CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero Ponente: WILLlAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá, D. C., julio veintiocho (28) de dos mil once (2011)

Ref. : 25000232400020030095401 (17171)

Actor: BANCO COLMENA S,A.

Contra: SUPERINTENDENCIA BANCARIA (HOY SUPERINTENDENCIA FINANCIERA).

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la palie demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", que denegó las pretensiones de la demanda.

I) ANTECEDENTES

El 21 de enero de 2003 el Banco Colmena S.A. envió los estados financieros de fin de ejercicio del año 2002, con corte al 31 de diciembre de la vigencia en mención, conforme lo acredita el reporte de transmisión No. C.I.D.T 2003004465-01.

Mediante Oficio No. 2003002132-15 de 4 de abril de 2003 la Superintendencia Bancaria le dirigió a Colmena S.A. el requerimiento relativo al tratamiento contable de la mora en el proceso de reestructuración de créditos de vivienda bajo la modalidad de reducción cuota. El 21 de abril de 2003 el Banco atendió el requerimiento.

Con el Oficio No. 2003002132e34 de 19 de mayo de 2003 el Director de la Superintendencia de Intermediación Financiera Dos B le ordenó al Banco Colmena S.A. constituir provisiones respecto de los clientes de cartera hipotecaria que perdieron el beneficio de la reestructuración bajo la estrategia "Reducción Cuota", y dispuso que contra el mismo procedía el recurso de reposición.

Contra el anterior requerimiento la sociedad financiera interpuso recurso de reposición. Mediante la Resolución No. 583 de 16 de junio de 2003 el Director de Intermediación Financiera Dos B de la Superintendencia Bancaria resolvió desfavorablemente el citado recurso.

II) DEMANDA

La Sociedad Banco Colmena S.A., en ejerc.cio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó:

"2.1. Que se declare la nulidad del oficio 2003002132-34 de 19 de mayo de 2003 y de la Resolución 583 de 16 de junio de 2003, que despacha desfavorablemente el recurso de reposición interpuesto por el Banco Colmena S.A. contra el oficio mencionado, ambos actos expedidos por el Director de Intermediación Financiera Dos B de la Superintendencia Bancaria.

2.2. Que, a título de restablecimiento del derecho, se ordene la reversión de las provisiones por valor de TRES MIL TRES MILLONES DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS CON 30/100 ($3.003.688,30) MONEDA LEGAL constituidas por el Banco Colmena en cumplimiento de los actos demandados, y te causación de los ingresos correlativos con efecto sobre el ejercicio contable que se halle en curso en el momento en que quede ejecutoriada la sentencia que finalice el presente proceso;

2.3. Que igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia Bancaria comunicar oficialmente al Registro Nacional de Valores e Intermediarios la orden de reversión que se imparta en el evento de ser próspera la pretensión 2.2., una vez quede ejecutoriada la sentencia que finalice el presente proceso.

2.4. Que, igualmente, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia Bancaria indemnizar al Banco Colmena S.A., cualquier otro perjuicio que se pruebe en el proceso. Y

2.5. Que se condene a la Superintendencia Bancaria en costas del proceso"

Como normas violadas y concepto de la violación dijo:

1. Aplicación retroactiva del Decreto 325 de 2003. (Artículo 326 numeral 2° literal i) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, modificado por el artículo 76 de la Ley 795 de 2003).

Señaló que el 21 de enero de 2003 los estados financieros de fin de ejercicio del año 2002 del Banco Colmena fueron transmitidos a la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera). Manifestó que para la fecha del reporte no había entrado en vigencia el Decreto 325 de 2003, que señaló las entidades que debían remitir los balances a la Superintendencia Financiera para que ésta impartiera la autorización para su aprobación por parte de las respectivas asambleas de socios.

Advirtió que sólo a partir del 19 de febrero de 2003, fecha de publicación del Decreto 325 de 2003, y no antes, los estados financieros de fin de ejercicio deben someterse a la consideración de la Superintendencia Financiera. Consideró que no obstante que la remisión de los balances se produjo en cumplimiento de la obligación de enviar periódicamente los estados financieros de la entidad para su supervisión regular, dicha autoridad aplicó con retroactividad el Decreto 325 de 2003, al darle el tratamiento previsto en dicha norma.

2. Falta de competencia del funcionario. (Artículos 6°, 29, 121 y 122 de la Constitución Política, 328 numeral 3° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero).

Observó que, de conformidad con los artículos 328-3, 326-2 literal i) y 326-3 literal b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la competencia para ordenar rectificaciones a los estados financieros de fin de ejercicio y para dictar normas de contabilidad generales, está asignada por el legislador a los Superintendentes Delegados.

Manifestó que los estados financieros de fin de ejercicio constituyen el eje de la información que las entidades financieras ofrecen al mercado, a los inversionistas y a los ahorradores sobre su situación financiera, y, por tanto, es la base sobre la cual se distribuyen las utilidades y se adoptan las decisiones en relación con las entidades bancarias.

Que, por tanto, el legislador confió el pronunciamiento sobre los estados financieros de fin de ejercicio y. la corrección de los mismos a los Superintendentes Delegados, para asegurarse que las decisiones de mayor transcendencia quedaran en funcionarios de mayor nivel.

Consideró que el Director Técnico de Intermediación Financiera Dos B emitió órdenes con efecto sobre los estados financieros, que suponen la corrección de los mismos como condición para que la Superintendencia autorice su aprobación por el máximo órgano social, con lo cual usurpó competencias asignadas por la ley al Superintendente delegado.

3. Aplicación indebida de la Circular 70 de 2000, y falta de aplicación de las Circulares 50 y 58 de 2001, y 11 de 2002 de la Superintendencia Financiera.

En la actuación administrativa demandada el Director de Intermediación Financiera Dos B ordenó la constitución de provisiones sobre los créditos hipotecarios que perdieron el beneficio de la estrategia denominada "reducción de cuota", lo cual se atendió, resultando la necesidad de constituir provisiones por valor de $3.003.018.688.

Señaló que la estrategia de reducción de cuota se diseñó para facilitar el servicio de los créditos a los deudores hipotecarios para vivienda, frente al incremento considerable del valor de sus obligaciones en UPAC, y del valor de sus cuotas del año 1998.

Manifestó que tratándose de créditos reestructurados las entidades financieras tenían la obligación de devolverlos a la calificación que ellos tuvieran antes de la aplicación de la respectiva reestructuración, pero sólo hasta la vigencia de Circular Externa 70 de 2000 de la Superintendencia Financiera.

Indicó que con la expedición de la Circular 50 de 26 de octubre de 2001, la Superintendencia estableció que los créditos reestructurados pueden mejorar su calificación, siempre que muestren un comportamiento regular y efectivo, eliminando, por completo, la previsión contenida en la Circular 70 de 2000 en la parte correspondiente a la calificación de los créditos reestructurados, que posteriormente incurrieran en mora.

Precisó que la parte que atañe a las provisiones de créditos de vivienda contenida en la Circular 50 de 2001 entró en vigencia a partir de los estados financieros de octubre del mismo año por disposición expresa de la misma circular, ratificada posteriormente por la Circular 58 de 6 de diciembre del mismo año.

Consideró que habida cuenta de que las normas sobre reestructuración afectan directamente el régimen de provisiones, éstas también debieron empezar aplicarse a partir de los estados financieros de octubre de 2001.

Que, por lo anterior, es claro que el Banco Colmena se ciñó rigurosamente a las instrucciones contables impartidas por la Superintendencia, las cuales disponían la devolución inmediata a la calificación que tenían los créditos antes de ser reestructurados, cuando éstos entraron en mora. Por tanto, se debían aplicar exclusivamente hasta los estados financieros de septiembre de 2001, fecha a partir de la cual, dada la entrada en vigencia de la Circular 50 de 2001, y ante la eliminación, expresa, de lo previsto por la Circular 70 de 2000, en el sentido de mantener la calificación que tenía el crédito sin reestructuración, procedía aplicar el régimen de calificación y provisiones previsto en la citada Circular 50, posteriormente ratificado en la Circular 11 de 2002, en atención al comportamiento del crédito después de reestructurado.

4. Desconocimiento de los principios de la esencia sobre la forma, y de prudencia. (Artículos 11 y 17 del Decreto 2649 de 1993).

Adujo que, como se ha expuesto, la Superintendencia aplicó a créditos reestructurados el tratamiento en materia de provisiones que tenía el crédito antes de ser reestructurado.

Dado que la Superintendencia aceptó que se trata de créditos reestructurados, no puede abstenerse de reconocer los efectos jurídicos del negocio celebrado entre las partes para reestructurar las obligaciones.

Manifestó que la forma legal impuesta en una norma superior prevalece sobre la esencia de las cosas que se invoca en la norma reglamentaria.

Estimó que como los créditos que se debaten fueron reestructurados por medio de negocios jurídicos que además se encuentran documentados en nuevos pagarés, mal podía la Superintendencia hacer caso omiso de esta realidad jurídica y formal, para los fines de ordenar provisiones sobre los créditos hipotecarios, como si jamás hubiesen sido reestructurados.

Alegó que con estricto apego al principio de prudencia la sociedad no reversó provisiones ya efectuadas, y que correspondían a los créditos antiguos, para proteger el patrimonio de contingencias de pérdidas de los nuevos créditos, justamente con la finalidad de evitar sobreestimar los ingresos del Banco Colmena, según reza el artículo 17 del Decreto 2649 de 1993.

5. Rectificación extemporánea de los estados financieros (Artículo 40 de la Ley 222 de 1995).

Advirtió que aunque la Superintendencia no podía pronunciarse sobre los estados financieros de fin de ejercicio a 31 de diciembre de 2002, y de hecho asumió dicho trámite en los actos administrativos acusados, sólo tenía potestad para ordenar rectificaciones con efecto en 10$ estados financieros del Banco Colmena, siempre que se notificara, en legal forma, las órdenes correspondientes durante el mes siguiente a la fecha de su presentación en forma completa.

III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor, con los siguientes argumentos:

1. Excepciones

1.1. Inepta demanda por no comprender el acto administrativo principal.

Consideró que los actos administrativos cuya nulidad se solicita, no son más que la reiteración y confirmación de la orden impartida mediante oficio No. 2003002132-15 del 4 de abril de 2003, con la cual se indicó al Banco Colmena S.A. los ajustes correspondientes a los créditos reestructurados que perdieron el beneficio de "reducción de cuota".

Señaló que si se demanda el acto reiterativo y no el principal, la demanda no está en forma, y adolece de un defecto que impediría un pronunciamiento de mérito.

1.2. Caducidad de la acción

Estimó que el término de caducidad de la acción debía empezarse a contar a partir del día siguiente del oficio principal, esto es, el No. 2003002132-15 del 4 de abril de 2003. Por tanto, venció el 4 de agosto de 2003, toda vez que la orden no fue recurrida.

Que, en consecuencia, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 17 de octubre de 2003, la acción se encuentra caducada.

1.3. Inepta demanda por la no aducción de hechos en vía gubernativa.

Indicó que el actor no planteó en vía gubernativa los hechos que sustentan los cargos relativos a la supuesta violación del literal i) del numeral 20 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero por falta de aplicación del artículo 76 de la Ley 795 de 2003, y a la aplicación retroactiva del Decreto 325 de 2003; y a la violación del artículo 40 de la Ley 222 de 1995.

1.4. Excepciones genéricas

Invocó todas aquellas excepciones que, derivadas de hechos que resulten probados en el proceso, deban reconocerse oficiosamente en la sentencia.

2. Facultades de la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera).

Precisó que, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 325 de 2003, la Superintendencia tiene una atribución especial frente a los estados financieros de sus vigiladas, relacionada con el deber de pronunciarse sobre éstos, y de impartir la autorización de los mismos para que, solo después de acreditado este requisito, las asambleas puedan aprobarlos y publicarlos, cuando sea el caso.

Manifestó que en ejercicio de las facultades legales se pronunció sobre los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2002, y en su labor de supervisión determinó que debían constituirse provisiones, Dichas órdenes resultaron de la aplicación correcta de las disposiciones contables que regulaban la materia, todo ello, previo a proceder a la autorización de los estados financieros.

2.1. Cargos primero y quinto.

Reiteró que dichos cargos no fueron planteados en vía gubernativa. Sin embargo, a efectos de poner de relieve la improcedencia de los planteamientos expuestos por el demandante, realizó las siguientes apreciaciones:

Indicó que la Superintendencia Financiera, en ejercicio de las atribuciones otorgadas por la ley como autoridad de policía administrativa, está y ha estado en todo momento en capacidad jurídica para realizar visitas de inspección a las entidades vigiladas, supervisar el ejercicio del objeto social de las entidades bancarias y, en general, para utilizar todos los mecanismos que le permitan realizar en forma adecuada y oportuna las funciones a ella asignadas.

Manifestó que, haciendo uso de las facultades conferidas en el literal b) del numeral 4° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, anunció al Banco Colmena una visita destinada a verificar diferentes temas relativos al desempeño regular de su operación bancaria. Dicha actuación tuvo como fecha de corte el 31 de diciembre de 2002. Por tanto, cualquier ajuste derivado de tal diligencia se vería reflejado en los estados financieros de la citada fecha.

Consideró que esas facultades no se encontraban supeditadas a la reglamentación de la Ley 795 de 2003, o a la expedición del Decreto 325 de 2003, como equivocadamente lo entiende la demandante.

Precisó que si bien se ordenaron los reajustes a los estados financieros, lo cierto es que ello se derivó, no de la actuación administrativa tendiente a obtener la autorización de la Superintendencia para que la asamblea de accionistas aprobara los estados de fin de ejercicio, sino del ejercicio normal y ordinario de las funciones de supervisión atribuidas al organismo de control, y del artículo 40 de la Ley 222 de 1995.

Agregó que la transmisión de los estados financieros de fin de ejercicio económico a 31 de diciembre de 2002, efectuada por el Banco el 21 de enero de 2003, se hizo, como lo indica la demandante, en atención al trámite ordinario que adelantan las entidades vigiladas todos los meses del año.

Observó que la sociedad financiera confunde la actuación de revisión de los estados financieros con la revisión de estados financieros de cara a su autorización, las cuales afectaron, de acuerdo con las finalidades y procedimiento previstos para cada caso, de manera diferente, los estados financieros de fin de ejercicio del Banco Colmena S.A. con corte al 31 de diciembre de 2002.

Que, de conformidad con la Circular 100 de 1995, cuando de la revisión de los estados financieros y de sus anexos se concluya que la entidad debe realizar ajustes o suministrar explicaciones, se interrumpe el término previsto para que la Superintendencia se pronuncie sobre la solicitud de autorización para la posterior aprobación de la asamblea y la publicación pertinente.

Aclaró que en el presente caso la Superintendencia inició dos actuaciones distintas, la primera por medio del oficio 2003002132-0 de 17 de enero de 2003, antes de la transmisión de los estados financieros, dirigida a anunciar una visita de carácter especial, en desarrollo de lo previsto en el artículo 326 numeral 4° literal b) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y la segunda, con la comunicación radicada bajo No. 2003010736-0 del 27 de febrero de 2003, destinada a obtener la autorización para la presentación de los estados financieros de fin de ejercicio del Banco Colmena S.A. a la asamblea de accionistas, y su posterior publicación.

Advirtió que en dicho momento ya se encontraba vigente el Decreto 325 de 2003 y, por ende, la Superintendencia tenía expresas facultades para pronunciarse en este sentido, independientemente del marco, ámbito y alcance de la función de supervisión que posee permanentemente.

Indicó que 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 balance, entre ellos, los atinentes a la cartera de créditos, que constituyen el principal activo de las entidades vigiladas y, por ende, es el elemento principal para la evaluación de los estados financieros.

Manifestó que no puede considerarse que se aplicó una medida retroactiva, toda vez que los estados financieros del Banco Colmena S.A., aún no eran definitivos, por no encontrarse autorizados por la Superintendencia, y al haberse realizado toda la actuación destinada a pronunciarse sobre los estados financieros de fin de ejercicio dentro del término previsto en el artículo 40 de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el numeral 2° capítulo IX de la Circular Externa 100 de 1995.

2.2. Segundo cargo.

Señaló que, de conformidad con el literal a) del numeral 4.2 del artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los Directores Técnicos (hoy Directores de Superintendencia) tienen la facultad para ordenar las medidas procedentes resultantes de la evaluación de la cartera de crédito.

La facultad de pronunciarse sobre los estados financieros lleva necesariamente la de efectuar glosas a los mismos, ordenar registros, provisiones, revertir operaciones, pues de lo contrario la labor atribuida a los Directores de la Superintendencia sería inocua.

Indicó que en virtud del artículo 78 de la Ley 795 de 2003, las funciones atribuidas a los Directores de Superintendencia conllevan las de ordenar los correctivos necesarios para subsanar cualquier situación de tipo contable.

3. Fundamentos de la orden impartida en el Oficio No. 2003002132-34 del 19 de mayo de 2003. Aplicación de los principios contables de esencia sobre la forma, prudencia, realidad económica y financiera.

Estimó que las normas contenidas en los artículos 61 a 136 del Decreto 2649 de 1993 sólo se aplican y son obligatorias cuando en relación con las materias que regulan, no se dicten normas especiales.

3.1. Tercer y cuarto cargo.

Señaló que si bien la Circular 50 de 2001 modificó el contenido literal de lo contemplado en la Circular 70 de 2000, en cuanto a las reestructuraciones, el espíritu de la norma no fue objeto de modificación alguna, dado que el mecanismo de la reestructuración es una medida de carácter excepcional, que permite que un deudor mejore su calificación de riesgo sólo en el evento que haya demostrado adecuadamente el cumplimiento de sus obligaciones crediticias.

Consideró que, de conformidad con la Circular Externa 11 de 2002, los créditos que luego de reestructurados no hayan cumplido oportunamente, o hayan cumplido en forma irregular el pago de la obligación contraída, no pueden ser calificados en forma diferente de la que tenía antes de pactarse la reestructuración y, en consecuencia, la entidad vigilada deberá hacer las provisiones correspondientes.

IV) LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", mediante providencia del 7 de febrero de 2008, denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En cuanto a la excepción de inepta demanda consideró que no está llamada a prosperar, en razón a que el oficio demandado, esto es, el 200302132-34, es independiente del expedido en abril 4 de, 2003, al constituirse en el acto que puso fin a la actuación administrativa, puesto que decidió definitivamente que el Banco efectuara una revisión y ajuste sobre la calificación de los créditos y las provisiones, orden contra la cual se indicó que procedía el recurso de reposición.

Respecto de la excepción por caducidad de la acción manifestó que, dado que se encuentra ligada a la anterior, tampoco puede prosperar.

Con relación a la excepción fundamentada en la no aducción de hechos en vía gubernativa, fue desestimada por el a qua al considerar que los cargos primero y quinto constituyen argumentos de derecho relacionados con los actos demandados, en los cuales no se plantean hechos nuevos.

Adujo que si bien el Decreto 325 de 2003 no era aplicable para observar los estados financieros a 31 de diciembre de 2002, lo cierto es que el literal i) del numeral 2° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, antes de la modificación de la Ley 795 de 2003, permitía a la

Superintendencia pronunciarse sobre los estados financieros e impartir la autorización para su aprobación por la asamblea de socios. Por tanto, tenía competencia para la expedición de los actos demandados.

Señaló que la función de rectificación de los estados financieros, si bien en principio está asignada a los Superintendentes Delegados, puede ser ejercida por las Direcciones de la Superintendencia, bajo la coordinación de los Superintendentes.

Indicó que un crédito sólo puede mejorar su calificación cuando el deudor demuestre un comportamiento de pago regular y efectivo, por lo que si en un momento dado la institución verificó un pago en forma regular y mejoró la calificación del crédito, pero con posterioridad la Superintendencia encuentra que se volvió a incurrir en mora, puede, en ejercicio de sus facultades legales, solicitarle a la entidad que devuelva el crédito a su calificación anterior, por no cumplir con este requisito.

Consideró que no se vulneraron los principios de esencia sobre la forma ni de prudencia en materia contable, puesto que la Superintendencia ordenó las provisiones que consideraba suficientes para asegurar la solidez económica del Banco Colmena.

Estimó que la Superintendencia no desconoció el término establecido en el artículo 40 de la Ley 222 de 1995, ya que dentro del mes comunicó a la entidad las rectificaciones a los estados financieros, las cuales por su cantidad se hicieron excediendo ese término.

V) EL RECURSO DE APELACIÓN

El demandante impugnó la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

Argumentó que la sentencia infringió el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, pues omitió el examen de las pruebas pericia les del proceso.

Manifestó que el fallo no es acertado al señalar que la Superintendencia Financiera tenía competencia para expedir los actos administrativos demandados en virtud del literal i) del numeral 2° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, antes de la modificación realizada por el artículo 76 de la Ley 795 de 2003, debido a que la norma aplicable es la que se encontraba vigente al momento de la presentación en forma de los estados financieros.

Consideró que el funcionario que llevó a cabo la actuación administrativa no tenía competencia para pronunciarse sobre los estados financieros presentados por la entidad bancaria.

Adujo que el a quo se contradice al definir la competencia de los Superintendentes Delegados con fundamento en el literal i) numeral 2° del artículo 326 del Estatuto Orgánico Financiero, después de la reforma realizada por el artículo 76 de la Ley 795 de 2003, y de otro lado, al fijar la competencia de la Superintendencia para la expedición de los actos administrativos demandados, en la misma norma pero antes de la modificación realizada por el artículo 76 ibídem.

Indicó que es un contrasentido que el Tribunal considere gue los créditos reestructurados estuvieron cobijados por la Circular 70 de 2000, cuando dicha norma se encontraba modificada por la Circular 50 de 2001 y derogó la exigencia de devolver el crédito reestructurado en mora, a la calificación que tenía antes de la reestructuración.

Agregó que ello implica que la calificación del crédito reestructurado debe mirarse bajo el desenvolvimiento del servicio de la deuda después de reestructurado, de manera que al ordenar la calificación del crédito reestructurado se hiciera con otro criterio.

Consideró que la Superintendencia omitió que en la reestructuración se produjo un negocio jurídico de novación, cuya existencia no podía ignorarse sin violar el principio de esencia sobre la forma, y la estrategia que suponía el mejoramiento en la capacidad de pago del deudor al aliviar sustantivamente los requerimientos de flujo de caja, con lo cual las provisiones ordenadas sobreestiman las provisiones técnicamente necesarias.

Señaló que el Tribunal no declaró la nulidad de los actos demandados a sabiendas de que el Oficio No. 2003002132-34 se produjo el 19 de mayo de 2003, casi tres meses después de haber vencido el término establecido en el artículo 40 de la Ley 222 de 1995 para que la Superintendencia ordenara las rectificaciones con efecto en los estados financieros de fin de ejercicio presentados por el Banco Colmena.

VI) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante reiteró lo expuesto en la demanda y en el recurso de apelación.

La Administración reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia.

El Ministerio Público rindió concepto en el que solicitó negar las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos:

Estimó que no obstante la falta de referencia al dictamen pericial, lo que resulta cuestionado por las dos partes, y a las objeciones al dictamen presentado por la parte demandante, el caso muestra suficientes luces para aceptar que la Superintendencia de ninguna manera violó el principio de esencia sobre la forma, ni el de prudencia, contemplados en el artículo 11 del

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, porque la reestructuración de créditos que se incumplen, es una estrategia que utiliza el Banco para su manejo interno, y no es una figura legal que comporte las consecuencias que pretende asignarle la parte actora.

Consideró que la aclaración y ampliación del informe técnico no fue desvirtuada por la prueba presentada por la demandante.

Señaló que en el sub examine no se trata de una pequeña mora, ni de una calificación excesiva para el crédito, sino que se presenta un mayor riesgo que deviene de incumplimientos sucesivos, en primer lugar, del incumplimiento del crédito originario y, posteriormente, del beneficio de reducción de cuota, lo que disminuye la posibilidad de pago oportuno de las obligaciones.

Precisó que al exigirse y ratificarse la modificación de las provisiones por los deudores que habían perdido los beneficios de la "reducción de cuota", no se presenta ninguna violación al principio de la esencia y forma de los créditos reestructurados, porque tal como se establece en las cláusulas del "contrato hijo", si se incumple, la condiciones económicas cambian y quedan caracterizadas como antes de la "reducción de cuota".

Indicó que la Superintendencia tenía facultades, para la época en que se dictaron los actos administrativos iniciales y definitivos, de revisión permanente y control, y de autorización de los estados financieros.

Estimó que la pérdida de vigencia de la Circular 70 de 2000, no eliminó la posibilidad de exigir devolver el crédito reestructurado en mora, a la calificación que tenía antes de la reestructuración, dado que la Circular 50 de 2001 también establece que la calificación solo puede mejorar si el comportamiento de pago es real y efectivo.

Observó que la Circular 11 de 2002 define el riesgo crediticio como la posibilidad que tiene una entidad de incurrir en pérdidas y disminuir el valor de sus activos, como consecuencia de que los deudores fallen en el cumplimiento oportuno, o cumplan imperfectamente los términos acordados en los contratos de crédito. Así mismo señaló que los créditos sólo pueden mejorar la calificación después de ser reestructurados, cuando el deudor demuestre un comportamiento de pago regular y efectivo.

