

POSICION PROPIA - Definición legal / INTERMEDIARIO DEL MERCADO CAMBIARIO - Debe determinar diariamente el nivel de su posición propia / PATRIMONIO TECNICO DE ENTIDAD FINANCIERA - El 20 por ciento del mismo es el monto máximo de la posición propia

Según la Resolución 16 de 1999 de la Junta Directiva del Banco de la República "El monto máximo de posición propia de contado de que trata la Resolución Externa 12 de 1999 no podrá superar el 20% del patrimonio técnico de la entidad.". La posición propia está definida en el artículo 1° de la Resolución 26 de 1996 de la JD del Banco de la República como "la diferencia entre todos los derechos y obligaciones denominados en moneda extranjera registrados dentro y fuera del balance, realizados o contingentes, incluyendo aquellos que sean liquidables en moneda legal colombiana". Los intermediarios del mercado cambiario deben determinar diariamente el nivel de su posición propia, teniendo en cuenta para cada día del mes el patrimonio técnico reportado con sus estados financieros a la Superintendencia Bancaria correspondiente al segundo mes calendario anterior.

POSICION PROPIA - Su base para controlarla no se modifica por los ajustes que ordene la Superbancaria / PATRIMONIO TECNICO DE ENTIDAD FINANCIERA - Para el control de la posición propia se tiene en cuenta el reportado en los estados financieros / ESTADOS FINANCIEROS - Su ajuste no se tiene en cuenta para el control de la posición propia de la entidad financiera / INTERMEDIARIO DEL MERCADO CAMBIARIO - Debe ajustar la posición propia en el día hábil siguiente al exceso o defecto

Debe destacarse que el control de la posición propia se realiza diariamente, de tal manera que si se presentaban excesos o defectos sobre los límites máximos y mínimos, deben realizarse los ajustes en el día hábil siguiente a la ocurrencia de esta circunstancia, de conformidad con el artículo 5° de la Resolución 26 de 1999 del Banco de la República. Para el adecuado cumplimiento de esta obligación, debe tenerse en cuenta el patrimonio técnico que en ese momento ha sido reportado con sus estados financieros correspondientes a los dos meses anteriores a aquél en el que se realiza el control, porque éste es el parámetro reconocido tanto por la entidad financiera, como por los organismos de control. La base para establecer la posición propia no se modifica por la eventual orden posterior de la Superintendencia Bancaria para ajustar los estados financieros y que implique disminuir o aumentar el patrimonio técnico del intermediario cambiario, pues el control sobre la posición propia es inmediato y no tendría ningún efecto reprochar el exceso o defecto, en un momento en que no es posible hacer ningún ajuste a los derechos y obligaciones denominados en moneda extranjera. De conformidad con el artículo 6° de la Resolución 26 de 1996 del Banco de la República, la sanción precede cuando el intermediario cambiario no ajuste el nivel de posición propia a los límites previstos, en el día hábil siguiente a la fecha en que se produjo el exceso o defecto.

SANCION POR EXCESO EN POSICION PROPIA - Se calcula sobre el patrimonio técnico reportado en los estados financieros antes de ajuste / ESTADOS FINANCIEROS DE ENTIDAD FINANCIERA - Los remitidos a la Superbancaria antes de ajustes son los que se tienen en cuenta para calcular la posición propia

La Superintendencia Bancaria considera que para establecer la posición propia debe atenderse al patrimonio técnico reflejado en los estados financieros retransmitidos con ocasión de los ajustes ordenados, porque estos son los que

reflejan la real situación económica de la entidad vigilada. Al respecto, la Sala estima que esta tesis implicaría que los posibles errores, omisiones o inexactitudes que presente la contabilidad del intermediario cambiario y que determine el órgano de control, no sólo generaría los ajustes y sanciones previstas por el incumplimiento de regulaciones contables, sino además una cascada de penalidades por superar los toques que resultan modificados, de tal manera que como advierte la parte demandante, en este caso la multa se impone, no por los excesos en posición propia, sino por las inconsistencias que reflejaron los estados financieros. Para controlar la posición propia y evitar la exposición de los intermediarios a la volatilidad de la tasa de cambio, se requiere que la vigilancia sea permanente e inmediata, por ello, los balances de referencia deben ser los que en ese momento han sido remitidos a la Superintendencia, como lo deja en evidencia el inciso segundo del artículo 3° de la Resolución 26 de 1996 al prever para los eventos en que no se haya hecho el reporte oportuno de los estados financieros, que se tenga en cuenta el patrimonio técnico más recientemente reportado.

