

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejero Ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil ocho (2008)

Radicación: 25000-23-24-000-2000-0707-01(14522)
Número interno: 14522
BANCO POPULAR contra LA SUPERINTENDENCIA
BANCARIA
FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia inhibitoria de 13 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos por los cuales la Superintendencia Bancaria ordenó efectuar ajustes al balance general del actor a 31 de diciembre de 1999.

ANTECEDENTES

Por oficio 2000001311-0 de 11 de enero de 2000 la Superintendencia Bancaria informó al Banco Popular los funcionarios que integraban la comisión de visita que se designó para efectuar una inspección especial a dicha institución financiera.

En desarrollo de la visita de carácter especial, el 1 de marzo de 2000 la Superintendencia entregó los primeros resultados parciales respecto de los ajustes al estado de resultados por \$53.343.9 millones durante el período comprendido entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 1999. La Superintendencia solicitó la contabilización de los ajustes para pronunciarse sobre los estados financieros del ejercicio económico en mención.

Los ajustes que debía efectuar el Banco se relacionaban con el riesgo sobre la razonabilidad de la información financiera (utilidad en venta de bienes recibidos en dación en pago a empresa vinculada; amortización del plan de

racionalización de personal; registro contable del cálculo actuarial y activación de bienes recibidos en dación en pago); y con el riesgo crediticio (activación de cartera castigada; recuperaciones de cartera en acuerdos de reestructuración y recalificación de cartera de crédito (folios 9 a 79 c.1).

El 9 de marzo de 2000 el Banco solicitó al organismo de inspección, vigilancia y control, reconsiderar los ajustes propuestos (folios 88 a 94 c.1), y en oficio 2000001311-10 de 21 del mismo mes, la Superintendencia confirmó todos los ajustes y ratificó que debían contabilizarse en los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1999 (folios 138 a 151 c.1).

El 28 de marzo de 2000 el Banco insistió en los argumentos para no ajustar los estados de resultados y solicitó a la Superintendencia Bancaria un pronunciamiento definitivo y favorable (folios 163 a 183 c.1).

En oficio 20000311-22 de 14 de abril de 2000, el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Uno dio respuesta a varias solicitudes del Banco, entre las que se encontraba la de 28 de marzo, y le ordenó constituir los ajustes solicitados en los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1999 y retransmitir el balance con los ajustes y los demás documentos de asamblea hasta el 24 de abril. El Banco pidió plazo hasta el 27 de abril, el cual le fue concedido.

El 27 de abril de 2000 el Banco interpuso reposición y en subsidio apelación contra el oficio 20000311-22 de 14 de abril y pidió nuevo plazo para la retransmisión de los balances con los ajustes pedidos y de los demás documentos, hasta cuando se resolvieran la apelación y las demás solicitudes en relación con otros temas (folios 201 a 250 c.1).

Por oficio 2000001311-29 de 29 de mayo de 2000, el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Uno, confirmó el acto de 14 de abril en relación con los ajustes a los estados financieros y manifestó que al decidirse la apelación, se fijaría el término para la retransmisión del balance con los ajustes y los demás documentos de la asamblea (folios 573 a 595 c. 1).

Mediante oficio 2000001311-33 de 14 de junio de 2000, notificado el 19 del mismo mes, la Superintendente Bancaria confirmó en apelación el acto recurrido y fijó como plazo para retransmitir el balance con los ajustes y los demás documentos de asamblea hasta el 20 de junio de 2000 (folios 596 a 622 c.1)

Según los datos de contabilidad del Banco, su utilidad contable a 31 de diciembre de 1999, antes de los ajustes ordenados por la Superintendencia Bancaria, ascendía a \$12.738.400.000.

Como consecuencia de los ajustes a los estados financieros, ordenados por la demandada, en el mismo lapso, el Banco pasó a tener pérdidas de \$13.637.000.000, según estado de resultados publicado el 5 de agosto de 2000.

DEMANDA

El Banco Popular solicitó la nulidad de los oficios 2000001311-0 de 11 de enero; 2000001311-10 de 21 de marzo; 20000311-22 de 14 de abril; 2000001311-29 de 29 de mayo y 2000001311-33 de 14 de junio, todos de 2000.

A título de restablecimiento del derecho pidió que se ordene la indemnización de los perjuicios causados por los ajustes ordenados por la Superintendencia Bancaria, indexados desde la fecha de causación del daño hasta la ejecutoria de la sentencia, con los correspondientes intereses. Y, a partir de la ejecutoria de la sentencia, el pago de los intereses moratorios comerciales, conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. También pidió condenar en costas a la demandada.

El Banco invocó como violados los artículos 29 de la Constitución Política; 50 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 326 [num. 3. lit, a) y b)] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; 4, 10, 17, 49, 52 y 137 del Decreto 2649 de 1993 y 36 y 37 de la Ley 510 de 1999. Como concepto de violación expuso, en síntesis, lo siguiente:

1. Violación del debido proceso

Los actos acusados son inconstitucionales por violación del debido proceso, dado que la Superintendencia Bancaria no tiene la facultad de dictar órdenes con el fin de autorizar que el balance del Banco sea sometido al estudio de la asamblea general de accionistas.

Lo anterior, porque según el artículo 12 del Decreto 1939 de 1986, sobre la estructura y funciones de la Superintendencia Bancaria, corresponde a los Superintendentes Delegados para Instituciones Financieras y para Seguros y Capitalización **pronunciarse sobre los estados financieros** presentados por las instituciones bajo su vigilancia e impartir autorización para la publicación, cuando a ello hubiere lugar. Y, si bien el artículo 4.1.4.0.1 del Decreto 1730 de 1991, dispuso que a los Superintendentes Delegados les corresponde, además de pronunciarse sobre los estados financieros, **impartir autorización para su aprobación por las asambleas de asociados**, la norma es violatoria del artículo 25 de la Ley 45 de 1990, pues, éste facultó al Gobierno para sistematizar, integrar y armonizar las normas vigentes en materia financiera y no para cambiar su contenido.

Además, es ilegal el Decreto 2489 de 1999 que asigna a la Superintendencia Bancaria una competencia no atribuida por la ley, pues, el Código de Comercio no consagró la autorización de dicha Superintendencia como requisito previo para someter los balances al estudio de la asamblea.

Por su parte, el artículo 37 de la Ley 35 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para modificar la estructura de la Superintendencia; y, en desarrollo de dichas facultades y de las previstas en el artículo 36 de la misma ley, el Ejecutivo expidió el Decreto 663 de 1993, en cuyo artículo 329 literal h) incorporó la norma inexecutable atrás mencionada.

En ejercicio de la misma facultad, el Gobierno dictó el Decreto 2359 de 1993, que atribuyó a los superintendentes delegados la función de pronunciarse sobre los estados financieros y autorizarlos para su aprobación por las asambleas de asociados.

A su vez, en ejercicio de las facultades de los artículos 43 y 51 de la Ley 510 de 1999, el Gobierno profirió el Decreto 2489 de 1999, por el cual se modificó la estructura de la Superintendencia Bancaria, y, de nuevo asignó a dicha entidad la función de autorizar los estados financieros.

La demandada actuó con desviación de sus facultades, pues, dictó los actos acusados con fundamento en el Decreto 2489 de 1999, que modificó el artículo 327 [num. 4.3 lit. a)] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual es inconstitucional porque repite la norma inexecutable del Decreto 1730 de 1991.

2. Activación de bienes recibidos como dación en pago

Es ilegal la orden de prohibir la reversión de provisiones sobre bienes recibidos como dación en pago, pues, resulta excesivo y no razonable que se mantenga la provisión hecha para la protección de solvencia respecto de un bien recibido en pago que hacía parte del activo corriente y entró al activo fijo del Banco.

Lo anterior, porque uno es el tratamiento contable de los bienes recibidos en pago que hacen parte del activo corriente, y deben provisionarse a medida que transcurre el tiempo sin que sean vendidos, dado que se afecta el índice de solvencia; y, otro, el tratamiento de los inmuebles que hacen parte del activo fijo, independientemente del título de adquisición.

En el caso de la dación en pago, el precio de adquisición es aquél por el cual se recibe, dado que para el que lo entrega, dicho monto es el valor por el cual lo entrega, conforme al artículo 101 del Decreto 2649 de 1993. En sentencia de 9 de junio de 2000, expediente 9735, el Consejo de Estado precisó que no es razonable mantener una provisión para la protección de un crédito si ya no existe, toda vez que carece de justificación y objetividad.

3. Defecto de provisiones de bienes recibidos como dación en pago

Los actos acusados son ilegales porque impiden compensar los excesos de provisión ya efectuados por bienes recibidos en dación en pago. Ello es así, por

cuanto no es razonable la provisión hecha para los bienes recibidos en pago en la parte que no se autorizó compensar.

4. Riesgo crediticio- activación cartera castigada

Es ilegal la orden de reversar ingresos como resultado de una activación de cartera que estaba castigada, porque desconoce las normas invocadas como violadas y, en concreto, el artículo 17 del Decreto 2649 de 1993, puesto que la prudencia no puede ser de tal naturaleza que desaparezca los activos del balance, contabilizando como contrapartida un pasivo diferido.

5. Riesgo crediticio- recalificación cartera de créditos

La demandada objetó los estados financieros y ordenó clasificar en las categorías de riesgo c) y d) a varios deudores del Banco (municipio de Cali, departamento del Valle, Fibratolima, Textiles Espinal S.A., y Enka de Colombia S.A.), porque estaban clasificados en la categoría a). Dicha orden violó las mismas normas citadas y la autonomía que tienen las entidades vigiladas para escoger métodos accesorios, de conformidad con la ley.

6. Riesgo crediticio- inversiones

Las órdenes de la Superintendencia Bancaria en relación con el riesgo crediticio de inversiones como en los casos de Inversiones Mahecha Gómez S.A., Cohabitar Ltda., Edificio Almenar 48 e Inversiones Atenea, desconocen la autonomía que legalmente tienen las entidades vigiladas para escoger métodos accesorios, distintos a los fijados por la demandada.

7. Riesgo crediticio- créditos individuales de vivienda

Sobre este riesgo relacionado con las provisiones de garantías se remitió a lo dicho en la vía gubernativa.

Por último, sostuvo que la ratificación de los oficios de 29 de mayo y 14 de abril de 2000 y la orden de contabilizar los ajustes en los estados financieros de 31

de diciembre de 1999 y retransmitir los balances con los demás documentos de asamblea, demuestran la violación del debido proceso, porque la asamblea debe primero estudiar los estados financieros y los informes de gestión y, una vez aprobados, los estados deben remitirse a la Superintendencia para que autorice su publicación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada propuso la excepción de improcedencia de la declaratoria de nulidad respecto del oficio 200001311-0 de 11 de enero de 2000, por ser preparatorio o de trámite, dado que se limitó a informar al Banco que iniciaría visita de inspección y los funcionarios designados para realizarla.

También alegó la excepción de no aducción de hechos en la vía gubernativa, en relación con el cargo primero, relativo a la violación del debido proceso, porque la Superintendencia Bancaria no tiene competencia legal para expedir los actos acusados. Y, la fundamentó en que tal planteamiento es un hecho nuevo, que no fue discutido ante la Administración, por lo cual no puede analizarse ante la Jurisdicción.

En lo de fondo, se opuso a las pretensiones así:

1. Violación del debido proceso

A pesar de que el cargo en mención no fue planteado en la vía gubernativa, la Superintendencia sí tenía competencia para expedir los actos acusados, por las siguientes razones:

En ejercicio de las facultades de la Ley 117 de 1985 para dotar a la Superintendencia Bancaria de una nueva estructura, el Gobierno expidió el Decreto 1939 de 1986, que en su artículo 12 asignó a los superintendentes delegados la función de pronunciarse sobre los estados financieros presentados por las entidades vigiladas e impartirles autorización para la publicación, cuando a ello hubiere lugar.

El artículo 91 de la Ley 45 de 1990 facultó al Ejecutivo para modificar la estructura y determinar las funciones de las dependencias internas de la Superintendencia Bancaria.

En desarrollo de dicha norma, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1033 de 1991, que en su artículo 12-h asignó a los superintendentes delegados la función de pronunciarse sobre los estados financieros e impartir autorización para su aprobación por las asambleas de asociados y su posterior publicación, cuando a ello hubiere lugar. Y, el artículo 48 ib. derogó el Decreto 1939 de 1986, salvo los artículos 42 y 46.

También en desarrollo de la Ley 45 de 1990 se expidió el Decreto 1730 de 1991, que según su artículo 4.3.0.0.5 sustituye las leyes y decretos vigentes que regulan las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, dentro de las cuales estaba el Decreto 1033 de 1991, que era el vigente cuando el expidió el Decreto 1730 del mismo año, dado que el mismo derogó expresamente el Decreto 1939 de 1986.

Posteriormente, el Decreto 663 de 1993, expedido en desarrollo de la Ley 35 de 1993, derogó el Decreto 1730 de 1991, debido a la regulación integral de la materia. Así las cosas, no existe contradicción entre dichas normas y los artículos 150 [19-d], 189 [24] y 335 de la Constitución Política.

De otra parte, en sentencias C-588 de 1992, C-024 de 1993 y C-252 de 1994, la Corte declaró la exequibilidad de los Decretos 1730 de 1991 y 663 de 1993, garantizándoles fuerza de ley. Y, en sentencias C-496 y C-675 del mismo año, declaró exequibles las Leyes 45 de 1990 y 35 de 1993.

Es irrelevante que la facultad de autorizar a los administradores para presentar el balance a la asamblea, no esté consagrada en el Código de Comercio, por cuanto las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero son de aplicación preferente.

Después de hacer un recuento normativo y jurisprudencial de las funciones de inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, precisó que los actos acusados obedecen a la necesidad de garantizar la confiabilidad y

razonabilidad de la información financiera y contable de la sociedad y la realidad de la información contable, pues, no es un principio de ortodoxia contable que se reflejen utilidades que no se están presentando, con lo cual se induce a error a los posibles ahorradores, usuarios e inversionistas de la entidad financiera.

El artículo 4 del Decreto 2649 de 1993 señala las cualidades de la información contable y los estados financieros son el medio principal para suministrarla, por lo cual constituyen prueba suficiente de los hechos económicos registrados por la sociedad. (artículos 156 y 293 del Código de Comercio).

Según el artículo 38 de la Ley 510 de 1999, la Superintendencia se encuentra facultada para dictar las normas generales que en materia contable deben observar las entidades vigiladas, sin perjuicio de la autonomía de éstas para escoger y utilizar métodos accesorios, conforme a la ley.

En concordancia con dicha norma, el artículo 137 del Decreto 2649 de 1993 señala que lo dispuesto en los artículos 61 a 136 *ibídem*, se aplicará en forma subsidiaria respecto de las normas contables especiales que dicten autoridades diferentes del Presidente de la República.

2. Activación de bienes recibidos como dación en pago

La no reversión de provisiones por la mera eventualidad de que un bien recibido en pago pueda clasificarse como activo fijo, tiene fundamento en los artículos 12 y 17 del Decreto 2649 de 1993.

De acuerdo con las verificaciones de la comisión de visita, quedó en entredicho que los bienes objeto de la operación se utilizaran realmente en el giro ordinario de los negocios.

La no contabilización de ingresos por la reclasificación de dos rubros del balance, es la alternativa para no sobreestimar activos e ingresos, debido a que no se aprecian los beneficios económicos por la reversión de provisiones ya constituidas.

De otra parte, la sentencia de 9 de junio de 2000, expediente 9735, se refiere a un asunto distinto al que aquí se discute, pues, lo que se cuestiona es si al momento de reclasificar unos bienes de un rubro a otro del balance, se podían generar ingresos.

3. Defecto de provisiones en bienes recibidos como dación en pago

Los procedimientos para el cálculo de provisiones sobre bienes recibidos en forma individual están en el Capítulo III de la Circular 100 de 1995, lo cual excluye la posibilidad de compensar eventuales excesos generales de provisión.

Las normas contables no permiten reintegrar excesos de provisión resultantes de comparar el avalúo del bien con el valor de las provisiones en el evento de que el primero sea mayor, como lo pretende la actora, pues son de naturaleza diferente y, por tanto, no se pueden comparar.

4. Riesgo crediticio- activación de cartera castigada

Con base en el artículo 17 del Decreto 2649 de 1993, sólo es procedente registrar la recuperación de activos castigados, si éstos se han recaudado. La contabilización de ingresos por la sola activación de cartera castigada es contraria al principio de prudencia, pues, su efecto es la sobreestimación de ingresos.

Con base en la norma de la prudencia, la demandada instruyó al Banco que los ingresos por activación de cartera castigada, deberían ser contabilizados como ingresos diferidos en una cuenta del pasivo, los cuales se pueden reconocer en las cuentas de resultado, en la medida en que la obligación a cargo del deudor sea total o parcialmente satisfecha (artículo 55 del Decreto 2649 de 1993).

5. Riesgo crediticio: - reclasificación de cartera de crédito; inversión y créditos individuales de vivienda (cargos 5 a 7 de la demanda).

Las recalificaciones de la cartera de crédito ordenadas a la actora, se fundamentaron en los Capítulos I y II de la Circular 100 de 1995. El numeral 6.4 del capítulo II atribuye a la Superintendencia Bancaria las facultades de revisar las

clasificaciones y calificaciones de cartera, ordenar la modificación a las clasificaciones y las recalificaciones de cartera, pues, la adecuada valoración tiene incidencia directa en la solvencia, transparencia y seguridad de la operación de la entidad.

Una vez conocida la calidad de los activos con base en los sistemas de clasificación, se define el nivel de provisiones por cada crédito, según la valoración porcentual que del riesgo se determine, para evitar la sobreestimación de los ingresos de las entidades vigiladas.

La Superintendencia ordenó la recalificación de cartera de créditos otorgados a la ciudad de Cali, el departamento del Valle, Fibratolima, Textiles Espinal S.A., Enka de Colombia, Inversiones Mahecha Gómez S.A., Cohabitar Ltda., Fideicomiso Inmobiliario Servivienda, Fiduciaria Alianza, Edificio Almacén 48 e Inversiones Atenea Ltda., porque estaban calificados en categorías que no correspondían a la realidad en el cumplimiento de los créditos.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal profirió fallo inhibitorio por los motivos que siguen:

El oficio 20001311-0 no es acto administrativo, puesto que no contiene una decisión con efectos jurídicos que finalice una actuación administrativa, sino que se limita a informar al Banco la designación de los funcionarios que practicarían la visita al Banco. Tampoco es demandable el oficio 20001311-10, pues, corresponde al acto que precedió al oficio 20001311-22 de 14 de abril de 2000, que fue el recurrido en vía gubernativa. En consecuencia, prospera la excepción de inepta demanda respecto de los dos actos de trámite en mención.

Además, está probada la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, dado que el Banco no alegó ante la Administración la violación del debido proceso por falta de competencia de la Superintendencia Bancaria para expedir los actos acusados, que es el argumento central de la demanda.

Si bien el demandante puede mejorar los argumentos planteados en la vía gubernativa, no puede incluir nuevos planteamientos, puesto que sorprende a la Administración con razones que no tuvo la oportunidad de debatir en el trámite administrativo.

El indebido agotamiento de la vía gubernativa no quedó subsanado por haberse incluido en la demanda, censuras adicionales que sí fueron alegadas ante la Administración, porque la demanda se toma como una e inescindible.

El hecho de que la garantía al debido proceso sea de rango constitucional no sustrae al demandado de la obligación de plantear el argumento en la vía administrativa, como lo sostuvo la Corporación en sentencia de 23 de marzo de 2000, exp 5658.

RECURSO DE APELACIÓN

El Banco solicitó revocar el fallo inhibitorio y acceder a las súplicas de la demanda, con base en lo expuesto en la primera instancia, por los motivos que se resumen así:

El actor sí agotó en debida forma la vía gubernativa, porque interpuso debidamente los recursos.

Solicitó tener en cuenta las razones del salvamento de voto de la sentencia impugnada. En dicho salvamento, el Magistrado disidente manifestó que el exceso de rigurosidad en el agotamiento de la vía gubernativa, implica violar el derecho de acceso a la justicia. Y, sostuvo que si la acusación del acto recae sobre elementos de mayor significación jurídica, como la incompetencia del funcionario o la violación del debido proceso, el juez debe analizar el cargo, a pesar de no haberse alegado ante la Administración.

También afirmó que además de que el actor puede exonerarse de la carga de demostrar la acusación, si invoca una violación manifiesta de derechos fundamentales, siempre deben analizarse los cargos propuestos ante la Administración, y no, como dispuso el *a quo*, relevarse de todo el análisis de la

demanda, a pesar de que sólo un cargo de la misma no fue alegado ante la Administración.

El *a quo* incurrió en vía de hecho, porque violó en forma manifiesta y flagrante el derecho de acceso a la administración de justicia, dado que creó requisitos no contemplados en las normas para tener como agotada la vía gubernativa.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El *demandante* reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.

La *demandada* insistió en los planteamientos de la contestación y solicitó que se confirme la sentencia, con base en los siguientes argumentos:

El actor no sustentó la apelación, puesto que hizo afirmaciones sin ningún fundamento, lo cual impide al *ad quem* revisar los temas de inconformidad propuestos por el apelante. En consecuencia, conforme a los artículos 348 del Código de Procedimiento Civil y 212 del Código Contencioso Administrativo, no es procedente el recurso.

La falta de agotamiento de la vía gubernativa no se produjo por la falta de interposición de los recursos, sino porque la actora no adujo ante la Administración los hechos relacionados con la violación del debido proceso por falta competencia de la demandada para expedir los actos acusados.

El adecuado planteamiento de los hechos en la vía gubernativa también tiene relación con el debido proceso y el derecho de defensa de la Administración, que son derechos fundamentales que merecen protección.

El hecho de que la violación del debido proceso hubiera sido el argumento central de la demanda, relevaba al *a quo* de estudiar las censuras adicionales, así hubieran sido objeto de debate ante la Administración.

El salvamento de voto señala que en algunos casos no es necesario agotar la vía gubernativa, lo cual desconoce el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo y permite la aplicación de criterios subjetivos.

El Banco sostuvo que el Tribunal incurrió en vía de hecho; sin embargo, no se cumple ninguno de los supuestos para que ésta exista, máxime si se tiene en cuenta que el actor no explicó las razones de su afirmación.

El Ministerio Público no emitió concepto.

CONSIDERACIONES

En los términos de la apelación, decide la Sala si en el asunto en estudio debía proferirse fallo inhibitorio por falta de agotamiento de la vía gubernativa por no haberse alegado ante la Administración, la falta de competencia de la Superintendencia Bancaria para expedir los actos acusados, y, sólo en caso negativo, estudia las pretensiones de la demanda.

Los actos administrativos demandados son los siguientes:

1. Oficio 2000001311-0 de 11 de enero de 2000, por el cual la Superintendencia Bancaria informó al Banco Popular los funcionarios que integraban la comisión de visita que había designado para efectuar una inspección especial a dicha institución financiera.

2. Oficio 2000001311-10 de 21 de marzo de 2000, mediante el cual, previa solicitud de reconsideración del Banco, la demandada le confirmó varios ajustes al estado de resultados, que había observado en el informe de visita, y ratificó que debían contabilizarse en los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1999 (folios 138 a 151 c.1).

3. Oficio 20000311-22 de 14 de abril de 2000 del Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Uno, que **ordenó** constituir los ajustes solicitados a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1999 y retransmitir el balance con los ajustes y los demás documentos de asamblea hasta el 24 de abril.

4. Oficio 200001311-29 de 29 de mayo de 2000, por el cual el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Uno, **confirmó en reposición** el acto de 14 de abril en relación con los ajustes a los estados financieros y manifestó que al decidirse la apelación, se fijaría el término para la retransmisión del balance con los ajustes y los demás documentos de la asamblea (folios 573 a 595 c. 1).

5. Oficio 2000001311-33 de 14 de junio de 2000, notificado el 19 del mismo mes, mediante el cual la Superintendente Bancaria **confirmó en apelación** el acto recurrido y fijó como plazo para retransmitir el balance con los ajustes y los demás documentos de asamblea hasta el 20 de junio de 2000 (folios 596 a 622 c.1)

Sea lo primero advertir que los oficios 2000001311-0 de 11 de enero de 2000 y 2000001311-10 de 21 de marzo del mismo año, no son demandables, porque son actos que no ponen fin a la actuación administrativa.

Lo anterior, porque el primero se limitó a informar al actor que la Superintendencia Bancaria había designado una comisión de visita para realizar una inspección especial al Banco. Y, el segundo, ante la insistencia del Banco, ratificó que debía contabilizar los ajustes a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1999.

Sin embargo, sólo hasta el 14 de abril de 2000, mediante oficio 20000311-22, la demandada **ordenó** al Banco ajustar los estados financieros y enviar, para su autorización, los balances ajustados, en un plazo perentorio. Esta orden, que es el acto definitivo, junto con los actos que la confirmaron en reposición y apelación (oficios 200001311-29 de 29 de mayo y 2000001311-33 de 14 de junio de 2000, respectivamente),debían ser demandados, conforme lo dispone el artículo 138 del Código Contencioso Administrativo y en efecto, se acusaron.

Contrario sensu, los oficios 2000001311-0 de 11 de enero y 2000001311-10 de 21 de marzo de 2000, no debieron ser demandados, por cuanto no son susceptibles de control judicial, motivo por el cual debe proferirse fallo inhibitorio respecto de los mismos por ineptitud sustantiva de la demanda ¹.

¹ Entre otras sentencias, ver la de 9 de junio de 2005,exp. 13714, C.P. Héctor J. Romero Díaz.

Ahora bien, el *a quo* profirió fallo inhibitorio por indebido agotamiento de la vía gubernativa, dado que el actor no cuestionó ante la Administración la falta de competencia de la Superintendencia para expedir los actos acusados. Además de este cargo, la actora señaló en la demanda, las razones por las cuales no procedía ninguno de los ajustes a los estados financieros, ordenados por la demandada, y las normas que consideró vulneradas con el proceder de la Superintendencia.

En relación con el agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ha dicho la Sala que lo que está vedado a la Jurisdicción es conocer los hechos nuevos planteados en la demanda, respecto de los cuales la Administración no ha tenido la oportunidad de controvertirlos en la vía gubernativa, mediante la interposición de los recursos propios de ésta, pues, se vulnera el debido proceso de la entidad, dado que no tuvo la oportunidad de conocer los nuevos hechos que alega el demandante. Sin embargo, ante la Jurisdicción, el actor sí puede presentar nuevos y mejores argumentos en relación con los hechos expuestos en la vía administrativa ².

En el asunto *sub exámine*, es cierto que el actor no alegó ante la Superintendencia, la violación del debido proceso por falta de competencia de dicha entidad para expedir los actos acusados. No obstante, la Sala debe estudiar de fondo dicho argumento, pues, el debido proceso que alegó como vulnerado es un derecho fundamental de rango constitucional y de aplicación inmediata (artículos 29 y 85 de la Constitución Política), cuya posible violación debe el juez analizar aun de oficio³.

Además, en este caso, el actor propuso la excepción de inconstitucionalidad por violación del artículo 29 de la Carta Política, por cuanto las órdenes de la Superintendencia, fueron dadas sin que existiera norma legal que atribuyera competencia a dicha entidad. Y, de esta excepción debía pronunciarse la Jurisdicción, no sólo porque el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo así lo ordena, sino porque si el juez advierte incompatibilidad entre la Constitución

² Entre otras sentencias, ver la de 17 de marzo de 2005, exp. 14113, C.P. doctora María Inés Ortiz

³ Corte Constitucional, sentencia C-197 de 1999

y la ley, debe aplicar la excepción de inconstitucionalidad, prevista en el artículo 4 de la Carta Política ⁴.

Así pues, no se encuentra probada la excepción de indebido agotamiento de la vía gubernativa, motivo por el cual debe revocarse el fallo inhibitorio proferido por el *a quo* y analizar todos los cargos de la demanda. Adicionalmente, la Sala advierte que el hecho de que eventualmente prospere la excepción que se comenta respecto de uno de los cargos de la demanda, no exonera al juez de analizar los restantes, tal como lo ordena el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo.

Pues bien, la Sala analiza, en su orden, cada uno de los cargos propuestos en la demanda contra los actos acusados:

1. Violación del debido proceso

El Banco afirma que los oficios demandados son inconstitucionales por violación del debido proceso, puesto que la Superintendencia no tiene facultad para dictar órdenes con el fin de autorizar que el balance del Banco sea sometido al estudio de la asamblea general de accionistas.

Lo anterior, porque el artículo 12 del Decreto 1939 de 1986, sobre la estructura y funciones de la Superintendencia Bancaria, que era la norma inicial, no asignaba a dicha entidad la función de **impartir autorización para la aprobación de los estados financieros por las asambleas de asociados**. Sus atribuciones eran las de **pronunciarse** sobre los estados financieros presentados por las instituciones vigiladas e **impartir autorización para la publicación**, cuando a ello hubiere lugar.

Sin embargo, el artículo 4.1.4.0.1 del Decreto 1730 de 1991, por el cual se dictó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, expedido en desarrollo del artículo 25 de la Ley 45 de 1990, violó dicha norma y el debido proceso, porque el Gobierno estaba facultado para sistematizar y armonizar las normas financieras y no para cambiar su contenido; y, a pesar de ello, asignó a la Superintendencia la

⁴ *Ibidem*

función de **autorizar los estados financieros** antes de ser sometidos a la aprobación de los mismos por las asambleas de asociados.

Y, continúa el demandante, desde entonces hasta la expedición del Decreto 2489 de 1999, expedida en desarrollo de la Ley 510 del mismo año, se ha atribuido a la Superintendencia una competencia no asignada por la ley, pues, además, el Código de Comercio no prevé la autorización de los estados financieros como requisito para su aprobación por la asamblea de accionistas.

La Sala encuentra infundado el cargo, por las razones que siguen:

El artículo 16 [par] de la Ley 117 de 1985, por la cual se creó el FOGAFÍN y se dictaron otras disposiciones, facultó al Gobierno Nacional para dictar normas sobre la estructura, funciones y contratación de la Superintendencia Bancaria. En desarrollo de dicha disposición, el Gobierno expidió el Decreto 1939 de 1986, que en su artículo 12 [j] asignó a los Superintendentes Delegados para Instituciones Financieras y Seguros y Capitalización, la función de pronunciarse sobre los estados financieros presentados por las entidades vigiladas e impartir autorización para la publicación, cuando a ello hubiere lugar.

El artículo 25 de la Ley 45 de 1990, expedido con base en el artículo 76 [12] de la Constitución de 1886, facultó al Gobierno por un año para expedir un estatuto orgánico del sistema financiero, de numeración continua, *“con el objeto de sistematizar, integrar y armonizar en un solo cuerpo jurídico las normas vigentes que regulan las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria y que contengan las facultades y funciones asignadas a ésta”*. Con tal propósito, el Ejecutivo podía reordenar la numeración de las diferentes disposiciones, incluyendo esta Ley, sin alterar su contenido; unificar la aplicación de las normas que regulan la constitución de las instituciones financieras; simplificar y abreviar los procedimientos administrativos que lleva a cabo la Superintendencia Bancaria, inclusive los procesos de toma de posesión para liquidar, y eliminar las normas repetidas o superfluas.

Además, en el artículo 91 *ibídem*, expedido también al amparo del artículo 76 [12] de la Carta de 1886, se concedieron al Gobierno Nacional facultades

extraordinarias por cuatro meses *“para modificar la estructura y determinar las funciones de las dependencias internas de la Superintendencia Bancaria, para acomodarlas a las nuevas responsabilidades que le han sido asignadas”*. En ejercicio de esta facultad, el Ejecutivo podía *“eliminar o fusionar dependencias, **asignar, reasignar o suprimir funciones de las unidades internas** y establecer un sistema especial de carrera administrativa”*

En desarrollo de las facultades extraordinarias del artículo 91 de la Ley 45 de 1990, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1033 de 1991, que en su artículo 12 [h] asignó a los superintendentes delegados para establecimientos de crédito, servicios financieros y seguros y capitalización, la función de pronunciarse sobre los estados financieros presentados por las instituciones vigiladas *“e impartir autorización para su aprobación por las asambleas de asociados y su posterior publicación, cuando a ello hubiere lugar”*.

Por su parte, el artículo 48 del Decreto 1033 derogó el Decreto 1939 de 1986, salvo los artículos 41 y 42. Así pues, desde la vigencia del Decreto 1033 de 1991, que era ley en sentido material, la Superintendencia Bancaria tenía la función de **autorizar los estados financieros** antes de ser sometidos a la aprobación de las asambleas de accionistas.

Como al momento de la expedición del Decreto 1730 de 1991 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero estaba vigente el artículo 12 [h] del Decreto 1033 del mismo año, dicha norma quedó válidamente incorporada en el artículo 4.1.4.0.1 del Decreto 1730 de 1991 del Estatuto Orgánico, que también era ley en sentido material.

En consecuencia, no es cierto que la última norma en mención sea inconstitucional por violación del debido proceso e incorporar una disposición inexecutable, pues, además, el artículo 12 del Decreto 1939 de 1986 fue derogado por el 1033 de 1991, por lo que no se encontraba vigente al momento de la expedición del Decreto 1730 del mismo año.

Por su parte, el artículo 37 de la Ley 35 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para modificar la estructura de la Superintendencia; y, en desarrollo de

dichas facultades y de las previstas en el artículo 36 de la misma ley, el Ejecutivo expidió el Decreto 663 de 1993, o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en cuyo artículo 326 [2-i] atribuyó a la Superintendencia Bancaria la función de pronunciarse sobre los estados financieros presentados por las instituciones vigiladas *“e **impartir autorización para su aprobación por las asambleas de asociados y su posterior publicación, cuando a ello hubiere lugar**”*.

En ejercicio de la misma facultad conferida en el artículo 37 de la ley 35 de 1993, el Gobierno dictó el Decreto 2359 de 1993, que atribuyó a los Superintendentes Delegados la función de pronunciarse sobre los estados financieros y autorizarlos para su aprobación por las asambleas de asociados (artículo 2- numeral 2 [i], relativo a las funciones de la Superintendencia respecto de la actividad de las entidades).

A su vez, en desarrollo de las facultades de los artículos 43 y 51 de la Ley 510 de 1999, para modificar la estructura y funciones de la Superintendencia Bancaria, el Gobierno profirió el Decreto 2489 de 1999, y, de nuevo, asignó a la Superintendencia Bancaria **la función de autorizar los estados financieros para su aprobación por las asambleas de asociados** (artículo 1, numeral 4.3 lit a), funciones de control contable).

En suma, la función de impartir autorización a los estados financieros para su posterior aprobación por la propia institución financiera, ha tenido fundamento legal desde el Decreto 1033 de 1991, por lo que no es cierto que a partir del Decreto 1730 del mismo año, se haya incorporado a la legislación una norma inexecutable. Por tanto, la demandada sí tenía competencia para ordenar los ajustes a los estados financieros con el fin de autorizarlos para su aprobación por la asamblea de accionistas del Banco.

De otra parte, el hecho de que el Código de Comercio no consagre la facultad de autorizar el balance para ser presentado a la asamblea, no significa que la Superintendencia no tenga dicha atribución, pues, las normas financieras prevalecen sobre las mercantiles, debido a su especialidad (artículo 2034 del Código de Comercio).

Así las cosas, no prospera el cargo.

2. Activación de bienes recibidos como dación en pago

El Banco considera que la orden de prohibir la reversión de provisiones sobre bienes recibidos como dación en pago, viola los artículos 326 num. 3 lit. a) y b) del Decreto 663 de 1993 y 4, 10, 49, 52 y 137 del Decreto 2649 del mismo año.

Lo anterior, porque no es razonable que se mantenga la provisión para la protección de solvencia respecto de un bien recibido en pago que hacía parte del activo corriente y entró al activo fijo de la entidad, con el fin de utilizarlo en sus actividades ordinarias.

Al respecto, la Sala hace las siguientes precisiones:

El artículo 335 de la Constitución Política dispone que las actividades financiera, bursátil y aseguradora, y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público son de **interés público**. El artículo 189 [24 y 25] *ibídem* atribuye al Presidente de la República las funciones de inspección, vigilancia y control de las personas que realizan las actividades en mención y de intervención en las últimas.

Las funciones de inspección, vigilancia, control e intervención son ejercidas por el Ejecutivo, mediante delegación en la Superintendencia Bancaria (artículos 211 de la Constitución Política y 325 [1] del Decreto 663 de 1993 o del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero)⁵ y le permiten cumplir los objetivos asignados por la ley.

Dentro de los objetivos de la Superintendencia están, entre otros, los de asegurar la confianza pública en el sistema financiero y supervisar las actividades que desarrollan las entidades vigiladas, para velar por la adecuada prestación del servicio financiero, en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia (art 325 [1-a) y e)] del Estatuto Orgánico, modificado por el artículo 35 de la Ley 510 de 1999).

⁵ Por Decreto 4327 de 25 de noviembre de 2005, se fusionó la Superintendencia Bancaria en la de Valores, con el nombre de Superintendencia Financiera de Colombia

Ahora bien, dentro de las funciones que tiene la Superintendencia, está la de pronunciarse sobre **los estados financieros** presentados por las entidades vigiladas e **impartir su autorización para su aprobación por la asamblea de accionistas** y su posterior publicación, cuando a ello hubiere lugar (artículo 326 2-i del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Dicha función se relaciona con la actividad de las entidades vigiladas, y tiene su razón de ser en la necesidad de garantizar que la **información contable** de las instituciones del sistema financiero sea **real y confiable**, pues, la confianza del público en el sistema es la base del mismo.

Según el artículo 19 del Decreto 2649 de 1993 *“por el cual se reglamenta la contabilidad general y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia”*, los estados financieros son el medio principal para suministrar **información contable** a quienes no tienen acceso a los registros del ente económico. Una de las cualidades de la información contable es que sea útil, esto es, pertinente y confiable. Es pertinente cuando posee valor de realimentación, de predicción y es oportuna. Y, confiable, cuando es neutral, verificable y **representa fielmente hechos económicos** (artículo 4 *ibídem*).

Así pues, dada la importancia de los estados financieros y la necesidad de que éstos revelen hechos económicos reales y correctamente determinados, la Superintendencia está en la obligación de verificar que la información contable corresponda a la realidad económica de la institución vigilada y, por tanto, de impartir su aprobación sólo si los mismos se adecúan fielmente a los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia (artículo 1 del Decreto 2649 de 1993). De manera coherente, puede ordenar a las instituciones financieras que efectúen todos los ajustes a los estados financieros para que reflejen confiable y razonablemente su situación financiera y contable.

En el asunto en estudio, la Superintendencia Bancaria ordenó al Banco no revertir la provisión para bienes recibidos en dación en pago por \$3.783.6 millones, que es el valor de la contingencia de pérdida en la suma que ésta represente, por la diferencia entre el avalúo o precio de mercado del bien recibido

en dación y el valor fijado en la dación. Lo anterior, porque tales bienes no hacen parte del activo fijo de la institución financiera, y, por tanto, no están destinados de manera permanente al desarrollo de su actividad.

Además, porque el hecho de que se haga una reclasificación de la cuenta PUC 1710 denominada bienes recibidos en pago, a la cuenta 18 “propiedades y equipo”, no implica que los bienes realmente sean activos fijos, pues, lo que determina ese carácter es la intención de destinar los bienes en forma permanente para las actividades que constituyen el objeto social del Banco y que su vida útil exceda de un año (artículo 64 del Decreto 2649 de 1993).

Aunque el Banco sostiene que los bienes recibidos en pago dejaron de ser activos movibles, destinados a la venta, y se convirtieron en activos fijos, la Superintendencia Bancaria verificó directamente que la gran mayoría de los inmuebles están vacíos (folio 140 c.1), lo que denota que no están destinados a las actividades ordinarias del Banco, ni se tiene la intención de destinarlos para estos fines.

Cabe anotar que la intención de destinar los bienes en forma permanente no se cumple con la sola manifestación escrita de la institución financiera, pues, se requiere demostrar que se ha hecho lo necesario para dar a los bienes la destinación de activos fijos, por ejemplo, mediante la adecuación de los inmuebles para oficinas y su ocupación.

En este asunto, la Superintendencia verificó que de siete bodegas con un área total de 8.165.19 m², no se han ocupado cinco; y, en las dos restantes hubo una ocupación total de 515.95 m², que corresponde al 20% del área de la respectiva bodega, lo cual no denota vocación de permanencia alguna .

De otra parte, la no reversión de provisiones por la eventualidad de que el bien recibido en pago pueda clasificarse en activo fijo, tiene su fundamento en los artículos 12 y 17 del Decreto 2649 de 1993, que señalan, respectivamente, que sólo pueden reconocerse hechos económicos realizados⁶ y que en caso de que

⁶ Se entiende que un hecho económico se ha realizado cuando pueda comprobarse que, como consecuencia de transacciones o eventos pasados, internos o externos, el ente económico tiene o

existan dificultades para medir de manera confiable y verificable un hecho económico realizado, debe optarse por registrar la alternativa que tenga menos probabilidades de sobrestimar los activos y los ingresos , o subestimar los pasivos y los gastos.

En este caso, no existen beneficios económicos que justifiquen la reversión de las provisiones, ni existe cambio alguno en los recursos, pues, se trata de los mismos activos. Por tanto, debía optarse por la alternativa con menores posibilidades de sobreestimar activos e ingresos, o sea, mediante la no contabilización de ingresos por el solo hecho de la reclasificación de dos rubros del balance (de la cuenta “bienes recibidos en pago” a la cuenta “propiedades y equipo”).

De otra parte, no existe violación del artículo 326 num. 3 lit. a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, puesto que la orden de ajustar los estados financieros obedece a la manera como el Banco debe cumplir las disposiciones contables que regulan su actividad. Tampoco se viola el literal b) *ibídem*, como quiera que la autonomía que tienen las entidades vigiladas para utilizar métodos accesorios en materia contable, sólo se ejerce en los términos de la ley, y, ésta, bajo ninguna circunstancia, permite registrar hechos económicos que no correspondan a la realidad.

Así mismo, no existe vulneración de los artículos 4, 10, 49, 52 y 137 del Decreto 2649 de 1993, pues, precisamente, los ajustes ordenados al no permitir la reversión de la provisión, garantizan que la información contable sea confiable, dado que representa fielmente los hechos económicos (art 4); a su vez, la orden impartida generó una debida cuantificación de hechos económicos (artículos 10b y 49); y, mantener la provisión tiene fundamento en el artículo 52 *ibídem*, que señala cuándo se deben constituir las provisiones. Tampoco se desconoció el artículo 137 del Decreto 2649 de 1993, dado que la orden de no reversar las provisiones para bienes recibidos en dación en pago, tiene pleno fundamento en dicho decreto. No prospera el cargo.

tendrá un beneficio o un sacrificio económico o ha experimentado un cambio en sus recursos, en ambos casos, razonablemente cuantificables.

Por último, en sentencia de 9 de junio de 2000, exp. 9735, la Sala precisó que no es razonable mantener una provisión para la protección de un crédito cuando éste ya no existe. Esta conclusión no tiene cabida en el asunto en estudio, dado que en este caso no se probó que los bienes dados en pago fueran activos fijos, para justificar la improcedencia de la provisión.

3. Defecto de provisiones de bienes recibidos como dación en pago

Ante las observaciones de la Superintendencia Bancaria, el demandante calculó las provisiones de todos los bienes recibidos en pago. Sin embargo, manifestó que al aplicar la metodología solicitada por la demandada se presentaron excesos de provisiones en algunos de los bienes, y solicitó registrar los excesos a título de reintegros, lo que permite compensar los efectos de las provisiones que deben efectuarse.

La Superintendencia consideró que los eventuales excesos de provisiones se presentan también con la metodología que venía utilizando el Banco y que las recuperaciones de provisiones constituidas en forma adicional deben ser el resultado de un análisis de las causas que llevaron a la entidad a contabilizar mayores provisiones.

En consecuencia, y como las provisiones de bienes recibidos en pago se deben constituir en forma individual, la demandada negó al Banco la solicitud de llevar a ingresos, provisiones aparentemente constituidas en exceso y compensar las provisiones dejadas de contabilizar. Por tanto, ordenó registrar provisiones por \$1701.5 millones, como resultado del defecto de provisiones de los bienes recibidos en pago.

El actor sostuvo que la orden dada es ilegal, porque impide compensar los excesos de provisión ya efectuados por bienes recibidos en dación en pago. Ello es así, por cuanto no es razonable la provisión hecha para los bienes recibidos en pago en la parte que no se autorizó compensar.

Sobre el particular, se observa que conforme a la Circular Básica y Contable Financiera 100 de 1995 (capítulo III), el cálculo de provisiones sobre

bienes recibidos en pago debe efectuarse en forma individual, lo que excluye la posibilidad de compensar eventuales **excesos generales de provisión**, que es el propósito del actor.

Conforme a la Circular en mención, si el valor del avalúo es menor que el valor en libros, se debe provisionar la diferencia, pues, se debe reconocer la pérdida en el valor del mercado del bien. Sobre dicho valor se calculan y contabilizan las provisiones sobre bienes recibidos en dación. Si el valor del avalúo es superior al valor en libros, se toma el último.

Con fundamento en lo anterior, la demandada verificó que no se cumplieron las normas contables sobre provisiones, por lo cual no hubo excesos de provisiones.

No existen normas que permitan el reintegro de excesos de provisión resultantes de comparar el avalúo del bien con el valor de las provisiones en el evento de que el primero sea mayor, que es lo que pretende el Banco, pues, son de diferente naturaleza y no son comparables.

En síntesis, las provisiones de valor de mercado por efectos de un menor valor de avalúo frente a lo registrado en libros y las contempladas en la Circular 100 de 1995 son de naturaleza distinta y no se pueden comparar.

Así las cosas, se ajustó a derecho la orden de la demandada de no compensar los excesos de provisiones por bienes recibidos en dación.

De otra parte, no existe violación del artículo 326 num. 3 lit. a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues la orden de ajustar los estados financieros sin permitir la compensación de excesos de provisiones, obedece a la manera como el Banco debe cumplir las disposiciones contables que regulan su actividad. Tampoco se viola el literal b) *ibídem*, como quiera que la autonomía que tienen las entidades vigiladas para utilizar métodos accesorios en materia contable, sólo se ejerce en los términos de la ley, como lo ordenó la demandada.

Tampoco existe vulneración de los artículos 4, 10, 49, 52 y 137 del Decreto 2649 de 1993, pues, precisamente, los ajustes ordenados garantizan que la información contable sea confiable (art 4); a su vez, la orden impartida generó una debida cuantificación de hechos económicos (artículos 10b y 49); y, el registro del defecto de provisiones tiene fundamento en el artículo 52 *ibídem*, que señala cuándo se deben constituir las mismas.

4. Riesgo crediticio- activación cartera castigada

El Banco afirmó que la orden de reversar los ingresos por \$2.075 millones como consecuencia de la activación de una cartera que estaba castigada, desconoce el artículo 17 del Decreto 2649 de 1993, porque la prudencia no puede ser de tal naturaleza que implique desaparecer los activos del balance, contabilizando como contrapartida un pasivo diferido. Y, además, no existe norma que prohíba activar deudas.

La orden dada por la Superintendencia se ajusta a la ley, porque una cosa es que se celebren acuerdos de pago con el deudor para recuperar la cartera castigada, y, otra, que por ese solo hecho el Banco pueda contabilizar ingresos por recuperación de cartera, a pesar de que los mismos no se hayan recaudado.

El fundamento de la orden es el artículo 17 del Decreto 2649 de 1993, que consagra el principio de prudencia, conforme al cual cuando existan dificultades para medir de manera confiable y verificable un hecho económico realizado, debe optarse por registrar la alternativa que tenga menos posibilidades de sobreestimar activos o ingresos o subestimar pasivos y gastos.

La doctrina ha señalado que la *“prudencia es la inclusión de un cierto grado de precaución al realizar los juicios necesarios al hacer las estimaciones requeridas bajo condiciones de incertidumbre, de tal manera que los activos o los **ingresos no se sobrevaloren**, y que las obligaciones o los gastos no se infravaloren. Sin embargo, el ejercicio de la prudencia no permite, por ejemplo, la creación de reservas ocultas o provisiones excesivas, la minusvaloración deliberada de activos o ingresos ni la sobrevaloración consciente de obligaciones*

o gastos, porque de lo contrario los estados financieros no resultarían neutrales, y, por tanto, no tendrían la cualidad de fiabilidad.”⁷

Así pues, en aras de respetar el principio en mención, sólo es viable registrar ingresos por recuperación de cartera, si los mismos se han recaudado. Tal conclusión no ofrece sorpresa alguna al Banco, puesto que venía acatando dicho principio sin ningún reparo e inexplicablemente prefirió desconocerlo en esta oportunidad.

De otra parte, no existe vulneración de los artículos 4, 10, 49, 52 y 137 del Decreto 2649 de 1993, pues, la orden que se comenta garantiza que la información contable sea confiable, (art 4) y generó una debida cuantificación de hechos económicos (artículos 10b y 49) y, se insiste, tiene pleno fundamento en dicho decreto.

No prospera el cargo.

5. Riesgo crediticio

Dada la similitud de las órdenes dadas y los argumentos del Banco en contra de su legalidad, la Sala estudia en este numeral el riesgo crediticio en relación con tres aspectos: recalificación cartera de créditos, inversiones y créditos individuales de vivienda.

En el informe de visita, la demandada encontró que el Banco había clasificado los deudores en mención en la categoría a) y sin ninguna provisión, a pesar de que debían estar en categorías distintas y sobre estos créditos debían constituirse provisiones por los intereses pendientes de pago. Lo anterior, porque se trata de deudores que tienen debilidades en la capacidad de pago, alto nivel de endeudamiento e incumplimientos en los planes de desempeño (folios 7 a 78 c.1).

⁷ Régimen Contable Colombiano- (Concepto de la Comisión para las Normas Internacionales de Contabilidad, IASC, expuesto en el documento “Marco conceptual para la preparación y presentación de estados financieros) Legis Editores Pag.78), citado en sentencia de la Sala de 9 de junio de 2000, exp. 9735.

En consecuencia, objetó los estados financieros y ordenó clasificar en las categorías de riesgo c) y d) a varios deudores del Banco (municipio de Cali, departamento del Valle, Fibratolima, Textiles Espinal S.A., y Enka de Colombia S.A., porque estaban clasificados en la categoría a) y constituir la provisión de intereses según la categoría.

El actor considera que dicha orden violó la autonomía que tienen las entidades vigiladas para escoger métodos accesorios, de conformidad con la ley.

Según la Circular Externa 100 de 1995 de la Superintendencia Bancaria, existen diferentes categorías de riesgo crediticio que van de la a) a la e). La primera corresponde a la categoría de riesgo normal, e indica, en general, que el deudor tiene una capacidad de pago adecuado. Y, la última, corresponde a la categoría de créditos irrecuperables.

Conforme al numeral 6.4 del capítulo II de la Circular 100 de 1995, la Superintendencia Bancaria tiene las facultades de revisar las clasificaciones y calificaciones de cartera y ordenar la modificación a las clasificaciones y las recalificaciones de cartera, pues, la adecuada valoración de la cartera tiene incidencia directa en la solvencia, transparencia y seguridad de la operación de la entidad vigilada.

En este caso, la Superintendencia actuó en ejercicio de sus facultades de ordenar la modificación de las recalificaciones de cartera con base en unas conclusiones que el actor no pudo desvirtuar, de las cuales se desprende que los créditos del Banco atrás citados no eran de categoría a), y debían provisionarse con base en las categorías en que la demandada las recalificó.

De otra parte, la autonomía para utilizar métodos accesorios sólo es posible dentro del marco de las regulaciones contables de carácter general, por lo que debe respetar el principio de prudencia (artículo 17 del Decreto 2649 de 1993) y permitir que la contabilidad refleje fielmente la realidad económica de la empresa, lo cual no sucede cuando se califican créditos en las categorías de riesgo que no corresponden a la verdad.

En relación con el riesgo crediticio respecto de la cartera hipotecaria frente a inversiones en los casos de Inversiones Mahecha Gómez S.A., Cohabitar Ltda., Edificio Almenar 48 e Inversiones Atenea, el actor considera que los créditos deben mantenerse en la categoría de riesgo b) y no d) como lo ordenó la demandada, esto es, como créditos de dudoso recaudo, puesto que, de una parte, los créditos se encuentran debidamente garantizados, y, de otra, los deudores tienen capacidad de pago, por lo cual no deben efectuarse mayores provisiones respecto de las ya constituidas.

La Sala considera que las razones de la Superintendencia Bancaria para ordenar la recalificación de cartera se ajustan a las normas contables. En efecto, en el caso de Inversiones Mahecha Gómez S.A., el hecho de que existan hipotecas sobre bienes que fueron vendidos a terceros de buena fe, significa que la garantía pierde liquidez y eficacia, debido a que el acreedor debe iniciar las acciones civiles correspondientes ante la jurisdicción ordinaria, cuyo trámite no es inmediato, motivo por el cual, a pesar de las garantías ciertas, en la práctica, el crédito pasa a ser de difícil cobro.

Y, en relación con los restantes deudores, la Superintendencia verificó que los créditos a Cohabitar Ltda., el fideicomiso Edificio Almenar 48 e Inversiones Atenea eran de difícil cobro, debido a la falta de capacidad de pago de los deudores y al permanente incumplimiento en el pago de sus obligaciones, situaciones que no fueron desvirtuadas por el actor.

Sobre el riesgo relacionado con las provisiones de garantías, la Superintendencia calculó el defecto de la provisión de los créditos de vivienda en \$1749 millones (folio 504), suma que el actor no controvertió ante la Administración ni ante la Jurisdicción, pues, se limitó a sostener que la orden de constituir una provisión por la suma en mención, vulnera el derecho que tiene a utilizar métodos accesorios.

No obstante, la utilización de dichos métodos debe efectuarse en cumplimiento de la ley. Y, las normas contables sólo permiten el registro de las operaciones que reflejen fielmente la realidad económica de los comerciantes.

Así las cosas, las órdenes en relación con el riesgo crediticio se ajustaron a derecho.

Por último, los actos acusados no se expidieron con violación del debido proceso, porque, según quedó precisado, la Superintendencia Bancaria está legalmente facultada para impartir la autorización a los estados financieros del Banco, antes de ser sometidos a la aprobación de la asamblea de accionistas.

En síntesis, y como los oficios 20000311-22 de 14 de abril; 2000001311-29 de 29 de mayo y 2000001311-33 de 14 de junio, todos de 2000 se ajustaron a derecho, la Sala revocará la sentencia inhibitoria apelada y, en su lugar, negará las pretensiones de la demanda.

Además, se declarará inhibida para conocer los oficios 2000001311-0 de 11 de enero de 2000 y 2000001311-10 de 21 de marzo del mismo año, porque no son demandables.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia de 13 de noviembre de 1993 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En su lugar, dispone:

1. DECLÁRASE inhibida la Sala para resolver de fondo el asunto, por ineptitud sustantiva de la demanda, respecto de los oficios 2000001311-0 de 11 de enero de 2000 y 2000001311-10 de 21 de marzo del mismo año, expedidos por la Superintendencia Bancaria.

2. NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

Notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA
Presidente

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