

INVERSION EXTRANJERA – Infracción al régimen de cambios internacionales. presunción de mandato

Atendiendo el precedente jurisprudencial antes señalado, la presunción de mandato, establecida por la Circular Reglamentaria DCIN 23 de 9 de mayo de 2002, que fue consagrada en idénticos términos a la Circular 01 de 1999, al señalar que “Si la información es remitida por el representante legal de la empresa receptora, se presume que actúa como mandatario del inversionista de capital del exterior”, está en cabeza del representante legal de la empresa receptora y no de ésta y debe ser entendida sólo para la gestión del registro de la inversión extranjera y no para fines distintos a ello. Esta presunción de mandato, en cabeza del representante legal de la sociedad receptora, surge sólo a partir del momento en que envía la información sobre la inversión extranjera al Banco de la República para el correspondiente registro, razón por la cual no se le puede endilgar o deducir responsabilidad u obligación anterior alguna. En virtud de lo anterior, para la Sala es evidente que, en el caso sub examine, no se le podía endilgar responsabilidad alguna por el registro extemporáneo de la inversión extranjera, originada en la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio, al BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A., en su condición de sociedad receptora, pues dicha presunción está circunscrita al registro de la inversión y no se le podía extender a ella, habida cuenta de que en el expediente no aparece prueba, en la que se acredite a dicha sociedad como representante de los inversionistas extranjeros. En este orden de ideas, no le asistió razón a la Superintendencia de Sociedades, al considerar que el BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A. debía responder conjuntamente con los inversionistas extranjeros S/DER CENTRAL HISPANO BANK & TRUST (BAHAMAS) LTD. Y ADMÓN. DE BANCOS LATINOAMERICANOS SANTANDER S.L., dado que fundamentó dicha responsabilidad en una presunción de mandato que no tenía cabida con respecto al mencionado actor, conforme se dijo anteriormente, lo cual implica que se violaron los principios de la responsabilidad jurídica y de legalidad, consagrados en los artículos 6º y 29 de la Constitución Política, según los cuales “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes” y no hay falta administrativa sin ley preexistente que la establezca, principios fundamentales éstos que destruyen la presunción de legalidad de los actos sancionatorios acusados.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2080 DE 2000 – ARTICULO 8 / CIRCULAR REGLAMENTARIA DCIN-23 DE 2002 – NUMERAL 7.1.1 / CIRCULAR REGLAMENTARIA DCIN-23 DE 2002 – NUMERAL 7.1.1.4.

NOTA DE RELATORIA: Presunción al mandato en el registro de la inversión extranjera y la responsabilidad de la sociedad receptora, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 23 de agosto de 2007, Rad. 2003-00126, MP. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de junio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2005-00564-01

Actor: BANCO SANTANDER COLOMBIA S. A

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 13 de febrero de 2012, proferida por la Sección Primera-Subsección "C" en Descongestión- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A. por medio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se hicieran las siguientes declaraciones:

PRETENSIONES PRINCIPALES.

1ª. Se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos:

a) La **Resolución núm. 230-003274 de 19 de noviembre de 2004**, expedida por el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, mediante la cual se impusieron al **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, con NIT. 890.903.937-0, conjuntamente con la sociedad S/DER CENTRAL HISPANO BANK & TRUST (BAHAMAS) LTD. Y ADMÓN. DE BANCOS LATINOAMERICANOS SANTANDER S.L., las siguientes

multas, por infracción a lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto núm. 2080 de 2000, en concordancia con lo reglamentado en los numerales 7.1.1. y 7.1.1.4 de la Circular Reglamentaria Externa DCIN- 23 de 9 de mayo de 2002, expedida por el Banco de la República, así:

- Al **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, conjuntamente con la sociedad S/DER CENTRAL HISPANO BANK & TRUST (BAHAMAS) LTD.

por la suma de nueve millones seiscientos mil pesos moneda legal (\$9'600.000.oo).

- Al **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, conjuntamente con la ADMÓN. DE BANCOS LATINOAMERICANOS SANTANDER S.L. por la suma de ciento cincuenta y tres millones de pesos moneda legal (\$153'000.000.oo).

b) La **Resolución núm. 230-000157 de 20 de enero de 2005**, expedida por el mencionado funcionario, mediante la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, en el sentido de no reponer la antes citada Resolución.

2ª. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia de Sociedades la devolución de la sanción pagada, con ocasión de los citados actos administrativos, por la suma de \$162'600.000.oo, en la forma y términos previstos en la sentencia y en los artículos 176 y siguientes del C.C.A.

Así mismo, se condene a la demandada a reconocer y pagar a **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.** intereses bancarios corrientes sobre el citado valor pagado de las multas, desde la fecha del pago de las mismas, esto es, desde el 13 de mayo de 2005.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

En subsidio de las pretensiones principales, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. La nulidad parcial del artículo segundo de la **Resolución núm. 230-003274 de 19 de noviembre de 2004**, expedida por el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, en los apartes que aluden a que las sanciones serán conjuntas con el **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**

2ª. Se declare la nulidad parcial de la **Resolución núm. 230-000157 de 20 de enero de 2005**, expedida por el mencionado funcionario, en la medida de que en su artículo segundo confirmó el artículo segundo de la **Resolución núm. 230-003274 de 19 de noviembre de 2004**, por cuanto las sanciones dispuestas por dicho artículo se impusieron conjuntamente al **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**

3ª. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a la Superintendencia de Sociedades la devolución de la suma de \$162'600.000.00, valor de las multas, en la forma y términos previstos en la sentencia y en los artículos 176 y siguientes del C.C.A.