VII) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 7 de febrero de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "8", que denegó las pretensiones de la demanda.

De acuerdo con lo expuesto en el recurso de apelación antes citado, se estudiarán los cargos en el orden que sigue:

1. La sentencia infringió los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo, y 174 del Código de Procedimiento Civil.

El apelante advirtió que la sentencia de primera instancia infringió los artículos 170 del Código Contencioso Administrativo y 174 del Código de Procedimiento Civil, al omitir el examen de las pruebas periciales.

A ese respecto se observa que si bien el a quo no se refirió al dictamen pericial practicado en el proceso, dicha omisión no tiene la capacidad de anular la sentencia, dado que se fundamentó en las normas legales y en las demás pruebas allegadas al expediente, para proferir su decisión. Además, en virtud del principio de libre valoración de las pruebas el juez tiene la facultad de calificar el grado de certeza que le ofrecen las probanzas que tuvo en cuenta, aplicando criterios, bajo una perspectiva lógica y científica, que le permitan valorar la utilidad, necesidad, conducencia y pertinencia de las pruebas, sin que esté condicionado por el principio de la tarifa legal probatoria.

Sin embargo, encuentra la Sala que es necesario emitir un pronunciamiento en cuanto a la objeción por error grave al dictamen pericial presentada por el actor, por lo que en esta instancia se decidirá lo que al respecto corresponda y se valorará el mismo, si a ello hubiere lugar.

2. Competencia de la Superintendencia Financiera para revisar los estados financieros.

Para el apelante la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) no era competente para revisar y autorizar los estados financieros presentados por el Banco Colmena S.A., para su posterior aprobación por la asamblea de socios, toda vez que la Ley 795 de 2003 limitó dicha facultad respecto de las entidades vigiladas que señalara el Gobierno Nacional, las cuales sólo fueron definidas, con posterioridad a la presentación de los estados financieros de la entidad bancaria, mediante el Decreto 325 de 2003.

A fin de establecer las funciones de la Superintendencia Financiera, es procedente estudiar las disposiciones del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, aplicables a la litis, así:

"ARTICULO 325. NA TURALEZA, OBJETIVOS Y FUNCIONES. <Artículo sustituido por el artículo 1 del Decreto 2359 de 1993. El nuevo texto es el siguiente:> 1. Naturaleza y objetivos. <Inciso 10. modificado por el artículo 35 de la Ley 510 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> La Superintendencia Bancaria (. . .) tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:

a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.

b) Supervisar de manera integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no sólo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero, sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario.

c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.

(. . .)

e) Prevenir situaciones que puedan derivar. en la pérdida de confianza del público; protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe. (. . .)"

ARTICULO 326. FUNCIONES Y FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. <Artículo sustituido por el artículo 2 del Decreto 2359 de 1993. El nuevo texto es el siguiente:> Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan. (. . .)

20. Funciones respecto de la actividad de las entidades. En el desarrollo de la actividad de las entidades, la Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes funciones: (. . .)

i) Pronunciarse sobre los estados financieros presentados por las instituciones bajo su vigilancia e impartir autorización para su aprobación por las asambleas de asociados y su posterior publicación, cuando a ello hubiere lugar; (. . .)

40. Facultades de supervisión. La superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de supervisión:

a) Practicar visitas de inspección cuando exista evidencia atendible sobre el ejercicio irregular de la actividad financiera, obtenida de oficio o suministrada por denuncia de parte, a los establecimientos, oficinas o lugares donde operan personas naturales o jurídicas, no sometidas a vigilancia permanente, examinar sus archivos y determinar su situación económica, con el fin de adoptar oportunamente, según lo aconsejen las circunstancias particulares del caso, medidas eficaces en defensa de los intereses de terceros de buena fe, para preservar la confianza del público en general;

b) Practicar visitas de inspección a las entidades vigiladas con el fin de obtener un conocimiento integral de su situación financiera, del manejo de sus negocios, o de los aspectos especiales que se requieran;

(...)"

ARTICULO 327. ORGANIZACION y FUNCIONAMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA. <Artículo sustituido por el artículo 1 del Decreto 2489 de 1999. El nuevo texto es el siguiente:> Organización y funcionamiento de la Superintendencia Bancaria

(. . .)

3.3. Funciones de control contable

a) Pronunciarse sobre los estados financieros presentados por las instituciones bajo su vigilancia e impartir autorización para su aprobación por las asambleas de asociados y su posterior publicación cuando a ello hubiere lugar;

Ahora bien, mediante la Ley 795 de 20031 se modificó el literal i) del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en estos términos:

1Diario Oficial No. 45.064 de 15 de enero de 2003.

ARTÍCULO 76. Modifícase el literal i) del numeral 2 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual quedará así:

"i) Pronunciarse sobre los estados financieros presentados por las instituciones bajo su vigilancia. La Superintendencia Bancaria impartirá la autorización para la aprobación de los estados financieros por las respectivas asambleas de socios o asociados y para su posterior publicación en relación con aquellas entidades vigiladas que se encuentren comprendidas en los eventos o condiciones señalados por el Gobierno Nacional mediante normas de carácter general."

Posteriormente, el Decreto No. 325 de 20032, reglamentó parcialmente el artículo 326 numeral 20 literal i) del referido Estatuto:

2 Diario Oficial No. 45.102, de 19 de febrero de 2003

Artículo 1° -Pronunciamiento sobre estados financieros. Las entidades que se encuentren sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, con excepción de las agencias colocadoras de seguros que no se asimilen a sociedades corredoras de seguros y los agentes de seguros, deberán someter sus estados financieros a la Superintendencia Bancaria para que ésta imparta la autorización para su aprobación por parte de las respectivas asambleas de socios o asociados y su posterior publicación.

A la luz de los preceptos transcritos, se encuentra que dentro de los objetivos de la Superintendencia Bancaria está el de velar porque las instituciones que integran el sistema financiero mantengan la solidez económica que les permita atender adecuadamente sus obligaciones, para garantizar con ello la confianza pública en el respectivo ente.

En el sub examine la Superintendencia Financiera, respecto de la demandante inició un ejercicio de control y vigilancia con el oficio No. 2003002132-0 de 17 de enero de 20033, por medio del cual le informó a la entidad financiera la práctica de una inspección de carácter especial, aludiendo al corte de operaciones al 31 de diciembre de 2002.

3 FI155 a 162 c.a.6

Es importante precisar que en el sub lite los actos demandados, esto es el Oficio No. 2003002132-34 de 19 de mayo de 2003 y la Resolución No. 583 de 16 de junio de 2003, se refieren a la constitución de una provisión que se ordenó dentro del mencionado ejercicio de las facultades de inspección adelantado por la Superintendencia Financiera desde el 17 de enero de 2003.

De otro lado, encontrándose en desarrollo el mencionado proceso de control, el 27 de febrero de 2003 el Banco Colmena S.A. solicitó a la Superintendencia Financiera:

"En cumplimiento de lo dispuesto por la Circular Externa 100 de 1995 y el Código de Comercio, respetuosamente me permito presentar para su estudio la información solicitada según dicha norma, con el fin de que se autorice someter a consideración de los Accionistas los Estados Financieros con corte 31 de diciembre de 2002 y la publicación del balance y el estado de resultados, una vez aprobados por los accionistas, según los formatos prescritos por la Superintendencia Bancaria. (. . .)

De acuerdo con lo establecido en la Circular Externa 067 de 2001 estamos remitiendo la lista de chequeo de la información que se adjunta a esta comunicación, para el reporte de información de los estados financieros de fin de ejercido, debidamente suscrita por revisor fiscal y representante legal del banco"4.

4 FI143 a 149 c.a. 6

Teniendo en cuenta que para la fecha de esa solicitud las normas que se cuestionan, esto es, la Ley 795 de 2003 y su Decreto Reglamentario No. 325 de 2003 se encontraban vigentes5, es claro que la Superintendencia Financiera tenía facultades para impartir la autorización a fin de que los estados financieros aquí involucrados, se sometieran a aprobación de las respectivas asambleas de socios.

Útil es precisar que la actuación administrativa demandada por el accionante tuvo como objeto la constitución de una provisión respecto de los clientes de cartera hipotecaria que perdieron el beneficio de reestructuración, en desarrollo de las facultades de supervisión otorgadas a la Superintendencia en el literal b) numeral 4° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que le permiten practicar visitas de inspección y examinar los archivos, con el fin de adoptar oportunamente la medidas eficaces en defensa de terceros de buena fe .

5 Diario Oficial No. 45.064 del 15 de enero de 2003 y 45.102 del 19 de febrero de 2003.

En suma, la Sala observa que los actos administrativos demandados fueron expedidos dentro de la órbita de inspección y vigilancia que le corresponde a la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera.

3. Competencia del Director Técnico para la Intermediación Financiera.

Según el apelante, como la Superintendencia Financiera no tenía competencia al momento en que la parte actora presentó los estados financieros, para realizar la actuación de que trata el literal i) numeral 2° del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tampoco podían detentarla los Directores de la Superintendencia.

A ese respecto es necesario precisar que el cargo, como se planteó en la demanda, se refería a la incompetencia de los Directores por cuanto dicha facultad la detentaban los Superintendentes, argumento que en el recurso de apelación se modificó en el sentido de afirmar que el fenómeno realmente registrado era la incompetencia de la Superintendencia, predicable de sus funcionarios, razón por la cual el apelante no trajo al conocimiento de segunda instancia el cargo inicialmente alegado, al haberlo cambiado con ocasión del recurso de apelación, lo que va en contravía del derecho al debido proceso. Aúase a lo anterior, que frente a la incompetencia se fijó la posición de esta Sala en el numeral 2°, en el que se resolvió dicho cuestionamiento.

4. Violación al artículo 40 de la Ley 222 de 1995.

Se fundamenta el presente cargo en que la Superintendencia ordenó, de manera extemporánea, la rectificación de los estados financieros, esto es, por fuera del mes siguiente a la fecha de su presentación¡ término establecido en el artículo 40 de la Ley 222 de 1995.

El artículo 40 de la Ley 222 de 1995 señala:

"RECTIFICACION DE LOS ESTADOS FINANCIEROS. Les entidades gubernamentales que ejercen inspección, vigilancia o control, podrán ordenar rectificar los estados financieros o las notas que no se ajusten a las normas legales.

Tratándose de estados financieros de fin de ejercicio, las rectificaciones afectarán el período objeto de revisión, siempre que se notifique dentro del mes siguiente a la fecha en la cual se hayan presentado en forma completa ante la respectiva autoridad. Pasado dicho lapso las rectificaciones se reconocerán en el ejercicio en curso.

Las rectificaciones se darán a conocer al difundir los estados financieros respectivos y, en todo caso, en la forma y plazo que determine la respectiva entidad gubernamental.

La orden de rectificación solo tendrá efectos cuando la entidad gubernamental que ejerce inspección, vigilancia o control haya resuelto expresamente los recursos a que hubiere lugar, si es que éstos se interpusieron.

De conformidad con la norma transcrita se observa que no existe un término de caducidad para que la Superintendencia Financiera realice la rectificación de los estados financieros. El mes al que alude el inciso segundo se refiere al siguiente a la fecha de presentación de los estados financieros, que es un plazo para notificar las rectificaciones. Que si ese término se rebasa, las rectificaciones se reconocerán en el nuevo ejercicio, o como lo dice la norma, en el ejercicio en curso.

En ese contexto, la Superintendencia Financiera no pierde la competencia para rectificar los estados financieros, así su pronunciamiento se realice con posterioridad al mes al que se refiere la norma.

Por virtud de lo dicho, el hecho de que la notificación de la rectificación se realice por fuera del mes, no conlleva la nulidad de los actos demandados, por cuanto la competencia para rectificar no se pierde para la Superintendencia Financiera.

5. Calificación y constitución de provisiones de créditos reestructurados que perdieron el beneficio de "reducción de cuota". Principios de esencia sobre la forma, y de prudencia.

Se cuestiona en la alzada que la Superintendencia Financiera ordenó la calificación y consecuente provisión de los créditos hipotecarios que habían perdido el beneficio de estrategia de "reducción de cuota", con base en la situación que tenían antes de ser reestructurados, omitiendo dar aplicación a la Circular Externa 50 de 2001 y a la Circular 11 de 2002.

Al respecto se observa que se entiende por reestructurado un crédito aquél respecto del cual se ha llevado a cabo, en beneficio del deudor, cualquier negocio jurídico que tenga como objeto o efecto modificar las condiciones originalmente pactadas6, y cuya finalidad es optimizar la atención de la deuda.

6Circular 50 de 2001 y 11 de 2002. 5.3.1. Se entiende por reestructuración de un crédito cualquier mecanismo, instrumentado mediante la celebración de cualquier negocio jurídico, que tenga por objeto modificar las condiciones originalmente pactadas con el fin de permitirle al deudor la atención adecuada de su obligación.

Para estos efectos, se consideran reestructuraciones las novaciones.

En el sub examine el Banco Colmena S.A. implantó la estrategia "reducción de cuota" con la finalidad de reestructurar el crédito hipotecario en mora (crédito padre), por medio de la creación de un crédito comercial (crédito hijo) el cual recogió las cuotas vencidas que poseía la obligación7.

7 Estrategia de reducción de cuota, c.a.2 pág.4

Dentro de las políticas generales de esa estrategia se estableció que si el crédito hipotecario de vivienda que originaba la reestructuración a través del crédito comercial, llegaba a facturar de manera acumulada la tercera cuota, se perdía el beneficio de reducción de cuota, y se hacía exigible la cláusula aceleratoria por el crédito comercial8.

8 Estrategia de reducción de cuota, c.a.2 pág.9

Frente a este tipo de procedimientos a la Superintendencia Financiera le corresponde velar porque se cumplan las disposiciones que rigen los efectos de la reestructuración, corno son, entre otros, la calificación del crédito reestructurado, la rehabilitación de la misma y la constitución o reversión de provisiones.

En cuanto a la calificación de la cartera de crédito, en principio la Circular No. 070 de 2000, indicaba:

"13.2. Cuando un crédito o contrato reestructurado se ponga en mora, volverá de inmediato a la calificación que tenía antes de la reestructuración si ésta fuere de mayor riesgo y, en consecuencia, la entidad vigilada deberá hacer las provisiones correspondientes y suspender la causación de intereses, corrección monetaria, cánones, ajuste en cambios y otros ingresos cuando fuere el caso".

Para el caso de los estados financieros de fin de ejercicio de 2002, existió un tránsito normativo de la Circular 50 de 26 de octubre de 2001, aplicable a partir del mes de diciembre de 20019, a la Circular 11 de 2002, aplicable desde los estados financieros de marzo de 2002, esta última ratificó a la primera en relación a las reglas especiales y criterios para la recalificación de los créditos reestructurados, así:

9 Con excepción de los numerales 6.2.1, 6.2.2.1 y 6.2.3 que aplicó a partir de los estados financieros del mes de octubre de 2001.

"5.3.4 Los créditos pueden mejorar la calificación después de ser reestructurados sólo cuando el deudor demuestre un comportamiento de pago regular y efectivo",

Al verificarse los actos demandados se observó, contrario a lo argumentado por el apelante, que éstos no se fundamentaron en la Circular No. 070 de 2000, sino en las Circulares Nos. 50 de 2001 y 11 de 2002, aplicables a los estados financieros de fin de ejercicio del año 2002, las cuales reiteraron otras normativas, pero guardando la misma finalidad de la norma inicialmente establecida en la Circular No. 070 de 2000.

Así las cosas, para que los créditos sean calificados con los efectos obtenidos por la reestructuración, el deudor debe demostrar un comportamiento de pago regular y efectivo, el cual implica necesariamente que atienda el servicio de la deuda en la forma como fue pactada en dicho acuerdo de reestructuración.

En ese sentido, la calificación del crédito debe mirarse bajo el desenvolvimiento de la deuda reestructurada, puesto que de no haberse cumplido con las condiciones de la misma, la calificación que le corresponde es la que ostentaba previo a dicho acuerdo.

Con lo anterior no se desconoce el negocio jurídico ni los efectos de la reestructuración, sino que se da cumplimiento al contrato celebrado entre las partes, que establece que en el caso que el beneficiario incurra en mora (3 meses) se suspenderá el beneficio de "reducción de cuota".

Ahora bien, sobre el alcance y efectos de los principios contables de esencia sobre la forma y de prudencia, la actora solicitó como prueba la práctica de un concepto técnico del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, el cual fue decretado mediante auto de pruebas de fecha 23 de febrero de 2004 10, y presentado el 30 de noviembre de 200611.

10 FI 111 a 112 c.p.

11 C.a 1

Respecto de dicho dictamen pericial, la demandante presentó objeción por error grave, por cuanto consideró que las conclusiones a que llegó el concepto técnico nacen de un error superlativo en los fundamentos de la pericia, consistente en la confusión del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, entre la "estrategia de reducción de cuota", adoptada en forma autónoma por el Banco Colmena, y la reliquidación de los créditos para vivienda, dispuesta por los artículos 40 a 43 de la Ley 546 de 1999.

Por lo anterior adujo que no existe en parte alguna la condición resolutoria que imagina el dictamen del Consejo Técnico, aplicando a la estrategia de reducción de cuota, sin fundamento distinto a su propia e insalvable confusión conceptual, la pérdida del alivio prevista por el parágrafo 1° del artículo 42 de la Ley 546 de 1999 para la reliquidación de obligaciones derivadas del artículo 38 y siguientes de la misma norma.

Además aportó como prueba, para soportar la objeción, un concepto técnico privado 12, el cual se tendrá en cuenta como alegaciones de la demandante 13.

12 Fls 245 a 253 c.p .

13 ARTÍCULO 238. CONTRADICCION DEL DICTAMEN: para la contradicción del dictamen se procederá así: ( .. .) 7.

Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas

Al respecto, y dado que en el presente caso la objeción al dictamen debía ser resuelta en la sentencia de primera instancia al tenor del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión general del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo, y por cuanto tal pronunciamiento no se hizo en dicha providencia, estima la Sala necesario estudiar la referida objeción.

Es el numeral 5° del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, la norma que se ocupa de regular lo atinente al trámite de la objeción por error grave, destacando que e/entro de las oportunidades legales cualquiera de las partes pueden manifestar su desacuerdo con el trabajo del experto, de lo cual se debe resaltar que lo que motive la objeción, necesariamente debe ser una falla de especial entidad en el trabajo de los expertos, y no cualquier error tiene esa connotación, pues el numeral 4° del citado artículo define que debe tratarse de "error qrave"14.

14 Procedimiento Civil, Tomo 3 Pruebas, Hernán Fabio López Blanco, Segunda Edición, Bogotá, 2008. Página 270

En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga la virtud de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. En estas condiciones el dictamen se contrapone a la verdad, es decir, se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinde el dictamen y la representación mental que de él haga el perito.

Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos, como es el caso de que se exceden en las apreciaciones que deben hacer en el dictamen.

En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos.

Al respecto la Sala estima infundada la objeción por error grave, pues al tenor del numeral 40 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, los pronunciamientos sobre aspectos técnicos, que evidentemente aparecen en el dictamen, no condujeron a error grave que haya sido determinante de las conclusiones de los peritos, ni a error originado en las mismas. Por el contrario, se observa que las referencias que hicieron de la Ley 546 de 1999, se tomaron como un antecedente normativo en materia de reestructuraciones, y no incidieron con la conclusiones a que llegó el dictamen.

En ese sentido, no hay lugar a atender la objeción por error grave formulada por el actor, dado que no se constató la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tuviera la entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas, sino que los argumentos de los expertos se centraron en estudiar los antecedentes normativos en materia de las reestructuraciones de crédito y de las normas contables, en especial el alcance de los principios de contabilidad de prudencia y esencia sobre la forma.

Resuelta la objeción planteada, se procede a apreciar y valorar el dictamen pericial rendido, que indicó:

"Sea lo primero aclarar que los principios y normas de contabilidad generalmente aceptados constituyen la piedra angular sobre la cual descansa el ejercicio profesional de la disciplina contable. Estos se encuentran incorporados en nuestro ordenamiento contable a través del artículo 60 de la Ley 143 de 1990 y del Capítulo 111 del Decreto Reglamentario 2649 del 29 de diciembre de 1993.

(. . .)

La prudencia, como una de las normas básicas de contabilidad, es de aplicación para todos los entes económicos. Su aplicación debe entenderse como una directriz, solamente cuando, como lo dice el artículo 17 del Decreto 2649 de 1993, arriba citado, "existan dificultades para medir de manera confiable y verificable un hecho económico".

Es necesario tener especial cuidado para que, en aras de la prudencia, no se degraden las cualidades de la información contable, estipuladas en el Artículo 40 del precitado Decreto 2649.

La prudencia debe, entonces, ser utilizada para lograr los objetivos previstos en la norma legal y no para desfigurar la realidad económica en beneficio o perjuicio de alguien. Tampoco para satisfacer las necesidades individuales y/o circunstanciales de presentar resultados convenientes o determinada situación financiera.

Es por lo anterior que, en orden de realizar registros prudentes que a la vez permitan a los destinatarios de la información contable detectar la realidad económica del ente económico, surge la posibilidad de acudir a las denominadas provisiones o contingencias que aparecen reguladas en (sic) Artículo 52 y 81 del Decreto 2649.

(. . .)

Como se ha anotado arriba, la visión financiera de la contabilidad moderna persigue que ésta verse sobre hechos económicos reales, los cuales pueden tener incidencia jurídica.

Un sistema de información contable debe ser de la mayor utilidad y confiabilidad para quienes, en su calidad de asociados, vigilantes y terceros, deban adoptar decisiones que funden en el estado económico de la entidad, para lo cual se debe procurar que la información se acerque más a la realidad económica que a la simple formalidad.

En otras palabras, como se deduce de los expuesto por el Profesor Peña arriba citado, la información contable debe procurar reflejar la esencia de las transacciones, pues con ello se apunta a expresar la realidad económica; vale decir, que se registre de manera cierta e indiscutible la transacción contable y su efecto económico, en tanto que la apreciación formal se orienta a establecer si un hecho económico se fundamenta en requisitos o formalidades de orden legal para poder reconocer y revelar la ocurrencia de un evento económico. “15.

15F1s 1,12 y 21 c.a 1

Así las cosas, las apreciaciones del peritazgo técnico sobre el alcance de los principios de la esencia sobre la forma y de prudencia, se analizarán a la luz de las reglas de la sana crítica. Sin embargo, los pronunciamientos en los puntos de derecho objeto de discusión, no se tendrán en cuenta, en virtud del inciso 10 del artículo 236 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en cuanto a la violación del principio de esencia sobre la forma 16 la Sala observa que fue respetado por los actos acusados, en tanto exigieron que el crédito reestructurado reflejara la realidad de la operación económica, la cual fue que el contrato de reestructuración fue incumplido por mora en los pagos y que la insolvencia del deudor generó un riesgo crediticio mayor, que impidió que obtuviera una calificación satisfactoria igual a los que si cumplieron con los requisitos para mantenerse con el beneficio de reducción de cuota.

16 Decreto 2649 de 1993. Art. 11. Esencia sobre forma. Los recursos y hechos económicos deben ser reconocidos y revelados de acuerdo con su esencia o realidad económica y no únicamente en su forma legal.

Cuando en virtud de una norma superior, los hechos económicos no puedan ser reconocidos de acuerdo con su esencia, en notas a los estados financieros se debe indicar el efecto ocasionado por el cumplimiento de aquella disposición sobre la situación financiera y los resultados del ejercicio.

En ese sentido, no existe contradicción entre la esencia y la forma de los créditos de reestructuración, pues si bien en virtud de ellos se realizó un contrato que generó determinados efectos jurídicos, uno de ellos precisamente consistía en que si el deudor no cancelaba las cuotas del crédito se suspendía el beneficio de reducción de cuota, lo que conlleva la pérdida de las prerrogativas derivadas de la reestructuración.

Recuérdese que el objeto de la calificación de los créditos es conocer la capacidad de pago de los deudores y la solidez económica de las entidades financieras. Es por ello que las Circulares Externas 50 de 2001 y 11 de 2002, dispusieron que "los créditos pueden mejorar la calificación después de ser reestructurados sólo cuando el deudor demuestre un comportamiento de pago regular y efectivo".

De otra parte, en relación al principio de prudencia 17 la Sala observó que las provisiones ordenadas y la calificación determinada antes de la reestructuración, lograron los objetivos previstos en la norma legal que pretende asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y liquidez para atender sus obligaciones.

17 Decreto 2649 de 1993. Art, 17. Prudencia. Cuando quiera que existan dificultades para medir de manera confiable y verificarle un hecho económico realizado, se debe optar por registrar a la alternativa que tenga menos probabilidades de sobreestimar los activos y los ingresos, o de subestimar los pasivos y los gestos. En ese sentido, no existe vulneración a los principios contables de esencia sobre la forma y de prudencia.

Por las razones señaladas se confirmará la decisión apelada.

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

FALLA

CONFÍRMASE la Sentencia dictada el 7 de febrero de 2008 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub-sección B.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMENTERESA ORTIZ DE RODRÍUEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO