

AGOTAMIENTO VIA GUBERNATIVA COMO PRESUPUESTO PROCESAL DE LA ACCION - Posibilidad de aducir ante la jurisdicción nuevas y mejores argumentaciones jurídicas

El agotamiento de la vía gubernativa es un presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 135 del Código Contencioso Administrativo). Según el artículo 63 ibídem, se entiende agotada la vía gubernativa, entre otros eventos, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (artículo 62 ib), lo que implica la existencia de una discusión ante la Administración respecto de la decisión que ésta ha tomado, tanto frente a los hechos como a los argumentos de derecho. En términos generales, la Sala ha sostenido que ante la Jurisdicción no pueden plantearse hechos nuevos frente a los expuestos en la vía gubernativa, aunque sí mejores argumentos de derecho respecto de los mismos. Lo anterior, porque ello implica la violación del debido proceso de la Administración. En el presente asunto, el cargo de incompetencia del funcionario que expidió el acto sancionatorio, no constituye un hecho nuevo, distinto del alegado ante la Superintendencia, sino una nueva y mejor argumentación jurídica respecto de la violación del debido proceso, insistentemente alegada por el Banco desde el momento mismo en que se notificó de la solicitud de explicaciones y que corroboró con la interposición de los recursos de reposición y apelación frente a la sanción de que fue objeto.

SANCIONES POR VIOLACION A LAS NORMAS SOBRE NIVELES ADECUADOS DE PATRIMONIO O MARGENES DE SOLVENCIA - Autoridad Competente

La competencia en materia sancionatoria de los Directores Técnicos, emana directamente de la norma legal. Cosa distinta es que para el adecuado cumplimiento de dicha función, el artículo 1 del Decreto 2489 de 1999, haya previsto que sea el Superintendente Bancario quien defina los casos en los cuales tales funcionarios pueden imponer sanciones, lo cual corresponde a las funciones del Superintendente de asignación y distribución de competencias al interior de la entidad. En consecuencia, el Director Técnico de Intermediación Uno A era el funcionario competente de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), para imponer la sanción al actor y para resolver el recurso de reposición contra el acto sancionatorio

ACTO DE ASIGNACION INTERNA DE FUNCIONES - Obligatoriedad y eficacia no depende de su publicación

Es irrelevante la falta de publicación de la Resolución 626 de 2000, pues, la Resolución que, junto con la ley, fundamentó la sanción fue la 1374 de 2001, que derogó la primera. Y, aunque la Resolución 1374 de 2001 sí fue publicada, su eventual falta de publicación no generaría incompetencia alguna del funcionario que expidió el acto, pues, como lo precisó la Sala al referirse a la falta de publicación de la Resolución 626 de 2000, los actos generales que se refieren a las labores y organización de las dependencias de la Administración, cuyos destinatarios son los funcionarios de la entidad, son obligatorios “a partir de su expedición, toda vez que conocen el acto administrativo antes que la publicación se realice”. Además, como son actos de asignación interna de funciones, sólo tienen incidencia en el ámbito interno de la entidad y, por tanto, no requiere de su publicación para que tenga eficacia y produzca efectos jurídicos.

FACULTAD DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA PARA SANCIONAR A ESTABLECIMIENTOS DE CREDITO POR DEFECTOS EN EL PATRIMONIO TECNICO NECESARIO PARA CUMPLIMIENTO RELACION DE SOLVENCIA - Inexistencia por efecto de la pérdida de fuerza ejecutoria de la norma que le servía de fundamento

La multa impuesta en los actos acusados tuvo como fundamento el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, que a su vez fijó la sanción con base en la facultad otorgada al Gobierno Nacional por el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. A partir de la ejecutoria del fallo de la Corte Constitucional (11 de octubre de 2000), pues, el mismo no tuvo efectos modulados (artículo 45 de la Ley 270 de 1996), el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 perdió fuerza ejecutoria (artículo 66 [2] del Código Contencioso Administrativo), dado que desaparecieron sus fundamentos de derecho, figura conocida en la doctrina y la jurisprudencia como decaimiento del acto administrativo, conforme a la cual el acto administrativo pierde su soporte fáctico o jurídico y, por ende, no puede producir efectos jurídicos, no es obligatorio, ni se puede cumplir. En el asunto en estudio, la conducta constitutiva de la infracción objeto de la sanción impuesta con base en el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, se cometió en diciembre de 1999 y la sanción se impuso el 12 de febrero de 2002. Lo anterior significa que al momento de imponerse la sanción, ya el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, no estaba produciendo efectos y, por tanto, para esa época no podía ser el sustento de la multa impuesta, pues, la Superintendencia Bancaria había perdido su potestad sancionadora con base en el acto administrativo en mención. Así, aunque el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, era válido y estaba produciendo efectos cuando el actor incurrió en la conducta sancionable, al momento de castigar la infracción se presentó un hecho sobreviniente, que lo dejó sin fundamento jurídico, razón por la cual era inaplicable.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HECTOR J. ROMERO DIAZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-27-000-2002-01000-01(15621)

Actor: BANCO DE OCCIDENTE

Demandado: LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA

FALLO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 17 de marzo de 2005 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, desestimatoria de las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del

derecho contra los actos administrativos por los cuales la demandada le impuso una sanción pecuniaria.

ANTECEDENTES

El 19 de enero de 2000 el Banco de Occidente transmitió a la Superintendencia Bancaria el balance individual y el consolidado con corte a 31 de diciembre de 1999. En febrero de 2000 la Superintendencia ordenó al Banco y a algunas de sus filiales, modificar los balances y retransmitirlos para su autorización.

Previa solicitud de explicaciones al Banco de Occidente y respuesta a la misma, por Resolución 169 de 12 de febrero de 2002 la Superintendencia Bancaria, con fundamento en el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, sancionó a dicho establecimiento de crédito con multa de \$1.075.000.000, por haber incurrido en defecto en la relación de solvencia consolidada para el mes de diciembre de 1999, en los términos de los artículos 2 y 3 del citado decreto y del numeral 1.1. del capítulo XIII de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995 de la Superintendencia Bancaria.

La sanción fue confirmada en reposición y apelación mediante Resoluciones 456 de 24 de abril y 713 de 26 de junio de 2002, respectivamente. El 14 de agosto de 2002 el Banco canceló la sanción (folio 120 c.5)

LA DEMANDA

El Banco de Occidente solicitó la nulidad de los actos sancionatorios y como restablecimiento del derecho pidió que se ordene a la demandada la devolución de la sanción, debidamente ajustada con el IPC entre la fecha del pago de la misma y la de la ejecutoria de la sentencia, junto con los intereses corrientes y de mora conforme al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

Como normas violadas invocó los artículos 6, 29 y 122 de la Constitución Política; 9 de la ley 16 de 1972 (Convención Americana de los Derechos Humanos Pacto de San José); 15-1 de la Ley 74 de 1968 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); 119 [4] y 327 [4.1] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; 57 [3] del Código de Comercio; 40 de la Ley 222 de 1995; 3, 35 y 59

del Código Contencioso Administrativo ; 1 de la Ley 95 de 1890 y 26 del Código Civil. Sustentó sus pretensiones con los argumentos que se sintetizan a continuación:

La Superintendencia sancionó al Banco por el incumplimiento de las normas de solvencia que debieron observarse en diciembre de 1999, con base en unos ajustes a los estados financieros que ella ordenó en febrero y marzo de 2000. A 31 de diciembre de 1999 el actor no estaba violando las disposiciones sobre capital bancario consolidado.

La relación de solvencia se desconoció meses después, como consecuencia de las órdenes contables impartidas por la demandada al Banco y sus filiales. En consecuencia, al momento de los hechos (diciembre de 1999), no se cometió infracción alguna y se violaron al actor el debido proceso y los principios de legalidad y tipicidad, porque se le sancionó por hechos posteriores.

Si se acepta la tesis de la Superintendencia, las normas sobre capital adecuado serían de imposible cumplimiento, porque deben acreditarse el 30 de junio y el 31 de diciembre de cada año; sin embargo, para tales fechas los bancos no podrían cumplir con las mismas, porque sólo sabrían cuál es el patrimonio técnico computable, una vez la Superintendencia revise los estados financieros y la asamblea los apruebe.

Conforme a la sentencia C-1161 de 2000, la Superintendencia Bancaria no podía sancionar al actor por violación de la Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995, porque no es un reglamento expedido por el Gobierno Nacional en desarrollo de las leyes marco financieras. A su vez, los artículos 326 [5] y 327 [4.1 lit n)] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no consagran la sanción, sino la facultad sancionatoria, por lo cual se violó el principio de legalidad.

Aunque el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 disponía la sanción por el incumplimiento de la relación de solvencia, respecto de dicho decreto operó el decaimiento. Lo anterior, porque fue expedido en desarrollo de los artículos 3 [c] y 7 de la Ley 35 de 1993, incorporados en los artículos 48 [c] y 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma última que fue declarada inexecutable en sentencia C-1161 de 2000.

Por tanto, al momento de imponer la sanción (12 de febrero de 2002), el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, había decaído, debido a que la norma que le sirvió de sustento fue declarada inexecutable. Además, en dicho momento el Decreto 673 de 1994 también había sido derogado por el Decreto 1720 de 2001.

Los actos acusados son nulos por haber sido expedidos por funcionario incompetente, porque el Director Técnico Intermediación Uno A no tenía facultades para iniciar la actuación que culminó con la multa. Al respecto, es posible plantear ante la Jurisdicción causal de nulidad no aducidas en la vía gubernativa, puesto que el control de legalidad se concreta a los fundamentos de derecho expuestos en la demanda (sentencias de 26 de mayo de 1995, de 12 de febrero y de 3 de diciembre de 1999 y de 26 de mayo de 2000).

Los cambios a los estados financieros que ordena la entidad de vigilancia o las modificaciones que introduzca la asamblea general de accionistas no tienen efectos retroactivos, como lo pretende la demandada.

La Superintendencia sancionó al Banco de Occidente por una conducta supuestamente reprochable realizada por AV Villas, y, que, además no era sancionable a 31 de diciembre de 1999, puesto que actor dio cumplimiento a la normatividad vigente a dicha fecha respecto a la relación de solvencia.

El Banco fue sancionado por una conducta que escapó de su control, porque la supuesta infracción obedeció al cumplimiento de una orden impartida por la Superintendencia Bancaria, pues, fue multada como consecuencia de la modificación que efectuó a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1999, ordenada en febrero de 2000, lo que constituye un evento de “orden de autoridad” como hecho constitutivo de fuerza mayor. También constituye fuerza mayor, el haber sido sancionado por el hecho de un tercero.

No podía sancionarse al Banco por haber incurrido en una interpretación diferente a la efectuada por la Superintendencia Bancaria (artículo 26 del Código Civil).

Al resolver el recurso de reposición, la demandada no tuvo en cuenta todas las cuestiones que le fueron planteadas por el Banco, lo que condujo a la violación

del artículo 59 del Código Contencioso Administrativo y a la expedición irregular de los actos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Superintendencia Bancaria solicitó aplicar la presunción de legalidad de los actos acusados, con base en la cual corresponde al demandante probar la ilegalidad de los mismos.

Además, propuso las excepciones de inepta demanda por no aducción de hechos en la vía gubernativa, pues, el actor no alegó ante la Administración la incompetencia de los Directores Técnicos para imponer sanciones. Y, las que denominó excepciones genéricas, derivadas de los hechos que resulten probados en el proceso, de conformidad con el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo.

Aunque el actor pidió la nulidad de los actos sancionatorios, cuestionó la legalidad de los oficios que le ordenaron ajustar los estados financieros y las facultades de regulación y de interpretación que posee la Superintendencia en materia contable. Dichas decisiones no fueron objeto de agotamiento de la vía gubernativa, se encuentran en firme y son obligatorias; a su vez, no fueron demandadas por el actor.

En lo de fondo, y antes de controvertir los cargos de la demanda, solicitó que se tenga en cuenta que desde la solicitud de explicaciones el actor reconoció que incurrió en defectos en el balance consolidado con corte a diciembre de 1999, en contravención a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Decreto 673 de 1994 y la Circular 100 de 1995.

Y, para oponerse a las pretensiones manifestó:

Las órdenes de ajuste a los estados financieros, efectuadas en febrero de 2000, son actos independientes de las resoluciones acusadas; por tanto, las inconformidades contra aquéllas debieron ser objeto de recursos y de demanda ante la Jurisdicción. No obstante, las órdenes se impartieron con fundamento tanto en la Circular 100 de 1995, como en los artículos 326 numeral 4, literales b) y c) y 5 numeral 5) literal a) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el Decreto 2649 de 1993.

En ejercicio de sus atribuciones legales, la Superintendencia Bancaria ordenó al Banco efectuar ajustes a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1999. La facultad de revisión de los estados financieros abarca el deber de autorizarlos o no para su aprobación y posterior publicación.

Del artículo 40 de la Ley 222 de 1995 se desprende que se puede afectar un período respecto del cual la entidad ya ha transmitido la información, sin que ello signifique que los actos que ordenan los ajustes tengan efectos retroactivos.

Conforme a las disposiciones del Código de Comercio, la verificación para la autorización de los estados financieros no se limita al examen de los documentos básicos remitidos con el balance, sino que se extiende a la información complementaria que soporta los rubros del mismo.

No se estaba aplicando una medida retroactivamente, pues, los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1999, aún no eran definitivos, dado que no habían sido autorizados por la Superintendencia Bancaria.

La Superintendencia sí podía sancionar con base en la violación de la Circular 100 de 1995, que parte de lo establecido por los artículos 2, 3, 14 y 16 del Decreto 673 de 1994. Además, el actor interpretó erróneamente el fallo de la Corte C-1161 de 2000, dado que el mismo no se limitó a determinar que las instituciones vigiladas sólo pueden ser sancionadas por leyes o reglamentos en desarrollo de leyes marco financieras, puesto que también declaró la exequibilidad de la generalidad de los artículos 209 y 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

De otra parte, el fallo en mención no fue objeto de modulación alguna, motivo por el cual sus efectos sólo rigen a partir de la ejecutoria de la sentencia (11 de octubre de 2000). En consecuencia, no es aplicable en el caso concreto.

La actuación acusada dio cumplimiento al principio de legalidad, pues, la norma aplicable era el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, norma de cuyo cumplimiento no podían sustraerse el Banco ni la demandada.

Como la sanción debía imponerse con base en las normas vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos, es irrelevante que a la fecha de la multa

y de los recursos, se hubiera declarado la inexecutable del artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, puesto que los efectos de dicha providencia son hacia el futuro.

La pérdida de la fuerza ejecutoria del artículo 14 del Decreto 673 de 1994 sólo es aplicable a hechos ocurridos a partir del 11 de octubre de 2000, fecha de ejecutoria de la sentencia C-1161 de 2000. A su vez, dicha norma no ha sido anulada ni suspendida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Las funciones de la Superintendencia Bancaria se ejercen mediante desconcentración administrativa. El artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el Decreto 2489 de 1999 [artículo 1 num 4.1 lit. n)], señala las funciones de los Directores Técnicos, a quienes corresponde verificar el cumplimiento de los controles de ley que deben cumplir las instituciones vigiladas, lo que comprende la facultad de imponer sanciones.

Adicionalmente, mediante Resolución 169 de 2002, del Superintendente Bancario, expedida con fundamento en el artículo 329 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se asignó a los Directores Técnicos de la demandada, la función de imponer sanciones. Dicha resolución es un acto interno de organización de funciones previstas en la ley, que va dirigido sólo a los Directores Técnicos, no a las entidades vigiladas, motivo por el cual requería ser comunicada únicamente a dichos funcionarios.

La matriz es la encargada de consolidar los estados financieros y de cumplir con el nivel mínimo de patrimonio adecuado, equivalente al 9% en la relación consolidada (Circular Básica Contable y Financiera 100 de 1995).

Como la Superintendencia Bancaria ordenó ajustar los estados financieros de la matriz y de las filiales, al producirse la corrección, se estableció un desajuste al consolidado, motivo por el cual la información debía ser modificada. Los estados financieros consolidados quedan abiertos hasta cuando se autoricen por la Superintendencia Bancaria y se aprueben por la asamblea general.

En consecuencia, no asiste razón al demandante al apoyar su censura en la supuesta imprevisibilidad frente a los estados financieros de sus subordinadas, pues, debió verificar la información suministrada por las mismas y adecuarla a las

normas contables de la Circular 100 de 1995. Tampoco puede alegarse que el defecto de margen de solvencia se produjo por el hecho de un tercero, por cuanto es responsabilidad de la matriz la preparación y difusión de los estados financieros consolidados de propósito general.

Una vez verificados los estados financieros a 31 de diciembre de 1999, la Superintendencia encontró un defecto en la relación de solvencia del balance consolidado presentado por el actor, pues, presentó un margen de solvencia de 8.07%, por debajo del mínimo de patrimonio adecuado que era de 9%, según el Decreto 673 de 1994.

No era un hecho imprevisible que la demandada ordenara al actor ajustar los estados financieros, pues, la orden se deriva de las normas contables y financieras que el Banco debe conocer. Además, fue el resultado de una deficiente gestión del riesgo por parte del demandante y de la violación de las normas contables pertinentes.

Adicionalmente, la orden de ajuste era un acto administrativo que quedó en firme y resultaba de obligatorio cumplimiento para el establecimiento de crédito.

La demandada dio cumplimiento al artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, porque resolvió las cuestiones planteadas en el recurso y no estaba obligada a atender nuevas y extemporáneas adiciones y sustentaciones de recursos, pues incurría en violación de los artículos 51 y 56 *ibídem*.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de la incompetencia del funcionario que expidió los actos acusados, porque se trata de un hecho que no fue planteado ante la Administración. Además, negó las súplicas de la demanda, por los siguientes motivos:

El principio de irretroactividad no es aplicable en forma íntegra al derecho administrativo. Aun si se considera que lo es, debe tenerse en cuenta que se refiere a la no aplicación de nuevas normas punitivas frente a hechos pasados.

El hecho de que la Superintendencia ordene corregir los estados financieros con corte a un período, no significa que expida actos con efectos retroactivos. Ello, porque los hechos económicos que reflejan los estados financieros son inmutables, no así su expresión o revelación. Por tanto, la orden de corregir un error no significa que la misma tenga efectos hacia atrás.

El incumplimiento del margen de solvencia se produjo en diciembre de 1999. Sin embargo, la ocurrencia de la infracción se reveló meses después, cuando el Banco hizo las correcciones a los estados financieros, en acatamiento de la orden de la Superintendencia Bancaria. Así, el defecto en el margen de solvencia se ocultó con la presentación de los estados financieros mal elaborados y el Banco tenía la obligación de saber el incumplimiento a las normas sobre patrimonio técnico.

La corrección de los errores no podía tener efectos hacia el futuro, como lo pretende el actor. El margen de solvencia tampoco podía determinarse con base en los balances elaborados por el Banco, pues, para evitar la sanción, bastaría que la entidad financiera presentara, a sabiendas, estados financieros con información errada y después los corrigiera.

No se trata de la sanción por el hecho de un tercero, dado que lo que ocasionó la multa no fue la orden de corrección, sino el defecto en el margen de solvencia, hecho objetivo, derivado de dos elementos también objetivos: el patrimonio técnico y los activos ponderados por riesgo, aspectos sobre los cuales los administradores de la sociedad tienen pleno control y poder de administración.

El demandante dio a la sentencia C-1161 de 2000 una interpretación y un alcance que no tiene, puesto que la sanción no se impuso por violación de las circulares y conceptos emitidos por la Superintendencia Bancaria, sino por la violación de cualquier norma legal a la que la entidad financiera deba sujeción, siempre que las funciones se relacionen con las materias propias de la entidad vigilada y con las intervenciones de la Superintendencia como autoridad de policía administrativa.

En este asunto, la multa no se impuso por violación de la Circular 100 de 1995, sino del Decreto 673 de 1994, que establecía la obligación de mantener

una relación de solvencia mínima del 9%. Además, tanto el Banco como la Superintendencia actuaban en ejercicio de sus funciones.

No hubo decaimiento del Decreto 673 de 1994, puesto que si bien el artículo 52 del Estatuto Orgánico, fue declarado inexecutable en sentencia C-1161 de 2000, continúa vigente el artículo 7 de la Ley 35 de 1993, que había sido reproducido por la citada norma.

No hubo violación del artículo 26 del Código Civil, por una supuesta diferencia de criterios entre el actor y la demandada, como quiera que los particulares no pueden emplear su propio criterio para interpretar las normas y es la autoridad estatal la que tiene la potestad para ordenar cumplir las leyes.

De otra parte, no precisó el actor en qué consistieron las diferencias de criterio en cuanto la aplicación de la ley, pues, nunca alegó que las correcciones fueran improcedentes ni negó que tuviera un defecto en el margen de solvencia.

Del análisis del escrito de 6 de junio de 2002 y de la resolución que resolvió el recurso de apelación, se observa que dicho escrito y la sustentación de los recursos tenían los mismos motivos de inconformidad, por lo cual la demandada sí analizó todos los argumentos planteados por el Banco.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante reiteró los argumentos de la apelación y en apoyo de sus argumentos citó, entre otras, las sentencias de la Sala de 1 de abril de 2004, expediente 13454 y de 21 de noviembre de 2003, expediente 13506. En relación con la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de la incompetencia del funcionario que expidió los actos acusados, sostuvo lo siguiente:

Según el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo, al resolver un recurso, la Administración no debe limitarse al análisis de lo planteado en el memorial sino que debe comprender todas las cuestiones que aparezcan con motivo del mismo. En este caso, con la expedición de la Resolución 456 de 2002, el Banco insistió en los argumentos para fundamentar los recursos de recursos de

reposición y apelación sin que la demandada los hubiera tenido en cuenta con la excusa de que era extemporáneo.

A su vez, el actor sí planteó en la vía gubernativa el cargo de incompetencia del Director Técnico para expedir los actos acusados, puesto que apareció con ocasión del recurso gubernativo y este aspecto no fue resuelto por la Administración. La inobservancia del artículo 59 genera expedición irregular del acto que resolvió el recurso de reposición.

La incompetencia del Director Técnico de Intermediación Uno A constituye causal de nulidad de los actos administrativos (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo). Ante la Jurisdicción se pueden plantear causales de nulidad no aducidas en la vía gubernativa, porque el examen de legalidad se concreta a los fundamentos de derecho expuestos en la demanda. Así se ha pronunciado la Sala en sentencias de 26 de mayo de 1995, expediente 5797; de 12 de febrero de 1999, expediente 9111; de 3 de diciembre de 1999, exp. 9718 y de 26 de mayo de 2000, exp. 9994.

En este asunto, para que el Director Técnico Intermediación Uno A pudiera ser competente para adelantar y concluir la actuación acusada, era necesario un acto de delegación debidamente notificado en los boletines del Ministerio de Hacienda. Sin embargo, la Resolución 626 de 14 de abril de 2000 por la cual se delegó a los Directores Técnicos la potestad de sancionar la violación de normas sobre activos ponderados por riesgo a patrimonio no fue publicada y, por tanto, no era oponible a las instituciones financieras.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El actor reiteró los planteamientos de la demanda y del recurso. La demandada insistió en los argumentos de la contestación.

El Ministerio Público solicitó revocar la sentencia apelada y acceder a las súplicas de la demanda, por los siguientes motivos:

El artículo 14 del Decreto 673 de 1994, fue producto de las facultades otorgadas por el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y

señalaba la sanción por el defecto en el patrimonio técnico para el cumplimiento de la relación de solvencia.

En un asunto semejante, el Consejo de Estado anuló la sanción de la demandada porque el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 perdió fuerza ejecutoria, al haberse declarado inexecutable el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, pues, aunque la infracción ocurrió antes de la sentencia de inexecutable, el decaimiento de la norma conducía a que no era aplicable la sanción en él contenida¹.

En este caso, aunque la infracción resultaba anterior a la sentencia, al momento de imponer la multa la norma que le servía de fundamento no estaba produciendo efectos jurídicos, porque había operado el decaimiento de la misma, debido a la inexecutable de la norma que le sirvió de sustento.

En consecuencia, deben anularse los actos demandados y ordenarse la devolución de la multa, debidamente ajustada conforme al artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con la apelación interpuesta por el actor, la Sala decide sobre la legalidad de los actos administrativos por los cuales la Superintendencia Bancaria sancionó al Banco de Occidente por defectos en la relación de solvencia presentados en los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1999.

Como el Tribunal declaró probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, porque ante la Administración no se planteó el cargo de incompetencia del funcionario que profirió la sanción, la Sala, en primer lugar, resuelve si era procedente dicha decisión.

El agotamiento de la vía gubernativa es un presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 135 del Código Contencioso Administrativo). Según el artículo 63 *ibídem*, se entiende agotada la vía gubernativa, entre otros eventos, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (artículo 62 *ib*), lo que implica la existencia de una discusión ante la

¹ Sentencia de 21 de noviembre de 2003, expediente 13506.

Administración respecto de la decisión que ésta ha tomado, tanto frente a los hechos como a los argumentos de derecho.

En términos generales, la Sala ha sostenido que ante la Jurisdicción no pueden plantearse hechos nuevos frente a los expuestos en la vía gubernativa, aunque sí mejores argumentos de derecho respecto de los mismos². Lo anterior, porque ello implica la violación del debido proceso de la Administración.

En el presente asunto, el cargo de incompetencia del funcionario que expidió el acto sancionatorio, no constituye un hecho nuevo, distinto del alegado ante la Superintendencia, sino una nueva y mejor argumentación jurídica respecto de la violación del debido proceso, insistentemente alegada por el Banco desde el momento mismo en que se notificó de la solicitud de explicaciones y que corroboró con la interposición de los recursos de reposición y apelación frente a la sanción de que fue objeto.

Así, existe identidad en la pretensión del demandante, puesto que tanto en la vía gubernativa, como en la judicial, ha cuestionado la legalidad de la sanción y, se repite, ha insistido en que con su imposición, se le vulneró el debido proceso. Sin embargo, ante la Jurisdicción, planteó un nuevo argumento de derecho, que constituye una nueva causal de nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo), por lo cual es evidente que con idéntica pretensión se amplió el debate con otros argumentos encaminados a obtener la nulidad de los actos acusados, motivo por el cual la excepción no está llamada a prosperar.

En consecuencia, la Sala precisa si el Director Técnico Intermediación Uno A tenía competencia para expedir la sanción acusada.

La Resolución 169 de 12 de febrero de 2002, por medio de la cual se sancionó al Banco de Occidente por defectos en la relación de solvencia, fue expedida por el Director Técnico Intermediación Uno A, con fundamento en artículo 327 numeral 4.1 literal n), modificado por el artículo 1 del Decreto 2489 de 1999, en concordancia con el artículo 326 numeral 5) literal i) *ibídem* y la Resolución 1374 de 2001, del Superintendente Bancario (folios 30 a 35 c. 5) .

² Entre otras, ver sentencia de 26 de septiembre de 2007, expediente 14847, C.P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié.

En virtud del artículo 1 del Decreto 2489 de 1999, se modificó el artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sobre la estructura de la Superintendencia Bancaria; se suprimieron las Intendencias, y, en su lugar, se crearon las **Direcciones Técnicas**, a las cuales se les asignó la función “...de imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisores fiscales o empleados de las mismas, previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable y en los casos que determine el Superintendente Bancario, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las leyes, a los estatutos o cualquier otra norma legal a que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria.” (artículo 327 numeral 4.1. literal n)

En ejercicio de las facultades que le otorgan los artículos 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para determinar en qué casos los Directores Técnicos pueden imponer sanciones, y 329 num 1). literal e) *ibídem* para “asignar y distribuir competencias entre las distintas dependencias cuando ello resulte necesario para el mejor desempeño del servicio público”, el Superintendente expidió la Resolución 1374 de 2001, que derogó la Resolución 0626 del 14 de abril de 2000, conforme a la cual las **Direcciones Técnicas de las Delegaturas** pueden imponer sanciones por violación a las normas sobre “niveles adecuados de patrimonio o márgenes de solvencia”, entre otros asuntos.

Así, la competencia en materia sancionatoria de los Directores Técnicos, emana directamente de la norma legal. Cosa distinta es que para el adecuado cumplimiento de dicha función, el artículo 1 del Decreto 2489 de 1999, haya previsto que sea el Superintendente Bancario quien defina los casos en los cuales tales funcionarios pueden imponer sanciones, lo cual corresponde a las funciones del Superintendente de asignación y distribución de competencias al interior de la entidad. (art. 329 EOSF)³.

En consecuencia, el Director Técnico de Intermediación Uno A era el funcionario competente de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), para imponer la sanción al actor y para resolver el recurso de reposición contra el acto sancionatorio (folios 48 a 86 c.5).

³ Sentencia de 26 de septiembre de 2007, expediente 14847, C. P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié.

De otro lado, es irrelevante la falta de publicación de la Resolución 626 de 2000, pues, la resolución que, junto con la ley, fundamentó la sanción fue **la 1374 de 2001**, que derogó la primera. Y, aunque **la Resolución 1374 de 2001** sí fue publicada, su eventual falta de publicación no generaría incompetencia alguna del funcionario que expidió el acto, pues, como lo precisó la Sala al referirse a la falta de publicación de la Resolución 626 de 2000, los actos generales que se refieren a las labores y organización de las dependencias de la Administración, cuyos destinatarios son los funcionarios de la entidad, son obligatorios *“a partir de su expedición, toda vez que conocen el acto administrativo antes que la publicación se realice”*⁴. Además, como son actos de asignación interna de funciones, sólo tienen incidencia en el ámbito interno de la entidad y, por tanto, no requiere de su publicación para que tenga eficacia y produzca efectos jurídicos⁵.

Ahora bien, dilucidado como está que no prosperaba la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa y que no hubo incompetencia del funcionario que expidió la sanción y resolvió la reposición, se impone revocar el numeral primero de la parte resolutive que declaró probada la excepción en comentario y analizar los argumentos planteados por el actor en el recurso de apelación, con el fin de determinar si la Superintendencia podía sancionar al actor por defectos en la relación de solvencia presentados en los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1999.

Sobre el asunto en estudio la Sala se ha pronunciado en anterior oportunidad, criterio que ahora reitera⁶.

En desarrollo de los artículos 48 literal c) y 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁷, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 673 de 1994 *“por el*

⁴ Sentencias de 3 de abril de 2005, exp 14066, C.P. doctora Ligia López Díaz y de 7 de abril de 2005, exp. 13504. C.P. Héctor J. Romero Díaz.

⁵ *Ibidem*

⁶ Sentencia de 21 de noviembre de 2003, expediente 13506, C.P. doctora María Inés Ortiz Barbosa.

⁷ Conforme al artículo 48 literal c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, corresponde al Gobierno Nacional, dentro de sus funciones de intervención, establecer las normas requeridas para que las entidades objeto de intervención mantengan niveles adecuados de patrimonio, de acuerdo con los distintos riesgos asociados con su actividad. Y, según el artículo 52 *ibídem*, el Gobierno Nacional, en ejercicio de la función de intervención, **podrá señalar las sanciones pecuniarias correspondientes** a la infracción de las disposiciones que dicte en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

*cual se dictan normas sobre patrimonio adecuado de los establecimientos de crédito*⁸.

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

“Artículo 2º. Relación de solvencia de los establecimientos de crédito.

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

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

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

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

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

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

Aduce el actor que los actos demandados se fundamentaron en el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, que tenía como sustento legal el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma que fue declarada inexecutable en sentencia de la Corte Constitucional C - 1161 de septiembre 6 de 2000.

⁸ El Decreto 673 de 1994 fue derogado expresamente por el artículo 17 del Decreto 1720 de 2001.

En efecto, en sentencia C-1161 de 2000, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 52 del Decreto Ley 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que asignaba al Gobierno Nacional **la facultad de imponer sanciones pecuniarias** por la infracción de las disposiciones dictadas en ejercicio de su función de regulación de las actividades financiera y aseguradora y de las relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público. Ello, porque tal mandato violaba el principio de legalidad de las sanciones.

Dijo la Corte en esa oportunidad:

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

La multa impuesta en los actos acusados tuvo como fundamento el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, que a su vez fijó la sanción con base en la facultad otorgada al Gobierno Nacional por el artículo 52 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

A partir de la ejecutoria del fallo de la Corte Constitucional (11 de octubre de 2000), pues, el mismo no tuvo efectos modulados (artículo 45 de la Ley 270 de 1996), el artículo 14 del Decreto 673 de 1994 perdió fuerza ejecutoria (artículo 66 [2] del Código Contencioso Administrativo), dado que desaparecieron sus fundamentos de derecho, figura conocida en la doctrina y la jurisprudencia como decaimiento del acto administrativo, conforme a la cual el acto administrativo pierde su soporte fáctico o jurídico y, por ende, no puede producir efectos jurídicos, no es obligatorio, ni se puede cumplir⁹.

⁹ Sentencia de 21 de noviembre de 2003, expediente 13506, C.P. doctora María Inés Ortiz Barbosa.

En el asunto en estudio, la conducta constitutiva de la infracción objeto de la sanción impuesta con base en el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, se cometió en diciembre de 1999 y la sanción se impuso el 12 de febrero de 2002.

Lo anterior significa que al momento de imponerse la sanción, ya el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, no estaba produciendo efectos y, por tanto, para esa época no podía ser el sustento de la multa impuesta, pues, la Superintendencia Bancaria había perdido su potestad sancionadora con base en el acto administrativo en mención.

Así, aunque el artículo 14 del Decreto 673 de 1994, era válido y estaba produciendo efectos cuando el actor incurrió en la conducta sancionable, al momento de castigar la infracción se presentó un hecho sobreviniente, que lo dejó sin fundamento jurídico, razón por la cual era inaplicable.

De otra parte, no puede pretenderse que al perder la sanción su soporte jurídico, en virtud de la decisión de la Corte Constitucional, la Superintendencia Bancaria siguiera sancionando a las instituciones vigiladas con el argumento de que la sentencia rige hacia el futuro y no para hechos anteriores a su ejecutoria, pues, ello equivale a desconocer el fallo, que, se insiste, estaba surtiendo todos sus efectos cuando la Administración expidió el acto sancionatorio, sin facultades para ello, independientemente de que la infracción se hubiera consumado con anterioridad al fallo de la Corte.

Las razones que anteceden son suficientes para revocar la sentencia apelada y, en su lugar, anular los actos acusados. A título de restablecimiento del derecho, se ordenará la devolución de la multa por \$1.115.850.000, suma cancelada por el actor a favor del Tesoro Nacional (folio 120 c.5), junto con los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la providencia, pues, con base en el fallo de la Corte Constitucional C-188 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández, que declaró inexecutable algunos apartes del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, no hay lugar al pago de intereses comerciales *“a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago”* y sin perjuicio, dice también la Corte en la citada decisión, *“de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria.”*

Como restablecimiento del derecho no se accederá a decretar el ajuste de valor, dado que, tal como lo precisó la Sala, la actualización de valor queda comprendida dentro de los intereses de moratorios, que hacen parte de la indemnización de perjuicios¹⁰. Además, el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo no obliga al fallador a actualizar los valores; lo que la norma prevé es la forma de ajustar los mismos, en caso de que dicho ajuste se ordene.

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 el fallo de 17 de marzo de 2005 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho del BANCO DE OCCIDENTE contra LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. En su lugar, dispone:

ANÚLANSE las Resoluciones 169, 456 y 713 de 2002 expedidas por la Superintendencia Bancaria.

A título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la demandada devolver al actor la suma de MIL CIENTO QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$1.115.850.000), por concepto de la multa impuesta en los actos acusados, junto con los intereses de mora a partir de la ejecutoria del fallo, en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

NIÉGASE la actualización de la suma cuya devolución se ordena a título de restablecimiento del derecho, por las razones expuestas en la parte motiva.

RECONÓCESE personería a Iván Javier Serrano Merchán como apoderado del demandante.

¹⁰ Ver sentencias de 3 de julio de 2003, expediente 13355, C.P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié y de 25 de noviembre de 2004, expediente 13347, C.P. doctor Héctor J. Romero Díaz.

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

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión de la fecha.

MARIA INES ORTIZ BARBOSA
Presidente

LIGIA LOPEZ DIAZ

JUAN ANGEL PALACIO HINCAPIE

HECTOR J. ROMERO DIAZ