SANCION POR EXCESO EN POSICION PROPIA - No hay lugar a ella cuando no se supera los límites del patrimonio técnico / REINTEGRO DE SANCION POR EXCESO EN POSICION PROPIA - Procede cuando no hay lugar a ella conforme al artículo 177 del C.C.A. / INTERESES CORRIENTES Y MORATORIOS - Deben reconocerse cuando se ordena el reintegro de multas indebidamente pagadas

De acuerdo con lo expuesto, y toda vez que en el presente caso, el Banco Davivienda no superó los límites de posición propia atendiendo al patrimonio técnico reportado para ese momento, no había lugar a imponer la sanción y en consecuencia debe revocarse la sentencia impugnada y en su lugar, se declarará la nulidad de los actos acusados. Como restablecimiento del derecho, se ordenará el reintegro de la multa cancelada por el demandante, junto con los intereses comerciales y moratorios, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Adicionalmente, la entidad demandada deberá anular cualquier registro o anotación en relación con dicha multa, que constituya antecedente para el Banco.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: LIGIA LOPEZ DIAZ

Bogotá, D.C., Once (11) de diciembre de dos mil siete (2007)

Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00867-01(15724)

Actor: BANCO DAVIVIENDA S.A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA BANCARIA

Referencia: SANCIONES BANCARIAS

F A L L O

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 28 de julio de 2005 proferida por la Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra los actos administrativos proferidos por la Superintendencia Bancaria, mediante las cuales sancionó al BANCO DAVIVIENDA S.A. con una multa equivalente a la suma de \$208'531.935,10, por los excesos de posición propia operativa y de contado, presentados en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2000.

ANTECEDENTES

La Superintendencia Bancaria le solicitó explicaciones al Banco Davivienda, mediante oficios del 6 y 8 de febrero de 2001, por los excesos de posición propia,¹ presentados en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2000.

La demandante respondió que no presentó excesos de posición propia en los meses mencionados, porque el patrimonio técnico base de control, fue calculado con los balances transmitidos el 20 de julio, el 10 de agosto y el 8 de septiembre de 2000, y no sobre los estados financieros que fueron retransmitidos posteriormente con ocasión de los ajustes ordenados por la Superintendencia.

La Superintendencia Bancaria desestimó las explicaciones y profirió la Resolución 0053 del 18 de enero de 2002, en la cual impuso multas por los excesos de posición propia **operativa** por las sumas de \$52'103.967,09 por los días del 1 al 31 de agosto de 2000; \$29'471.904,39 por los días del 1° al 13 y 28 de septiembre de 2000, y la suma de \$22'690.096,07 por los excesos presentados entre el 3 y el 19 de octubre de 2000. Adicionalmente impuso multas por exceso de posición propia **de contado** para los mismos periodos, por idénticos valores.

Contra el anterior acto se interpusieron los recursos de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos mediante las Resoluciones 0825 del 25 de julio de 2002 y

¹ De acuerdo con el artículo 1° de la Resolución 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República se define posición propia como “*la diferencia entre todos los derechos y obligaciones denominados en moneda extranjera registrados dentro y fuera del balance, realizados o contingentes, incluyendo aquellos que sean liquidables en moneda legal colombiana.*”. En la misma forma ha sido definida por las Resoluciones externas 4 de 2001 y 2 de 2003 de la Junta Directiva del Banco de la República.

0439 del 15 de mayo de 2003 respectivamente, confirmando la actuación impugnada.

DEMANDA

El BANCO DAVIVIENDA S.A. demandó la nulidad de las Resoluciones 0053 del 18 de enero de 2002, 0825 del 25 de julio de 2002 y 0439 del 15 de mayo de 2003, proferidas por la Superintendencia Bancaria, en las que impuso una sanción pecuniaria.

Como restablecimiento del derecho solicitó ordenar el reintegro de la multa cancelada por el demandante (\$208'531.935,10), junto con los intereses comerciales y corrientes desde el 12 de junio de 2003, fecha en que se efectuó el pago y hasta la ejecutoria de la sentencia, e intereses moratorios a partir del día siguiente a ésta última fecha, conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Así mismo, que se cancele cualquier registro o anotación en relación con dicha multa que constituya antecedente para el Banco y se informe de la declaratoria de nulidad, en caso que se haya informado sobre la sanción a cualquier entidad pública o privada.

Los cargos de la demanda se resumen a continuación:

La Administración interpretó erróneamente el artículo 3° de la Resolución 26 de 1996 y el artículo 1° de la Resolución 16 de 1999, en concordancia con la Resolución 5 del mismo año, todas de la Junta Directiva del Banco de la República, y vulneró el artículo 29 de la Constitución Política.

El límite de la posición propia es un porcentaje del patrimonio técnico, el cual debe ser determinado previamente. El artículo 3° de la Resolución Externa 26 de 1996 señaló expresamente que debe tenerse en cuenta el patrimonio técnico "*reportado*" a la Superintendencia Bancaria con los estados financieros, correspondientes al segundo mes calendario anterior.

Debe tenerse en cuenta el patrimonio técnico que conoce el intermediario, pues la expresión "*reportado*" implica un hecho cumplido. El Banco tuvo en cuenta para establecer el límite de su posición propia para los meses de agosto, septiembre y

octubre de 2000 los estados financieros de junio, julio y agosto del mismo año, los cuales fueron transmitidos en julio, agosto y septiembre, respectivamente.

La Superintendencia Bancaria ordenó unos cambios en los estados financieros de la demandante, lo que generó un nuevo patrimonio técnico que sólo fue informado con los estados financieros retransmitidos el 29 de diciembre de 2000 y el 17 de enero de 2001, por lo que no pueden tenerse en cuenta para el límite de posición propia de periodos que ya habían transcurrido, como pretende la entidad demandada.

Para establecer el límite de posición propia de un día determinado, no puede tomarse el patrimonio técnico retransmitido con posterioridad a esa fecha, porque no se conoce. Ello implica una obligación imposible de cumplir y no son claras las razones por las que el intermediario financiero debe asumir una sanción por un desequilibrio en su posición propia que no existía cuando fue calculada.

De los actos acusados puede concluirse que la Administración sancionó a la demandante no sólo por el exceso de su posición propia, sino por la violación del Decreto 2649 de 1993 y de la Circular Externa 100 de 1995 expedida por la Superintendencia Bancaria, porque los estados financieros de junio, julio y agosto supuestamente no reflejaron la realidad económica del Banco, sin embargo, en la solicitud de explicaciones no se hizo referencia a ésta última situación, con lo que afectó el debido proceso, pues no se le permitió defenderse en relación con el incumplimiento de disposiciones contables.

OPOSICIÓN.

La Superintendencia Bancaria respondió la demanda solicitando negar sus pretensiones y que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandante. Se refirió a los cargos de la demanda con los planteamientos que se resumen en seguida.

Las normas que regulan la posición propia de los intermediarios del mercado cambiario son de carácter obligatorio y pretenden evitar que se asuman riesgos de

tasa de cambio o de especulación y mantener el equilibrio económico de las entidades vigiladas.

El artículo 2 de la Resolución Externa 26 de 1996 fijó como monto máximo de posición propia el 20% del patrimonio técnico del intermediario.

Los intermediarios deben tener en cuenta para calcular su posición propia durante todos los días del mes, el patrimonio técnico reportado para el segundo mes calendario anterior, que será aquel que se remita libre de incorrecciones, el que refleje la situación financiera del establecimiento.

Todo balance debe ser elaborado y transmitido conforme a las disposiciones legales, los estados financieros intermedios deben ser confiables y oportunos, por ello no es procedente que la posición propia se determine con base en las cifras del patrimonio técnico reportado en unos estados financieros que no evidencian las cifras reales. El cálculo que hizo el banco se basó en unas cifras aparentes que no reflejaban su situación financiera, lo que lo exponía a las fluctuaciones del mercado cambiario.

Las modificaciones a los balances que la Superintendencia ordena, provienen de su obligación legal de exigir a sus vigilados que registren su realidad financiera con el lleno de los requisitos establecidos. En este caso, las correcciones ordenadas no fueron cuestionadas formalmente y por el contrario se acataron por DAVIVIENDA retransmitiendo sus estados financieros de los meses de junio, julio y agosto de 2000 el 29 de diciembre del mismo año y el 17 de enero de 2001. Así las cosas, con los datos correctos se configuró el exceso en el límite de posición propia global y de contado para los periodos 1 al 31 de agosto, del 1 al 13 y 28 de septiembre y del 3 al 19 de octubre de 2000.

Como se observa en los actos acusados, desde el inicio de la actuación administrativa y en el acto sancionatorio se precisó que el hecho infractor fue el exceso en posición propia y se citó el fundamento legal correspondiente. Si bien se hizo alusión al recálculo de patrimonio técnico, fue para responder los planteamientos del Banco. Los análisis que se hicieron a los estados financieros en ese sentido no pueden considerarse como una acusación diferente o como el fundamento de la sanción. Por tanto, no existe ninguna incongruencia entre la solicitud de explicación y la resolución de sanción.

LA SENTENCIA APELADA

La Subsección "A" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia del 28 de julio de 2005, declaró probada, de oficio, la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa en relación con el segundo de los cargos planteados en la demanda y negó las súplicas de la demanda.

Consideró que el patrimonio técnico que sirve de referencia para determinar los límites de posición propia es el reportado con los estados financieros correspondientes al segundo mes anterior, los cuales no son inmodificables, pues están sujetos al pronunciamiento de la Superintendencia Bancaria, que debe dictaminar si cumplen con las normas contables y de no ser así, debe advertir las inconsistencias y ordenar las modificaciones correspondientes para que la información refleje la realidad económica del ente vigilado.

Los estados financieros presentados inicialmente por el Banco Davivienda S.A. no se ajustaron a las normas contables, por lo que fueron objeto de modificaciones que incidieron en los balances de julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2000, incluyendo el patrimonio técnico que sirve de referencia para establecer la posición propia. Este ajuste forzoso es responsabilidad del intermediario cambiario quien debe asumir las consecuencias que se derivan de sus inconsistencias.

En consecuencia los límites de referencia de posición propia operativa y de contado se deben remitir al patrimonio técnico establecido en los balances financieros ajustados a la realidad, esto es, aquellos que fueron retransmitidos.

Frente al planteamiento de la demanda en el sentido que la sanción impuesta también obedeció a la violación de normas contables, asunto sobre el que no se le requirieron explicaciones a la parte actora, el Tribunal concluyó que estos argumentos no fueron expuestos a la Administración en los recursos interpuestos, por lo que no podían plantearse en sede jurisdiccional, en consecuencia concluyó que no se agotó la vía gubernativa en relación con este cargo.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante impugnó la providencia alegando que el Tribunal no consideró los argumentos de la demanda, por lo que los plantea nuevamente.

Insistió que el artículo 3° de la Resolución Externa 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República es clara en señalar que el patrimonio técnico que debe tenerse en cuenta durante todos los días de cada mes para establecer el monto máximo de posición propia, es el patrimonio técnico reportado con los estados financieros correspondiente al segundo mes calendario anterior, que es el que en su momento conoce el intermediario y sobre el cual realiza el control diario.

La norma no dice que deba ser el patrimonio técnico reportado con los estados financieros retransmitidos por orden de la Superintendencia Bancaria. Para determinar el límite de posición propia, es necesario que el patrimonio técnico base se conozca. No es posible cumplir con el tope que resulta de la orden posterior del ente de control.

Invocó la sentencia del 1° de abril de 2004 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en la cual se concluyó que no es posible tener en cuenta el patrimonio técnico reportado con los estados financieros retransmitidos.

Solicitó revocar la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, en relación con el segundo cargo planteado en la demanda, porque existe identidad en la pretensión sometida ante la Administración.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

La parte demandada solicitó en escrito separado, practicar la audiencia pública consagrada en el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo.

En sus alegatos llamó la atención sobre las facultades de regulación cambiaria de la Junta Directiva del Banco de la República y reiteró la importancia de regular la posición propia de los intermediarios del mercado cambiario, concluyendo que por

la trascendencia del tema es necesario implementar los ajustes a que haya lugar cuando se detecten errores en la posición propia.

No es posible deducir que la norma tenga en cuenta únicamente los estados financieros inicialmente transmitidos, pues es preciso que sean ajustados a la realidad y a la ley.

Los cambios que deban efectuarse a los estados financieros reportados por las instituciones vigiladas y que conlleven la modificación de cifras erróneas implican su responsabilidad.

La facultad de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) para revisar los estados financieros de sus vigiladas se deriva del artículo 326 del EOSF y su finalidad es que estas entidades presenten información contable ajustada a su realidad económica y financiera, pues a partir de ella se determina el cumplimiento de las normas en materia de controles de ley.

Aceptar el criterio del demandante implica a que los límites requeridos de posición propia queden al arbitrio de las entidades vigiladas y no del supervisor financiero, permitiendo la emisión de información encaminada a dar cumplimiento formal de los controles legales y desnaturalizándose la función de supervisión de la entidad demandada.

El demandante aceptó la enmienda de los estados financieros, pero olvidando que las correcciones obligaron a la retransmisión tanto de los nuevos reportes como de los cálculos de los controles de ley. Los ajustes contables ordenados deben trascender en los estados financieros y en las autoliquidaciones. Esta orden fue proferida mediante actos administrativos susceptibles de ser impugnados.

La sentencia del Consejo de Estado invocada por el apelante, no corresponde a la misma situación que ahora se plantea, pues en aquella ocasión se discutía una multa impuesta por la violación a los cupos individuales de endeudamiento, y en este caso se trata de una sanción por exceso en la posición propia. En todo caso, solicitó reconsiderar el criterio allí expuesto y en consecuencia que no se tengan en cuenta los estados financieros transmitidos inicialmente sino aquellos elaborados con sujeción a las disposiciones legales.

El demandante no agotó la vía gubernativa en relación con el segundo cargo de la demanda, como lo declaró el Tribunal, por lo que el Consejo de Estado debe abstenerse de pronunciarse al respecto. Advirtió que la entidad sancionó los excesos en posición propia y no la omisión en la presentación de los estados financieros.

MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora sexta delegada ante el Consejo de Estado consideró que la sentencia de primera instancia debe revocarse y en consecuencia declarar la nulidad de los actos demandados.

Consideró que la base para determinar el monto máximo de posición propia es el patrimonio técnico informado con anterioridad a la Superintendencia Bancaria, como ocurre con los topes del cupo individual de crédito, este último asunto fue analizado por el Consejo de Estos. Citó en ese sentido las Sentencias de esta Corporación del 1 de abril de 2004 y del 6 de abril de 2006, exp. 13454 y 13883.

Teniendo en cuenta el término que tiene el intermediario cambiario informar su posición propia, no puede interpretarse que su base sea el patrimonio técnico arrojado por los estados financieros retransmitidos posteriormente a la Superintendencia Bancaria, porque la norma establece que debe atenderse a los transmitidos inicialmente, por cuanto esta es la base que el Banco conoce al momento de determinar su posición propia.

AUDIENCIA PÚBLICA

El día 21 de noviembre de 2007, en cumplimiento de los Autos del 24 de octubre y 13 de noviembre del mismo año, se realizó la audiencia pública de que trata el artículo 147 del Código Contencioso Administrativo con participación de las partes demandante y demandada quienes reiteraron sus argumentos expuestos en el trámite del proceso. El Ministerio Público solicitó revocar la sentencia impugnada y acceder a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sección Cuarta de esta Corporación conocer en segunda instancia de la apelación contra la Sentencia del 28 de julio de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda contra los actos expedidos por la Superintendencia Bancaria, en los que impuso una sanción pecuniaria al BANCO DAVIVIENDA S.A., por quebrantar disposiciones relacionadas con la posición propia, en su condición de intermediario del mercado cambiario.

Según la Resolución 16 de 1999 de la Junta Directiva del Banco de la República *“El monto máximo de posición propia de contado de que trata la Resolución Externa 12 de 1999 no podrá superar el 20% del patrimonio técnico de la entidad.”*

La posición propia está definida en el artículo 1° de la Resolución 26 de 1996 de la JD del Banco de la República como *“la diferencia entre todos los derechos y obligaciones denominados en moneda extranjera registrados dentro y fuera del balance, realizados o contingentes, incluyendo aquellos que sean liquidables en moneda legal colombiana.”*

Los intermediarios del mercado cambiario deben determinar diariamente el nivel de su posición propia, teniendo en cuenta para cada día del mes el patrimonio técnico reportado con sus estados financieros a la Superintendencia Bancaria correspondiente al segundo mes calendario anterior. Disponía el artículo 3° de la Resolución 26 de 1996 lo siguiente:

‘Patrimonio técnico. *Para los efectos de la presente resolución, los intermediarios deberán tener en cuenta durante todos los días de cada mes el patrimonio técnico reportado con sus estados financieros a la Superintendencia Bancaria correspondiente al segundo mes calendario anterior. Esta regla se aplicará a partir del 1° de enero de 1997, fecha hasta la cual continuará aplicándose lo previsto en el artículo 3° de la Resolución Externa 8 de 1996.*

Tratándose de estados financieros de corte de ejercicio o cuando no se haya hecho el reporte oportunamente a la Superintendencia Bancaria, se tendrá en cuenta el patrimonio técnico más reciente que se haya reportado a dicho organismo.

Cuando un intermediario del mercado cambiario realice una colocación de acciones o cuotas representativas de su capital, el monto de las acciones emitidas y efectivamente pagadas se podrá adicionar dentro del patrimonio técnico a que se refiere el presente artículo a partir del mismo mes en que se haya informado a la Superintendencia Bancaria acerca del monto del nuevo capital pagado.

Con el propósito de establecer los límites de que trata la presente resolución, el patrimonio técnico base deberá convertirse a moneda extranjera. Para la conversión las entidades utilizarán la tasa de cambio informada por la Superintendencia Bancaria para reexpresar las cifras de sus estados financieros del mes anterior aquel en el cual se debe calcular la posición propia.”

A partir del anterior marco normativo, se discute en el presente caso, si para establecer los límites de posición propia de los intermediarios del mercado cambiario cuando la Superintendencia Bancaria haya exigido ajustar los estados financieros, debe tenerse en cuenta el patrimonio técnico reportado inicialmente o aquel que resulte de la retrasmisión de los balances en cumplimiento de la orden impartida por la entidad de vigilancia.

Al respecto, debe destacarse que el control de la posición propia se realiza diariamente, de tal manera que si se presentaban excesos o defectos sobre los límites máximos y mínimos, deben realizarse los ajustes en el día hábil siguiente a la ocurrencia de esta circunstancia, de conformidad con el artículo 5° de la Resolución 26 de 1999 del Banco de la República. Para el adecuado cumplimiento de esta obligación, debe tenerse en cuenta el patrimonio técnico que en ese momento ha sido reportado con sus estados financieros correspondientes a los dos meses anteriores a aquél en el que se realiza el control, porque éste es el parámetro reconocido tanto por la entidad financiera, como por los organismos de control.

La base para establecer la posición propia no se modifica por la eventual orden posterior de la Superintendencia Bancaria para ajustar los estados financieros y que implique disminuir o aumentar el patrimonio técnico del intermediario cambiario, pues el control sobre la posición propia es inmediato y no tendría ningún efecto reprochar el exceso o defecto, en un momento en que no es posible

hacer ningún ajuste a los derechos y obligaciones denominados en moneda extranjera.

De conformidad con el artículo 6° de la Resolución 26 de 1996 del Banco de la República, la sanción precede cuando el intermediario cambiario no ajuste el nivel de posición propia a los límites previstos, en el día hábil siguiente a la fecha en que se produjo el exceso o defecto. En caso de que la base fuese el patrimonio técnico resultante de la orden posterior de ajustar los estados financieros, la entidad perdería la oportunidad prevista en esta regulación, para hacer los ajustes correspondientes y la multa se impondría por el exceso en la posición propia, sin que haya ninguna oportunidad para disminuirla, como lo prevé la norma.

La Superintendencia Bancaria considera que para establecer la posición propia debe atenderse al patrimonio técnico reflejado en los estados financieros retransmitidos con ocasión de los ajustes ordenados, porque estos son los que reflejan la real situación económica de la entidad vigilada.

Al respecto, la Sala estima que esta tesis implicaría que los posibles errores, omisiones o inexactitudes que presente la contabilidad del intermediario cambiario y que determine el órgano de control, no sólo generaría los ajustes y sanciones previstas por el incumplimiento de regulaciones contables, sino además una cascada de penalidades por superar los toques que resultan modificados, de tal manera que como advierte la parte demandante, en este caso la multa se impone, no por los excesos en posición propia, sino por las inconsistencias que reflejaron los estados financieros.

Para controlar la posición propia y evitar la exposición de los intermediarios a la volatilidad de la tasa de cambio, se requiere que la vigilancia sea permanente e inmediata, por ello, los balances de referencia deben ser los que en ese momento han sido remitidos a la Superintendencia, como lo deja en evidencia el inciso segundo del artículo 3° de la Resolución 26 de 1996 al prever para los eventos en que no se haya hecho el reporte oportuno de los estados financieros, que se tenga en cuenta el patrimonio técnico más recientemente reportado.

Nótese que la norma pudo haber señalado para esos casos que la base se obtuviera de los balances correspondientes a los dos meses anteriores, independientemente que se presenten extemporáneamente; pero decidió, por

razones de inmediatez, atender al patrimonio técnico más reciente, así este no corresponda al periodo indicado para cuando el reporte es oportuno.

Este mismo argumento es predicable para cuando los estados financieros se presenten dentro del plazo, pero posteriormente deben ajustarse, también debe tomarse como referencia el patrimonio técnico más reciente que se haya reportado a la Superintendencia Bancaria.

Esta Corporación se ha pronunciado en ese sentido en providencias en las cuales se discutía la sanción impuesta por la Superintendencia Bancaria por excesos en el cupo individual de créditos otorgados por instituciones financieras, el cual no puede superar el 10% del patrimonio técnico del último balance mensual que se haya transmitido a la Superintendencia Bancaria. Si bien se trata de infracciones diferentes, también se discutía si los topes de control debían tener en cuenta el patrimonio técnico reportado inicialmente o aquel resultante de la retransmisión de los estados financieros. Esta Sala consideró lo siguiente:

“Independientemente de la responsabilidad que corresponda a los miembros de la Junta Directiva por la inconsistencias detectadas en el balance con corte a 31 de diciembre de 1996, lo cierto es que el hecho sancionado es haberse excedido el cupo individual de crédito, en un caso concreto. En consecuencia, si de los hechos y las pruebas obrantes en el proceso se establece, como en efecto ocurre, que el crédito aprobado se ajustó a los preceptos normativos pertinentes (arts. 2 y 23 Dto. 2360/93), no puede aplicarse válidamente la sanción por infracción a tales normas, en virtud del principio de legalidad que rige el régimen sancionatorio y que se caracteriza por la tipicidad de las conductas.

Por ello no es válido interpretar, como lo hace la demandada, que “el último balance mensual que se haya transmitido a la Superintendencia”, a que se refiere el artículo 23 del Decreto 2360 de 1993, es el “definitivo”, que para el caso, fue el retransmitido con posterioridad a la fecha de operación de crédito, porque tal interpretación equivaldría a extender los efectos de la norma a una situación que no fue contemplada por el legislador. En efecto, no está previsto que por hechos posteriores a la aprobación del crédito, como son las correcciones de los balances sugeridas por la Superintendencia, pueda juzgarse y sancionarse bajo la situación existente al momento de la operación de crédito, por lo que no hay base jurídica para

sancionar el exceso que surge de la modificación al patrimonio técnico registrado en el balance inicial del mes de febrero, el cual además, resulta de los ajustes sugeridos al ejercicio contable de 1996.

En síntesis, el correcto entendimiento de la norma indica que para que se tipifique el hecho sancionable, el patrimonio técnico que permite exceder el límite del 10%, se mira en relación con el momento en que se autorizan las operaciones activas de crédito. No se encuentra en consecuencia tipificada la conducta que se sanciona -exceder el cupo individual de crédito- y por tal razón, procede en este punto la declaratoria de nulidad de los actos acusados.²

Al igual que en el caso resuelto en la anterior providencia, tratándose de la posición propia de los intermediarios cambiarios de que trata la Resolución 26 de 1996, también se concluye que el patrimonio técnico a tener en cuenta corresponde al reportado para el momento en que se realiza el control diario, con los estados financieros correspondientes al segundo mes calendario anterior, y no al que resulte posteriormente por los ajustes ordenados por la Superintendencia que determinan la retrasmisión de los balances.

Cabe reiterar también lo dicho por esta Sección, en otro caso similar:

*“En efecto, si bien una de las facultades de las entidades gubernamentales que ejercen inspección, vigilancia y control, como el caso de la Superintendencia Bancaria, es ordenar la rectificación de los estados financieros o las notas que no se ajusten a las normas legales (artículo 40 de la Ley 222 de 1995), lo anterior debe entenderse en concordancia con el artículo 57 numeral 3º del Código de Comercio en cuanto se prohíbe en los libros de comercio: **“Hacer interlineaciones, raspaduras o correcciones en los asientos. Cualquier error u omisión se salvará con un nuevo asiento en la fecha en que se advirtiere.”***

*Entiende la Sala que cuando el artículo 40 de la Ley 222 de 1995 señala que **“tratándose de estados financieros de fin de ejercicio, las rectificaciones afectarán el período objeto de revisión, siempre que se notifique dentro del***

² Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 6 de abril de 2006, exp. 13883, M.P. Héctor J. Romero Díaz.

mes siguiente a la fecha en la cual se hayan presentado en forma completa ante la respectiva autoridad”, esa afectación no significa que el respectivo asiento contable se modifique físicamente, sino que su cambio se efectúa a través de un comprobante posterior y de esta forma afectar las cuentas con el correspondiente asiento, pues se repite, el artículo 57 numeral 3º del Código de Comercio previene que “cualquier error u omisión se salvará con un nuevo asiento en la fecha en que se advirtiere”.

Unido a lo anterior, el artículo 34 de la Ley 222 de 1995, prevé la idoneidad de los estados financieros intermedios “para todos los efectos”, salvo para la distribución de utilidades, por lo que no hay lugar a desestimarlos para efectos de establecer el cupo individual de crédito.

En consecuencia, a juicio de la Sala, no es posible extender la aplicación del artículo 23 del Decreto 2360 de 1993³ para el caso no previsto en dicha disposición y menos para aplicar una sanción administrativa, donde la lectura de la norma que la consagra debe ser restrictiva al hecho o conducta expresamente sancionable.

A juicio de la Sala, si el artículo 23 del mencionado Decreto, dice que para efectos de la aplicación del cupo individual de crédito, el patrimonio técnico debe calcularse con base en el último balance mensual que se haya transmitido a la Superintendencia Bancaria, no puede la entidad de vigilancia y control, hacer interpretaciones extensivas o deducciones tendientes a exigir que el patrimonio técnico a tener en cuenta para realizar operaciones activas de crédito a que se refiere el artículo 2º ibídem, debe ser el calculado sobre el balance definitivo aprobado por la Superintendencia Bancaria.”

De acuerdo con lo expuesto, y toda vez que en el presente caso, el Banco Davivienda no superó los límites de posición propia atendiendo al patrimonio técnico reportado para ese momento, no había lugar a imponer la sanción y en consecuencia debe revocarse la sentencia impugnada y en su lugar, se declarará la nulidad de los actos acusados.

³ Esta norma define el patrimonio técnico para efectos de los límites de los créditos otorgados por las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria en términos similares para el caso del cálculo de la posición propia: “El patrimonio técnico será el calculado con base en el último balance mensual que se haya transmitido a la Superintendencia Bancaria. En el evento de que no se produzca la transmisión oportunamente y la información contable disponible por la entidad indica que el patrimonio técnico inferior al último transmitido a la Superintendencia Bancaria, deberá tomarse en cuenta para este decreto dicha, información contable.”

Como restablecimiento del derecho, se ordenara el reintegro de la multa cancelada por el demandante (Fl. 53), junto con los intereses comerciales y moratorios, de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Adicionalmente, la entidad demandada deberá anular cualquier registro o anotación en relación con dicha multa, que constituya antecedente para el Banco.

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.

F A L L A:

- 1. REVÓCASE** la Sentencia del 28 de julio de 2005 proferida por la Subsección "A" de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar:
- 2. DECLÁRASE** la nulidad de las Resoluciones 0053 del 18 de enero de 2002, 0825 del 25 de julio de 2002 y 0439 del 15 de mayo de 2003, proferidas por la Superintendencia Bancaria, mediante las cuales se impusieron al Banco Davivienda, multas por exceso en la posición propia.
- 3.** Como restablecimiento del derecho **ORDÉNASE** el reintegro de la multa cancelada por el demandante, junto con los intereses comerciales y moratorios de conformidad con el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Adicionalmente, la entidad demandada deberá anular cualquier registro o anotación en relación con dicha multa, que constituya antecedente para el Banco.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

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

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
PRESIDENTE DE LA SECCIÓN

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

MARIA INES ORTIZ BARBOSA

HECTOR J. ROMERO DÍAZ

RAÚL GIRALDO LONDOÑO
SECRETARIO