreto con el fin de proteger la confianza del público en el sistema y asegurar su desarrollo en condiciones de seguridad y competitividad.

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.

¹⁸ Decreto derogado por el artículo 17 del Decreto 1720 de 2001.



Por su parte, el artículo 14 del citado decreto estableció la sanción que se imponía a los establecimientos de crédito por incurrir en defectos de la relación de solvencia, en los siguientes términos:

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.*

El literal c) del artículo 48 y el artículo 52 del EOSF, vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos en controversia, disponían:

ARTICULO 48. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN. Facultades del Gobierno Nacional. *En desarrollo de lo previsto en el artículo 46 del presente Estatuto, el Gobierno Nacional tendrá las siguientes funciones de intervención en relación con las entidades financieras y aseguradoras sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y, en general, respecto de las entidades cuyas actividades consistan en el manejo, aprovechamiento y la inversión de recursos captados del público:*

(...)

c. 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;

(...)

ARTICULO 52. 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.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-1161 del 6 de septiembre de 2000, declaró inexecutable el artículo 52 del EOSF¹⁹ porque consideró que mediante esa norma, el legislativo transfirió al ejecutivo la facultad de establecer sanciones, en contra del principio de legalidad de las sanciones. Para el efecto señaló:

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 administrativa⁷. 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"⁸

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

¹⁹ En la actualidad el Artículo 52 del EOSF dispone: **INTERVENCIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA MEDIDA DE EXCLUSIÓN DE ACTIVOS Y PASIVOS.** Artículo adicionado por el artículo 7 de la Ley 795 de 2003. El Gobierno Nacional intervendrá para establecer las normas de acuerdo con las cuales se ejecutarán las medidas de exclusión de activos y pasivos y desmonte progresivo de operaciones, de acuerdo con las reglas generales previstas en los numerales 11 y 12 del artículo 113 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. En desarrollo de la facultad de intervención que se regula en el presente artículo el Gobierno Nacional dictará las normas aplicables en el evento en que se establezca la existencia de activos sobrevaluados o de pasivos subvaluados.



Procuraduría, esa disposición desconoce el principio de legalidad en este campo. El artículo 52 del EOSF será entonces retirado del ordenamiento.

La multa impuesta por la Superintendencia a Cofinorte mediante los actos administrativos demandados, tuvo como fundamento el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 que, como se advirtió, fijó la sanción por incurrir en defectos en el margen de solvencia con base en la facultad que le fue otorgada al Gobierno Nacional por el artículo 52 del EOSF.

Como lo ha señalado la Sala, a partir de la ejecutoria de la sentencia C-1161 de 2000, el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 perdió fuerza ejecutoria dado que, de acuerdo con lo previsto en el numeral segundo del artículo 66 del C.C.A.²⁰, desaparecieron sus fundamentos de derecho, figura conocida como decaimiento del acto administrativo²¹.

Cuando desaparece el fundamento del acto administrativo, que es una circunstancia sobreviniente a su expedición y existencia, el acto deja de tener

²⁰ **Código derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011. ARTICULO 66. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA.** Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia.

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. C.P.: Héctor J. Romero Díaz. 26 de junio de 2008. Radicación: 250002327000200201000 01(15621).



efectos hacia el futuro²², por esa razón, el decaimiento del Decreto 673 de 1994 tendría lugar a partir del 11 de octubre de 2000, fecha de ejecutoria de la sentencia C-1161.

La Sala ha precisado que cuando determinada situación jurídica aún no está consolidada²³, no se puede resolver con fundamento en normas declaradas inexequibles o nulas, pues, en ese evento, lo que ocurre es que el caso se resuelve con las normas que sean aplicables y que se encuentren vigentes.

Por eso, no es que la sentencia se aplique de manera retroactiva a la situación jurídica no consolidada, sino que se aplica de manera inmediata en el sentido de dejar de aplicar la norma declarada nula²⁴, en este caso inexequible.

En el caso que convoca la presente controversia, la conducta constitutiva de la infracción objeto de la sanción impuesta por la Superintendencia con fundamento en el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, tuvo lugar durante los meses de diciembre de 1998 y de enero a abril de 1999.

Lo anterior significa que al momento de imponerse la sanción, esto es el 8 de julio de 1999 –fecha de notificación de la Resolución 0997²⁵, el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 estaba produciendo efectos jurídicos.

²² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta C.P.: Martha Teresa Briceño de Valencia. 25 de julio de 2013. Radicación: 730012331000201100523 01(19547).

²³ Como cuando, por ejemplo, el acto que creó, modificó o extinguió la situación jurídica particular y concreta está demandado y pendiente de resolver la demanda.

²⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Bogotá, 2 de agosto de 2012. C.P.: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas Radicación: 760012331000200303286 01 (17979).

²⁵ Folio 48 del C.P.

Sin embargo, la decisión de imponer la sanción quedó ejecutoriada el 24 de mayo de 2002 –fecha de notificación de la Resolución 0292– mediante la que se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 0997²⁶, de tal forma que para ese entonces el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 no podía ser el sustento de la multa impuesta, pues la Superintendencia había perdido su potestad sancionadora con base en ese acto normativo.

Por tanto, aunque el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 era válido y estaba produciendo efectos cuando Cofinorte incurrió en la conducta sancionable, al momento de castigar la infracción, cuyo acto administrativo quedó ejecutoriado con la resolución de los recursos interpuestos, se presentó un hecho sobreviniente que lo dejó sin fundamento jurídico, razón por la que era inaplicable.

Por lo anterior, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar, declarará la nulidad de los actos administrativos demandados y que, en consecuencia, Cofinorte no está obligada a pagar la multa impuesta mediante los actos administrativos demandados.

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,

²⁶ Folio 71 del C.P.



F A L L A

PRIMERO: REVÓCASE el numeral segundo de la sentencia del 25 de agosto de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, en el contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la Corporación Financiera de Norte S.A. – Cofinorte contra la Superintendencia Bancaria de Colombia. En su lugar, **ANÚLANSE** los actos administrativos demandados.

SEGUNDO: en consecuencia, y como restablecimiento del derecho, **DECLÁRASE** que la Corporación Financiera de Norte S.A. – Cofinorte no está obligada a pagar la multa impuesta mediante los actos administrativos anulados.

TERCERO: en lo demás, **CONFÍRMASE** la sentencia apelada.

CUARTO: RECONÓCESE personería al abogado Guillermo Alberto Duarte Quevedo como apoderado de la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Presidente de la Sala



HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