Así mismo, se condene a la demandada a reconocer y pagar a **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.** intereses bancarios corrientes sobre el citado valor pagado de las multas, desde la fecha del pago de las mismas, esto es, desde el 13 de mayo de 2005.

“SUBSIDIARIAS A LAS ANTERIORES SUBSIDIARIAS”.

En subsidio de las anteriores pretensiones subsidiarias, solicitó **que** se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. La nulidad del Oficio núm. 531-008422 de 23 de febrero de 2005, expedido por el Coordinador del Grupo de Jurisdicción Coactiva y Cobro Persuasivo de la Superintendencia de Sociedades, en cuanto condenó al pago de las multas de manera solidaria y no en forma conjunta, como se ordenó en las precitadas Resoluciones.

2ª. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Superintendencia de Sociedades la devolución de la suma de \$81' 300.000.00, valor de la mitad de las multas, en la forma y términos previstos en la sentencia y en los artículos 176 y siguientes del C.C.A.

Así mismo, se condene a la demandada a reconocer y pagar a **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.** intereses bancarios corrientes sobre el citado valor pagado en exceso de la multa, desde la fecha del pago de la misma, esto es, desde el 13 de mayo de 2005.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones señaló, en síntesis, los siguientes hechos:

1º. La Superintendencia de Sociedades, mediante auto núm. 230-008137 de 2 de mayo de 2003, abrió la actuación administrativa 230-651, con base en el reporte suministrado por el Banco de la República, a través de Oficio DCIN-D-00396 de 9 de enero de 2003, en el que informó sobre unas operaciones de capitalización de la cuenta revalorización del patrimonio del **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, por valor de US\$982.705.37 y US\$66'112.269.47 contabilizadas el 26 de junio de

2002 por S/DER CENTRAL HISPANO BANK & TRUST (BAHAMAS) LTD. y ADMON DE BANCOS LATINOAMERICANOS SANTANDER S.L.

2º. Mediante Auto 230-018792 de 24 de noviembre de 2003, la Superintendencia demandada formuló cargos al actor, conjuntamente con S/DER CENTRAL HISPANO BANK & TRUST (BAHAMAS) LTD. y a ADMON DE BANCOS LATINOAMERICANOS SANTANDER S.L., por la presunta violación del artículo 8º del Decreto núm. 2080 de 2000 y el numeral 7.1.1.4 de la Circular Externa DCIN-23 de 2002 del Banco de la República, por considerar que se produjo un registro extemporáneo de inversión extranjera, originado en la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio, que se contabilizó el 26 de junio de 2002 y se registró en el Banco de la República el 29 de noviembre del mismo año.

3º. A través de **la Resolución núm. 230-003274 de 19 de noviembre de 2004**, el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades impuso dos sanciones pecuniarias a la parte actora. La primera, conjuntamente con la sociedad S/DER CENTRAL HISPANO BANK & TRUST (BAHAMAS) LTD., por valor de \$9'600.000.00 y la segunda, conjuntamente con la Sociedad ADMON. DE BANCOS LATINOAMERICANOS SANTANDER S.L., por valor de \$153'000.000.00.

4º. Mediante **la Resolución núm. 230-00157 de 20 de enero de 2005**, la Superintendencia demandada resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión anterior, en el sentido de confirmarla en todas sus partes y denegar la nulidad solicitada.

5º. La Superintendencia de Sociedades, a través de Oficio núm. 531-008422 de 23 de febrero de 2005, suscrito por el Coordinador del Grupo de Jurisdicción Coactiva y Cobro Persuasivo, decidió compelerla, bajo advertencia de proceder por jurisdicción

coactiva al pago del valor total de las 2 multas impuestas, sin tener en cuenta que la condena fue en forma conjunta y no solidaria.

6º. El 13 de mayo de 2005, la actora pagó la suma de \$162'600.000.00 por concepto de las multas impuestas, mediante el cheque núm. 002883 consignado en la cuenta corriente de BANCOLOMBIA núm.126-0279555-8.

I.3.- A juicio de la actora se violaron los artículos 29 de la Constitución Política; 7º y 8º del Decreto núm. 2080 de 2000; 48 del C. de P.C.; 1505, 1568 y 1583 del C.C.; y 832 del Código de Comercio.

Explicó el alcance de los cargos de violación, en síntesis, así:

. IMPROCEDENCIA DE SANCIONAR CONJUNTAMENTE CON LOS INVERSIONISTAS Y COBRAR LAS MULTAS IMPUESTAS AL BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.

Señaló que en el régimen vigente antes de 2 de julio de 2003, esto es, en el Decreto núm. 2080 de 2000, se establecía la obligación de efectuar el registro en cabeza del inversionista extranjero y del apoderado que, conforme a las normas legales, tendría aquél que nombrar, de donde se deducía claramente que los sujetos pasivos de las sanciones eran los mismos: el inversionista y su apoderado en Colombia.

En el régimen establecido a partir de la fecha en mención, es decir, en el Decreto núm. 1844 de 2003, se extendió la obligación a los representantes legales o apoderados del inversionista y a la empresa receptora de la inversión.

De manera que, para la época de los hechos, que conforme al pliego de cargos se ubica en el año 2002, -pues se afirma que las operaciones de capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio fueron contabilizadas el 26 de junio de 2002

y registradas el 29 de noviembre del mismo año-, el actor, **BANCO SANTANDER DE COLOMBIA S.A.**, como entidad receptora de la inversión, no respondía solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones de registro y tampoco era la apoderada de inversionista extranjero alguno que participare en su capital, ni respecto de las dos entidades que, conjuntamente con el citado Banco, fueron sancionados por los actos acusados.

Expresó que se violó el artículo 29 de la Constitución Política, por sancionar al actor por un hecho no previsto en la Ley, para la época de los hechos, y que no le era imputable.

Que, además, se dedujo al actor un carácter de representante de los inversionistas extranjeros, contrario a los artículos 48 del C. de P.C., 1505 del C.C. y 832 del Código de Comercio.

Alegó que se incurrió en la causal de nulidad de falsa motivación por errores de hecho y de derecho, al haber tenido como demostrado un apoderamiento por hechos inexistentes y no por el acto jurídico de apoderamiento, pues no puede deducirse el carácter de representante de los inversionistas extranjeros, sin que exista el correspondiente contrato de mandato.

Sostuvo que en el evento de que las Resoluciones acusadas fueren legales, entonces al actor sólo se le podría cobrar coercitivamente la mitad del importe de cada una de las sanciones y tendría la Superintendencia de Sociedades que acudir a las otras sancionadas para cobrar la otra mitad y no como lo hizo el Coordinador del Grupo de Jurisdicción Coactiva y Cobro Persuasivo, a través del Oficio núm. 531-008422 de 23 de febrero de 2005, bajo la advertencia de proceder por jurisdicción coactiva, pues las obligaciones conjuntas solo imponen a cada deudor el pago de la

parte que a él corresponda, sin que pueda el acreedor exigirle la totalidad de la deuda, como lo prevén los artículos 1568 y 1583 del C.C.

Manifestó que el Oficio núm. 531-008422 de 23 de febrero de 2005 violó las Resoluciones demandadas, por cuanto la Superintendencia demandada le dio a las sanciones que impuso en forma conjunta, un alcance que no tienen, pues las hizo efectivas en forma solidaria.

Así mismo, indicó que se violó el artículo 29 de la Constitución Política por deducir, con carácter retroactivo, la responsabilidad solidaria que en cabeza de la entidad receptora de la inversión estableció el Decreto núm. 1884 de 2003.

. IMPROCEDENCIA DE SANCIONAR EL SUPUESTO REGISTRO EXTEMPORÁNEO DE LA CAPITALIZACIÓN DE LA CUENTA DE REVALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO.

La Superintendencia de Sociedades desde la formulación de los cargos asumió, sin razón jurídica para ello, que la cuenta de revalorización del patrimonio comportaba “sumas con derecho a giro”, en contra de su verdadera naturaleza, toda vez que a la luz del artículo 90 del Decreto núm. 2469 de 1993 esta característica no es posible, como lo avalan la Circular Externa 04 de 2002 y los Conceptos 100-9479 de 3 de febrero de 2000 y 220-13021 de 30 de marzo de 1998.

Como la cuenta de revalorización del patrimonio no comporta una suma con derecho a giro, el plazo de 3 meses contemplado por el Decreto núm. 2080 de 2000, en su artículo 8º, para realizar el registro de las inversiones realizadas con dichas sumas, no resulta aplicable.

I.4.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

I.4.1.- La Superintendencia de Sociedades, mediante apoderado, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Que si bien el Decreto núm. 1844 de 2 de julio de 2003 modificó parcialmente el Decreto núm. 2080 de 2000, aquél no tiene aplicación frente al caso que se analiza, toda vez que no había entrado en vigencia para la época de los hechos y en esa medida resulta irrelevante en esta instancia consultar sus alcances, a no ser para corroborar que éste conserva los mismos criterios que el legislador ha tenido en torno al tema del registro de inversiones extranjeras.

Que de conformidad con lo previsto en el artículo 8º del Decreto núm. 2080 de 2000, las inversiones iniciales o adicionales de capital del exterior deberán registrarse en el Banco de la República, de acuerdo con el procedimiento que establezca dicha entidad y conforme con el artículo 7.1.1 de la Circular Reglamentaria DCIN-23 de 9 de mayo de 2002, que trata del registro de la inversión de capital exterior.

Que el legislador de manera imperativa consagra una obligación de hacer para el inversionista extranjero o para quien represente sus intereses, que consiste en el deber de registrar, en los términos y condiciones establecidas por la ley colombiana, la inversión que efectúe en Colombia, para lo cual fija expresamente un término y, así mismo, el momento a partir del cual debe contarse el mismo, en consideración a la modalidad de cada operación.

Resaltó que la obligación de registrar la inversión está en cabeza tanto del inversionista, como de quien represente sus intereses, vale decir, son dos los sujetos claramente determinados, sin que la forma como está redactado el artículo 8º del Decreto núm. 2080 de 2000 excluya a alguno de los dos del deber de

registrar, ni señale condiciones o haga diferencias respecto del cumplimiento del mismo.

Para el efecto, trajo a colación la sentencia de 2 de junio de 2005, de la Sección Primera - Subsección "B"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que concluyó que efectivamente la obligación de registrar las citadas inversiones se impone no sólo al inversionista extranjero, sino también a quien represente sus intereses, para lo cual precisó que en el caso de los inversionistas vinculados con la sociedad receptora, a través del contrato de sociedad de la inversión, ésta última representa los intereses de sus asociados y, por tanto, está cobijada por la obligación de efectuar el registro de las inversiones directas o indirectas de capital del exterior, en los términos previstos en la Ley, so pena de responder conjuntamente con el inversionista por su incumplimiento.

Explicó que la infracción cambiaria, motivo de la sanción, objetivamente deriva del registro extemporáneo de la operación, mediante la cual se capitalizó la cuenta de revalorización del patrimonio de la sociedad receptora, con el consiguiente incremento de la participación en el capital de las sociedades inversionistas extranjeras, por valor de US\$982.705.37 y US\$112.269.47, operación que fue contabilizada el 26 de junio de 2002 y registrada por la sociedad receptora hasta el 29 de noviembre del mismo año, razón por lo cual contravino lo dispuesto en el literal ii), artículo 8º del Decreto núm. 2080 de 2000, en concordancia con los puntos 7.1.1, numeral 7.1 y 3 del numeral 7.1.1.4 de la Circular Reglamentaria DCIN- 23 de 9 de mayo de 2002.

Respecto de los cargos de la demanda, manifestó que no es posible estarse a lo previsto en los ordenamientos civil y mercantil, por cuanto las operaciones efectuadas deben ceñirse a las disposiciones contempladas dentro del régimen

administrativo cambiario, el cual, por ser eminentemente especial, prevalece por su propia naturaleza y es de obligatorio y estricto cumplimiento.

Según la expresión “interesados” utilizada en las normas cambiarias, aplicables al caso, y de conformidad con lo indicado por el Tribunal en la precitada sentencia de 2 de junio de 2005, tanto los inversionistas como la sociedad receptora se encuentran en igualdad de condiciones para responder ante el incumplimiento de las normas que conforman el Régimen de Cambios Internacionales.

Adicionalmente, frente a las operaciones que dieron lugar a la expedición de los actos demandados, está demostrado que la información suministrada por el representante legal de la sociedad receptora al Banco de la República, al solicitar el registro de la inversión realizada, se hizo por su condición de interesada y como tal, sujeto de la obligación de efectuar el registro en el país, dentro de los términos legales establecidos para el efecto, bajo la denominación legal de “*o quien represente sus intereses*”, presunción de mandato que la ley otorga, razón por la cual ante su incumplimiento, responde conjuntamente con los inversionistas por la infracción al Régimen de Cambios Internacionales.

Que el presupuesto señalado en las diferentes Circulares Reglamentarias, consistente en que la información debe ser remitida por el representante legal de la empresa receptora, se verificó en el caso objeto de estudio, toda vez que a folio 2 del expediente consta que el representante legal de la sociedad receptora, esto es, el **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, fue quien tramitó ante el emisor el señalado registro de inversiones, dada su condición de “interesada”, circunstancia que por demás la hace conjuntamente responsable con las sociedades inversionistas extranjeras, por la infracción al régimen de cambios internacionales.

Con respecto al segundo cargo, precisó que la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio comporta para todos los efectos una inversión adicional representada en sumas con derecho a giro, sujetas a registro ante el Banco de la República, dentro del plazo de 3 meses siguientes a partir de la fecha del comprobante contable de su capitalización, según los términos señalados en los artículos 5º, literal d) y 8º, literal ii) del Decreto núm. 2080 de 2000, en concordancia con el numeral 3, punto 7.1.1.4 de la Circular Externa DCIN 23 de 2002.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

Mediante la sentencia de 13 de febrero de 2012, la Sección Primera -Subsección "C" - En Descongestión- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda, con base en los razonamientos, que pueden resumirse así:

Señaló que de conformidad con lo previsto en el artículo 90 del Decreto núm. 2649 de 1993, por el cual el Gobierno Nacional reglamenta la contabilidad en General y se expiden los principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, así como el Decreto núm. 2650 de 1993, por el cual se modifica el plan único de cuentas, la revalorización del patrimonio hace parte también de la cuenta de capital de la sociedad, una vez es aprobada la capitalización por la Asamblea General de Accionistas, mediante la distribución.

Manifestó que la Circular Reglamentaria núm. DCIN- 23 de 9 de mayo de 2002, en sus ítems 7.1 y 7.1.1.4, señala que el Banco de la República efectuará el registro de las inversiones de capital del exterior, con sujeción a lo establecido en el Régimen de Inversiones Internacionales, previo cumplimiento de los requisitos de dicha reglamentación. Prescribe, además, que la solicitud de registro deberá presentarse

por el inversionista de capital del exterior, su representante o apoderado; no obstante lo anterior, indica que si la información es remitida por el representante legal de la empresa receptora, se presume que éste actúa como mandatario del inversionista de capital del exterior.

Indicó que el 29 de noviembre de 2002, el representante legal del **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.** solicitó el registro de la operación cambiaria de capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio, mediante escrito dirigido al Banco de la República, en calidad de empresa receptora colombiana y como inversionistas extranjeros aparecen la sociedad S/DER CENTRAL HISPANO BANK & TRUST (BAHAMAS) LTD. Y ADMÓN. DE BANCOS LATINOAMERICANOS SANTANDER S.L.

Estimó que para expedir las Resoluciones demandadas, la Superintendencia de Sociedades se basó en la Circular Reglamentaria Externa DCIN- 23 de 9 mayo de 2002, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, vigente para el momento de ocurrencia de los hechos, dado que el término para solicitar el registro de la operación aludida venció en septiembre de 2002 y el 18 de junio del mismo año se había aprobado la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio por valor de \$178.259'231.458.oo.

Precisó que la Superintendencia demandada expidió los actos administrativos acusados con apoyo en las normas vigentes para el momento de ocurrencia de los hechos, razón por la cual no es posible aplicar el Decreto núm. 1844 de 2003, por cuanto éste comenzó a regir tan sólo a partir del 1º de diciembre de 2003, fecha que resulta posterior a los hechos investigados.

Consideró que es claro que al tramitar el representante legal de la empresa receptora, esto es, el **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, el registro de la operación cambiaria en mención, se presume que actuó como mandatario del inversionista de capital del exterior, conforme lo consagra la citada Circular Reglamentaria. De manera que aquél estaba obligado, al igual que las sociedades inversionistas, a efectuar el registro de las inversiones extranjeras respectivas, dentro del término de tres meses contados a partir de la capitalización del mismo. En consecuencia, al haberse realizado dicho registro de manera extemporánea, se violaron las disposiciones constitutivas del Régimen de Cambios y se hicieron acreedores de manera conjunta a la sanción pecuniaria imputada.

Expresó que el actor contestó los descargos, interpuso los recursos de ley y fue sancionado con aplicación de las normas vigentes, razón por la cual no prospera el cargo de violación del debido proceso.

Con respecto a la falsa motivación en la expedición de los actos demandados, manifestó que la parte actora no logró demostrar que la Administración actuó de manera caprichosa. Por el contrario, se estableció que el motivo o causa del acto administrativo corresponde a las circunstancias de hecho y de derecho, que fundamentaron su expedición, de manera que este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

Y en lo concerniente a las pretensiones subsidiarias de la demanda, relacionadas con la declaratoria de nulidad del Oficio núm. 531-008422 de 23 de febrero de 2005, suscrito por el Coordinador del Grupo de Jurisdicción Coactiva y Cobro Persuasivo de la Superintendencia de Sociedad, el a quo se inhibió de proferir pronunciamiento de fondo, dada la inexistencia de objeto susceptible de control a través de la acción interpuesta, pues no contiene una declaración de voluntad de la Administración que

tenga la aptitud de producir efectos jurídicos definitivos o de fondo, en la medida en que sólo corresponde a diligencias de trámite para el impulso de actuaciones administrativas, en este caso, del procedimiento de cobro coactivo.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El actor fincó su inconformidad, en esencia, así:

. LA IMPROCEDENCIA DE SANCIONAR CONJUNTAMENTE CON LOS INVERSIONISTAS Y COBRAR LAS MULTAS IMPUESTAS AL RECEPTOR DE LA INVERSIÓN.

Estimó que, para la época de los hechos, que conforme al pliego de cargos, era el año 2002, el **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, como entidad receptora de la inversión, no respondía solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones de registro y tampoco era la apoderada de inversionista extranjero alguno que participase en su capital, ni en general, ni en particular, respecto de las dos entidades, que conjuntamente con aquél fueron sancionadas, a través de los actos administrativos demandados.

Explicó que el actor no debía responder solidariamente, dado que dicha responsabilidad solidaria sólo vino a establecerse en el ordenamiento jurídico, con la expedición del Decreto núm. 1884 de 2003.

Indicó que la solidaridad no se presume y que para sancionar se requiere que el hecho esté previamente definido, con todos sus elementos, en norma preexistente.

Adujo que el argumento de que el actor no era apoderado de los inversionistas deviene de que, en los términos de la ley, el carácter de apoderado proviene de la

celebración de un acto jurídico de apoderamiento, cuya expresión es el contrato de mandato y cuyo alcance coincide con la representación.

Que no hay espacios en la ley para que en cada caso particular, la Superintendencia demandada establezca, como lo hizo a través de las Resoluciones acusadas, qué ha de entenderse por representante de los intereses del inversionista, ni para que a partir de una norma administrativa, vale decir, la Circular DCIN-23 de 9 de mayo de 2002, el Banco de la República presuma que si la información relativa a la inversión es enviada por el representante legal de la sociedad receptora, se presuma que ésta actúa como mandatario del inversionista del capital del exterior.

Señaló que, si en gracia de discusión, las Resoluciones demandadas fueran legales, entonces al **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.** sólo se podría cobrar la mitad del importe de cada una de las sanciones y tendría la Superintendencia de Sociedades que acudir a S/DER CENTRAL HISPANO BANK & TRUST (BAHAMAS) LTD. Y ADMÓN. DE BANCOS LATINOAMERICANOS SANTANDER S.L. para cobrarle el resto.

Que las obligaciones conjuntas solo imponen a cada deudor el pago de la parte que a él corresponda, sin que pueda el acreedor exigirle la totalidad de la deuda, como lo prevén los artículos 1568 y 1583 del C.C.

Manifestó que la solidaridad ha de tener su fuente en un acto jurídico o en la ley y que de no tener ese carácter, por una de estas fuentes, la obligación ha de tenerse por conjunta.

. IMPROCEDENCIA DE SANCIONAR EL SUPUESTO REGISTRO EXTEMPORÁNEO DE LA CAPITALIZACIÓN DE LA CUENTA DE REVALORIZACIÓN DEL PATRIMONIO.

Alegó que la improcedencia de sancionar el supuesto registro extemporáneo de la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio deriva de la circunstancia de que, para la época de los hechos, el régimen legal vigente no preveía la obligación de registrar como inversión extranjera dicha capitalización y tampoco disponía un término específico para ello.

Expresó que la cuenta de revalorización del patrimonio no comporta una suma con derecho a giro y que el plazo de tres meses contemplado en el Decreto núm. 2080 de 2000, en su artículo 8º, para realizar el registro de las inversiones realizadas con dichas sumas, no resulta aplicable.

Sostuvo que los actos demandados optaron por contar el término de tres meses a partir de la fecha de contabilización, 26 de junio de 2002, sin reparar en que el artículo 90 del Decreto núm. 2469 de 1993, que contiene las normas generales de contabilidad, señala que la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio ha de realizarse *de conformidad con las normas legales*.

Concluyó que los actos acusados resultan manifiestamente violatorios del artículo 29 de la Constitución Política, pues sancionaron al actor por el incumplimiento de un deber, que no se encuentra previsto en la ley, respecto del cual ésta no establece el término para cumplirlo y, en ningún escenario dicho término corre a partir del evento que consideró la demandada, dado que no es el que legalmente corresponde, ni depende en su ocurrencia o conocimiento del inversionista.

IV.- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En esta etapa procesal, la Agencia del Ministerio Público guardó silencio.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El presente asunto se contrae a establecer la legalidad de las **Resoluciones núms. 230-003274 de 19 de noviembre de 2004 y 230-000157 de 20 de enero de 2005**, expedidas por el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, por medio de las cuales, respectivamente, se impuso a **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, conjuntamente con la sociedad S/DER CENTRAL HISPANO BANK & TRUST (BAHAMAS) LTD. una multa por la suma de \$9'600.000.00 y conjuntamente con la sociedad ADMÓN. DE BANCOS LATINOAMERICANOS SANTANDER S.L. una multa por la suma de \$153'000.000.00, por infracción a lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto núm. 2080 de 2000 y a los numerales 7.1.1. y 7.1.1.4 de la Circular Reglamentaria Externa DCIN- 23 de 9 de mayo de 2002, expedida por el Banco de la República, y se confirmó la anterior decisión.

Las disposiciones que, por las Resoluciones acusadas, se consideraron violadas, son del siguiente tenor:

El **artículo 8º del Decreto núm. 2080 de 2000**, que prevé:

“Las inversiones iniciales o adicionales de capital del exterior deberán registrarse en el Banco de la República de acuerdo con el procedimiento que establezca dicha entidad y conforme a los siguientes términos:

a) **El registro de las inversiones directas deberá ser solicitado por el inversionista o quien represente sus intereses en un plazo de tres (3) meses.** Este plazo comenzará a contarse:

(....)

ii) **respecto de sumas con derecho a giro desde el momento de la capitalización...**” (Negrillas y subrayas fuera de texto)

El numeral 7.1.1. de la Circular Reglamentaria DCIN- 23 de 9 de mayo de 2002, expedida por el Banco de la República, que establece:

“El Banco de la República efectuará el registro de las inversiones de capital del exterior con sujeción a lo establecido en el Régimen de Inversiones Internacionales, previo cumplimiento de los requisitos de la presente reglamentación.

El registro únicamente genera los derechos y obligaciones previstas en las normas sobre inversiones internacionales y cambios internacionales y no sana el origen de los recursos.

La solicitud de registro deberá presentarse al Departamento de Cambios Internacionales del Banco de la República, por el inversionista de capital del exterior, su representante o apoderado quien deberá acreditar el poder otorgado por el inversionista extranjero mediante documentos debidamente legalizados y traducidos. Si la información es remitida por el representante legal de la empresa receptora, se presume que actúa como mandatario del inversionista de capital del exterior.

En el caso de sucursales de sociedades extranjeras, la solicitud de registro **podrá** presentarse directamente por el representante legal de la sucursal en Colombia de la sociedad extranjera, debidamente inscrito en el registro mercantil. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Y el numeral 7.1.1.4., *ibídem*, que señala:

“El término para solicitar el registro de una inversión de capital de exterior en el Banco de la República es de tres (3) meses, contados a partir de la realización de la inversión según la modalidad del aporte, así:

“3. En sumas con derecho a giro e intangibles: a partir de la fecha del comprobante contable de capitalización”. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Ahora bien, la Superintendencia de Sociedades impuso dicha sanción como resultado de la investigación administrativa adelantada en contra del actor, por el registro extemporáneo de una inversión extranjera, originada en la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio por valor de US \$982'705.37 y US

\$66´112.269.47, contabilizadas el 26 de junio de 2002 y que sólo fueron registradas en el Banco de la República el 29 de noviembre del mismo año.

En efecto, la demandada para sustentar los actos administrativos acusados señaló que la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio es una suma con derecho a giro, por cuanto es susceptible de ser girada al exterior, y que debe registrarse en el Banco de la República, dentro del plazo de tres meses siguientes a la fecha de su capitalización; que la sociedad receptora de la inversión es quien representa a los inversionistas extranjeros, razón por la cual se encuentra en igualdad de condiciones para responder ante el incumplimiento de las normas que conforman el régimen cambiario y que dicha sociedad, por su condición de “*interesada*”, se ubica en el deber de efectuar el registro en el país, bajo la denominación legal de “*o quien represente sus intereses*”, y es por ello que ante el incumplimiento responde conjuntamente con las sociedades inversionistas extranjeras por la infracción al Régimen de Cambios Internacionales.

Explicó, además, que la sociedad receptora se convierte en representante de los intereses de los inversionistas, con fundamento en la presunción legal de la existencia del mandato, reglamentada por el Banco de la República en el inciso tercero del punto 7.1.1. de la Circular Reglamentaria DCIN 23 de 9 de mayo de 2002.

Por su parte, el apelante centra su inconformidad con la sentencia apelada en que el **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, como entidad receptora de la inversión, no debe responder solidariamente por el registro extemporáneo de la referida inversión extranjera, dado que no era la apoderada de los inversionistas extranjeros, no existe la obligación legal de registrar la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio y tampoco existe plazo para cumplir dicha obligación.

Sobre el particular, la Sala observa que, en efecto, en el inciso tercero del punto 7.1.1. de la Circular Reglamentaria DCIN 23 de 9 de mayo de 2002, fundamento de los actos acusados, se establece una presunción de mandato.

Con respecto a la presunción de mandato en el registro de la inversión extranjera y la responsabilidad de la sociedad receptora, es del caso traer a colación la sentencia de 23 de agosto de 2007 de esta Sección (Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00126-01, Actor: Gravetal Inversiones S.A., Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta), en la que si bien se trata de una Circular Reglamentaria anterior a la de objeto de estudio, resulta plenamente aplicable a este caso, por establecer en idénticos términos lo relacionado con dicha presunción.

Al efecto, precisó la referida sentencia:

“Los susodichos numerales 7.1.1. y 7.1.1.2 de la aludida circular ciertamente establecen una presunción, pero es una presunción de mandato, pero en cabeza del representante legal de la sociedad receptora, en cuanto prevén que **“Si la información es remitida por el representante legal de la empresa receptora, se presume que actúa como mandatario del inversionista de capital del exterior”, pero como tal, se refiere a un presunto mandato especial, ya que lo prevé para la sola diligencia de registro de la inversión.** No puede ser de otra forma, ya que el mandato general sólo lo puede otorgar el mandante mediante las formalidades o solemnidades de ley.

- **Esa presunción de mandato está en cabeza del representante legal de la empresa receptora y no en cabeza de ésta,** y por ende no puede ser para efectos distintos a los de darle legitimación a la persona natural que actúa en esas condiciones para solicitar el registro en lugar del inversionista, **y de ningún modo para deducirle obligación a la sociedad receptora y menos responsabilidad por falta administrativa dada por actos u omisiones del mandante.**

- **Ese mandato presunto en cabeza del representante legal de la sociedad receptora surge cuando él envíe la información para ese registro, y es a partir de ese momento y para ese efecto que se le considera mandatario del inversionista, lo que tampoco da pie para que a la sociedad receptora se le atribuya obligación concerniente a dicho registro, menos desde antes de la configuración del mandato.**

- De modo que esa es una presunción distinta de la aducida en el acto acusado, en el cual se le atribuye a la actora una presunta representación

de los intereses de la inversionista extranjera por el hecho de la inversión, o sea para mucho más que para una diligencia determinada y se conforma con un supuesto distinto al previsto en las normas en comento.”

“(…)”

“- En esas circunstancias resulta forzado e inapropiado intentar aducir ahora el referido numeral 7.1.1.2, toda vez que amén de establecer un mandato ficto o presunto en cabeza del representante legal y de alcance especial, **éste no se ocupa de la solicitud de registro de una inversión de capital externo, sino de situaciones posteriores a ese registro, como son las concernientes a la actualización anual de la información respectiva, obligación que no es la del sub lite.**

- Si se admitiera, en este caso, la existencia de la presunción que aplicó el ente de control, habría que asumir que la obligación de la receptora surgiría desde el mismo momento en que se formaliza o perfecciona la inversión, pues desde ese momento habría que considerarla representante en Colombia de los intereses de la inversionista; **en tanto que la presunción prevista en la Circular anotada tendría ocurrencia en el momento de la remisión de la información pertinente sobre dicha inversión al Banco de la República, luego el presunto mandato se daría desde ese momento, luego no cabría endilgarle a la receptora remitente obligación anterior alguna.**

3.4. Así las cosas, **el presunto mandato establecido por la citada Circular del Banco de la República no implica ni hay lugar a presumir que ese mandato es para representar los intereses de la inversionista en Colombia, sino que, por el contrario, sólo cabe entenderlo para la sola gestión del registro de la inversión.** No es posible entender ese presunto mandato para otro efecto, pues la normativa reglamentaria en comento sólo se refiere a ese tema del registro, luego no hay lugar a extenderlo a otras materias o asuntos, pues ello equivaldría a establecer por vía reglamentaria sobre materia especial, un mandato general, que según el artículo 2156 del C.C. es “*para todos los negocios del mandante*”.

Además, el mandato no implica siempre representación, pues según el artículo 1262 del C. de Co. “*El mandato puede conllevar o no la representación del mandante*”.

De modo que el mandato presunto establecido por vía reglamentaria por el Banco de la República no puede tomarse para fines distintos a los del solo diligenciamiento del registro de la inversión extranjera.

De otra parte, la circunstancia expuesta en el acto acusado no aparece mencionada en la Circular 01 de 1999 del Banco de la República, pudiéndose decir que la presunción aplicada en este caso tiene origen en la apreciación de quien expidió el acto enjuiciado, de modo que aparece como una construcción suya en la valoración e interpretación de los hechos, lo que hace que antes que presunción propiamente dicha, sea una inferencia o deducción que hizo en ese proceso intelectual, pues las presunciones, para que sean tales, deben tener origen legal.

El artículo 176 del C. de P.C., que trata de las “PRESUNCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY”, señala que “*Las presunciones*

establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados”.

En este caso estaría probado el hecho constitutivo de la presunción aducida por el ente de control (lo que en el acto acusado se denomina vinculación del capital del inversionista en la sociedad actora) pero no aparece la norma que la establece, luego no puede invocarse una presunción inexistente, que para este caso no puede ser menos que legal, pues involucra o compromete un atributo de la persona, como es el de la capacidad, toda vez que lo que se presume es la representación, la cual es justamente la facultad de actuar por otro y, por ende, de comprometer los intereses o ejercer derechos en nombre de ese otro. Para el efecto se debe tener en cuenta que la sociedad receptora es una sociedad anónima, y **de ninguna forma cabe dar como presunción legal que la sociedad representa los intereses de sus socios en cuanto a su inversión en ella.**

A ello cabe agregar que la representación no puede tener origen distinto al de la ley o al consenso o acuerdo de voluntades, y que la responsabilidad de las personas igualmente debe tener origen en la ley según el artículo 6º de la Constitución Política, a cuyo tenor “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes.”, de allí que sea reiterativa y uniforme la jurisprudencia sobre la improcedencia de establecer responsabilidad a las personas por analogía o por extensión...”

En este caso no se observa en las normas aplicadas en el acto acusado, hecho o conducta que le pueda acarrear la responsabilidad administrativa que se le endilga a la actora, pues en ellas no se señala que tenga el carácter de representante de los intereses de la inversionista en Colombia, ni obra en el expediente instrumento alguno que le dé esa calidad, pues el sólo hecho de tener intereses económicos comunes en virtud de la inversión anotada no le imprime esa condición....” (Las negrillas y subrayas fuera de texto)

Atendiendo el precedente jurisprudencial antes señalado, la presunción de mandato, establecida por la Circular Reglamentaria DCIN 23 de 9 de mayo de 2002, que fue consagrada en idénticos términos a la Circular 01 de 1999, al señalar que ***“Si la información es remitida por el representante legal de la empresa receptora, se presume que actúa como mandatario del inversionista de capital del exterior”, está en cabeza del representante legal de la empresa receptora y no de ésta y debe ser entendida sólo para la gestión del registro de la inversión extranjera y no para fines distintos a ello.***

Es por ello que no se le puede endilgar responsabilidad u obligación alguna a la sociedad receptora por actos u omisiones del mandante.

Esta presunción de mandato, en cabeza del representante legal de la sociedad receptora, surge sólo a partir del momento en que envía la información sobre la inversión extranjera al Banco de la República para el correspondiente registro, razón por la cual no se le puede endilgar o deducir responsabilidad u obligación anterior alguna.

En virtud de lo anterior, para la Sala es evidente que, en el caso sub examine, no se le podía endilgar responsabilidad alguna por el registro extemporáneo de la inversión extranjera, originada en la capitalización de la cuenta de revalorización del patrimonio, al **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, en su condición de sociedad receptora, pues dicha presunción está circunscrita al registro de la inversión y no se le podía extender a ella, habida cuenta de que en el expediente no aparece prueba, en la que se acredite a dicha sociedad como representante de los inversionistas extranjeros.

Por el contrario, con suficiente fuerza de convicción obra en el expediente el documento de 29 de noviembre de 2002, a folio 2 del Cuaderno Anexo, a través del cual el doctor Alfredo Sánchez Belalcazar solicita al Departamento de Cambios Internacionales del Banco de la República el registro de la inversión extranjera, en su condición de Representante Legal para efectos Judiciales y Administrativos del **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, pero no en calidad de representante legal de los inversionistas extranjeros.

Cabe destacar que el expresado documento fue el que sirvió de fundamento para abrirle la investigación administrativa cambiaria al actor y de sustento para la expedición de los actos sancionatorios demandados.

En este orden de ideas, no le asistió razón a la Superintendencia de Sociedades, al considerar que el **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.** debía responder conjuntamente con los inversionistas extranjeros S/DER CENTRAL HISPANO BANK & TRUST (BAHAMAS) LTD. Y ADMÓN. DE BANCOS LATINOAMERICANOS SANTANDER S.L., dado que fundamentó dicha responsabilidad en una presunción de mandato que no tenía cabida con respecto al mencionado actor, conforme se dijo anteriormente, lo cual implica que se violaron los principios de la responsabilidad jurídica y de legalidad, consagrados en los artículos 6º y 29 de la Constitución Política, según los cuales *“Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes”* y no hay falta administrativa sin ley preexistente que la establezca, principios fundamentales éstos que destruyen la presunción de legalidad de los actos sancionatorios acusados.

En consecuencia, se dispondrá revocar la sentencia apelada y, en su lugar, se accederá a las súplicas de la demanda, circunscribiéndose el restablecimiento del derecho a la devolución al actor de la suma de dinero, materia de la multa debidamente indexada, conforme al artículo 178 del C.C.A, la cual resulta suficiente por virtud de la actualización monetaria que conlleva y, en consecuencia, torna innecesario el reconocimiento de intereses corrientes.

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

F A L L A:

REVÓCASE la sentencia de 13 de febrero de 2012, proferida por la Sección Primera -Subsección "C"- del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en Descongestión, y, en su lugar, se dispone:

DECRÉTASE la nulidad del artículo segundo de la **Resolución núm. 230-003274 de 19 de noviembre de 2004** y del artículo segundo de la **Resolución núm. 230-000157 de 20 de enero de 2005**, expedidas por el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control de la Superintendencia de Sociedades, en los apartes que aluden a que las sanciones serán conjuntas con el **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

A título de restablecimiento del derecho se ordena a la Superintendencia de Sociedades, reintegrar al **BANCO SANTANDER COLOMBIA S.A.** la suma pagada por concepto de la multa objeto del proceso, debidamente indexada, en los términos previstos en los artículos 176 y siguientes del C.C.A., y de acuerdo con las precisiones hechas en la parte final de las consideraciones de esta sentencia.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 5 de junio de 2014.

GUILLERMO VARGAS AYALA MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO