

VIA GUBERNATIVA – Agotamiento / MEJORES ARGUMENTOS – Se pueden plantear en segunda instancia / EXCEPCION DE INEPTA DEMANDA – Improcedencia

El agotamiento de la vía gubernativa es un presupuesto procesal de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (artículo 135 del Código Contencioso Administrativo). Según el artículo 63 *ibídem*, se entiende agotada la vía gubernativa, entre otros eventos, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido (artículo 62 ib), lo que implica la existencia de una discusión ante la Administración respecto de la decisión que ésta ha tomado, tanto frente a los hechos como a los argumentos de derecho. En términos generales, la Sala ha sostenido que ante la Jurisdicción no pueden plantearse hechos nuevos frente a los expuestos en la vía gubernativa, aunque sí mejores argumentos de derecho respecto de los mismos. Lo anterior, porque ello implica la violación del debido proceso de la Administración. Así, existe identidad en la pretensión del demandante, puesto que tanto en la vía gubernativa, como en la judicial, ha cuestionado la legalidad de la sanción por falta de competencia del ente de control. Sin embargo, ante la Jurisdicción, planteó un nuevo argumento de derecho, por lo cual es evidente que con idéntica pretensión se amplió el debate con otros argumentos encaminados a obtener la nulidad de los actos acusados, motivo por el cual la excepción no está llamada a prosperar. En consecuencia, el *a quo* hizo bien en no declarar de oficio la excepción de inepta demanda por la supuesta no aducción de hechos en sede administrativa.

DIRECTOR TECNICO PARA INTERMEDIACION FINANCIERA TRES “B” DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA - Competencia / SANCION PECUNARIA – Competencia para imponerla / ACTO ADMINISTRATIVO – Publicidad / ACTO DE DELEGACION DE FUNCIONES – Su falta de publicación no lo hace inexistente. Reiteración jurisprudencial / REGULACIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA SOBRE LA ACTIVIDAD CAMBIARIA - Son leyes en sentido material

Según la demandante, el Director Técnico para Intermediación Financiera Tres “B” de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera- no era el competente para haber dado inicio a la actuación que concluyó con la sanción, debiendo haberlo hecho el Subdirector de Desarrollo de dicha entidad. Si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo transcrito, el competente para solicitar explicaciones por excesos en posición propia en el sub judice era el Subdirector de Desarrollo de la Superintendencia Bancaria, por delegación expresa llevada a cabo por el Superintendente Bancario, tales facultades de igual manera residían en los Directores Técnicos de la aludida Superintendencia de conformidad con el artículo 1º numeral 4.1. literal n) del Decreto 2489 de 1999, que sustituyó el artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. De conformidad con lo anterior, el Director Técnico para Intermediación Financiera Tres “B” se encontraba plenamente facultado para iniciar la actuación que dio lugar a la sanción pecuniaria a Giros & Finanzas Compañía de Financiamiento Comercial S.A. por exceso de posición propia en moneda extranjera. Ante esta Corporación la demandante adujo que la Resolución 0626 del 2000, no pudo haber entrado en vigencia o sus efectos son ineficaces, por haberse omitido el requisito de publicidad que la ley prescribe de manera obligatoria en relación con los actos administrativos y, que además, la antedicha resolución no fue presentada en primera instancia por la Superintendencia Bancaria, aunque el Tribunal decretó como prueba establecer si para el 17 de julio de 2001 esa entidad había delegado en los Directores Técnicos la facultad de suscribir los pliegos de cargos por violación a las normas de posición propia. Aunque la Resolución 0626 del 2000 no

fue presentada en sede de primera instancia, si adujo la Superintendencia Bancaria, en su debida oportunidad, que la competencia de los Directores Técnicos de la Superintendencia, en materia de excesos de posición propia, emanan directamente del Decreto 2489 de 1999, es decir, que las funciones de los Directores Técnicos tienen fundamento legal, y así no se haya exhibido la aludida Resolución ante el Tribunal, dicha omisión no implica que exista falta de competencia de los citados funcionarios, por lo que no habría lugar a acceder a la nulidad deprecada. Frente a la incompetencia del Director Técnico para imponer la multa, toda vez que la infracción que se impuso se deriva del incumplimiento de una resolución de la Junta Directiva del Banco de la República, lo que a juicio del demandante hace que no se trate de la infracción a una ley o a los estatutos de las instituciones financieras, conforme a lo dispuesto en el artículo 327 numeral 4.1. literal n) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 1 del Decreto 2489 de 1999, precisa la Sala que no se encuentra configurada la incompetencia alegada, puesto que las regulaciones de la Junta Directiva del Banco de la República sobre la actividad cambiaria, son leyes en sentido material.

BANCO DE LA REPUBLICA – Funciones. Fundamento legal / JUNTA DIRECTIVA DEL BANCO DE LA REPUBLICA – Máxima autoridad en materia cambiaria / POSICION PROPIA DE LOS INTERMEDIARIOS DEL MERCADO CAMBIARIO – Definición / FACULTAD SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA – Procede por la inobservancia de los preceptos que regula

Con base en el mandato constitucional el Congreso expidió la Ley 31 de 1992, por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, disponiendo en el artículo 4° que la Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia. Es decir, que la Junta Directiva del Banco de la República, según la Constitución Política y la ley, es la máxima autoridad en materia cambiaria en el país, encargada de regular la materia, y en desarrollo de dicha facultad expidió la Resolución Externa 26 de 1996 que, como lo anuncia el encabezamiento de la misma, se dicta “en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales en especial de las que le confiere el literal h) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992.” La Resolución Externa 26 de 1996 definió la llamada posición propia de los intermediarios del mercado cambiario como “ (...) la diferencia entre todos los derechos y obligaciones denominados en moneda extranjera registrados dentro y fuera del balance, realizados o contingentes, incluyendo aquellos que sean liquidables en moneda legal colombiana” (art. 1°). La Superintendencia Bancaria fundamentó la imposición de la sanción pecuniaria objeto de este debate en los artículos 2° sobre el monto máximo de la posición propia en moneda extranjera para los intermediarios del mercado cambiario; 5°, respecto al ajuste a los límites máximos y mínimos de posición propia, y 6°, que señala esta sanción, “Las entidades que no ajusten el nivel de posición propia a los límites previstos en esta resolución dentro del plazo previsto para ello en la misma, serán sancionados por el exceso o por el defecto con multa a favor del Tesoro Nacional, equivalente a la establecida para el desenganche de los establecimientos cambiarios”. Frente a la facultad sancionatoria, la Sala es del criterio de que cuando la Constitución y la ley le asignan a una entidad la facultad de reglamentar una materia, y la de fijar los controles del caso, se entiende que también le otorga la potestad de prever el régimen sancionatorio aplicable por la inobservancia precisamente de esos reglamentos. Es decir, si la Constitución y la ley le asignaron a la Junta Directiva del Banco de la República la competencia de regular lo relativo a la actividad cambiaria, también podía establecer los mecanismos para hacer respetar la

regulación que expida para el efecto. De lo expuesto, se concluye que la Junta Directiva del Banco de la República es la máxima autoridad en materia cambiaria en el país, facultada constitucional y legalmente para regular los aspectos atinentes a la misma, entre los cuales se encuentra la llamada posición propia, pudiendo establecer sanciones a quienes no cumplieren con tal regulación. En ese contexto, no existe razón alguna para inaplicar la Resolución 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República, al estar amparada en la Constitución Política y la ley, y porque la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera- actuó en pleno desarrollo de sus facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico. Por eso no prospera el cargo de violación del principio de legalidad, propuesto por la accionante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: WILLIAM GIRALDO GIRALDO

Bogotá, D. C., marzo tres (3) de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-24-000-2002-01061-01(17300)

Actor: GIROS & FINANZAS COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL S.A.

Demandado: SUPERINTENDENCIA BANCARIA HOY SUPERINTENDENCIA FINANCIERA

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 27 de septiembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, que concedió las súplicas de la demanda. La sentencia dispuso:

“1) Declárase la nulidad de los actos administrativos contenidos en los siguientes documentos:

a) Resolución No.0023 de enero 10 de 2002, expedida por el Director Técnico para Intermediación Tres “B”, por medio de la cual se impuso a la sociedad Giros & Finanzas Compañía de Financiamiento Comercial S.A. una sanción pecuniaria por la suma de trescientos noventa y nueve millones novecientos noventa mil quinientos sesenta y ocho pesos con cincuenta y dos centavos m/cte (399.990.568,52).

b) Resolución No. 0505 de mayo 7 de 2002, proferida igualmente por el mismo funcionario, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición, se confirmó el (sic) acto recurrido.

c) Resolución No. 753 de julio 8 de 2002, expedida por el Superintendente Delegado para Intermediación Uno, por la cual se resolvió el recurso de apelación, acto con el que se confirmó la resolución No. 0023 de 2002 y se agotó la vía gubernativa.

2) Como restablecimiento del derecho, ordénase a la Superintendencia Bancaria lo siguiente:

a) Reintegrar a la sociedad *Giros & Finanzas Compañía de Financiamiento Comercial S.A.* el valor pagado por concepto de la multa impuesta en los actos demandados, suma que deberá ser legalmente indexada a la fecha en que quede ejecutoriada la presente providencia, de conformidad con la fórmula expuesta en la parte motiva de la presente providencia.

b) Suprimir de sus archivos la anotación o registro de la sanción impuesta en los actos de que trata el ordinal 1° de esta sentencia.

3) Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

4) Abstíñese de condenar en costas a la parte actora

(..).”

I) ANTECEDENTES

El 17 de julio de 2001 el Director Técnico para Intermediación Tres “B” de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera- solicitó explicaciones a la compañía de Financiamiento Comercial por excesos de la posición propia correspondiente a los meses de octubre de 2000 a mayo de 2001.

Mediante los oficios 2001055423-0 y 2001055423-3 del 17 de agosto y 8 de noviembre de 2001, respectivamente, la Superintendencia solicitó explicaciones a la actora sobre supuestos excesos de posición propia en moneda extranjera, correspondiente al mes de julio de 2001.

Previa respuesta dada por la compañía de financiamiento comercial, la Superintendencia Bancaria de Colombia mediante Resolución No. 0023 de 2002, impuso a la compañía una multa por valor de \$399.990.568,52, por los excesos de posición propia correspondiente a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2000, y enero, febrero, marzo, abril, mayo y julio de 2001.

Con la Resolución No. 0505 de 2002 se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 0023 de 2002, confirmándola en todas sus partes, y con la Resolución No. 0753 de 2002 se resolvió el recurso de apelación en igual sentido.

II) DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, GIROS & FINANZAS COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL S.A., solicitó que se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 0023 del 10 de enero de 2002, 0505 del 7 de mayo de 2002 y 0753 del 8 de julio de 2002, expedidas por la Superintendencia Bancaria –Hoy Superintendencia Financiera.-

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se ordene a la accionada el reintegro del valor de multa pagado por la accionante, que ascendió a la suma de \$399.990.568,52, debidamente actualizada, y se le comine a suprimir de los archivos de esa entidad las anotaciones que hubiese efectuado por la sanción impuesta.

Como normas violadas y concepto de la violación dijo:

1. Incompetencia del funcionario – violación de los artículos 6 y 122 de la Constitución Política; 327, numeral 4.1., literal n) del Estatuto Orgánico del

Sistema Financiero; 50 del Código Contencioso Administrativo y 40 de la Ley 153 de 1887.

1.1. Incompetencia para la formulación de cargos.

Quien inició la actuación, que concluyó con la sanción impugnada, fue el Director Técnico para la Intermediación Tres "B" de la Superintendencia Bancaria, debiendo haberlo hecho el Subdirector de Desarrollo de dicha entidad, conforme con la Resolución No. 398 de 2001 de la Superintendencia Bancaria (Boletín Ministerio de Hacienda 590, abril 27 de 2001).

Al tenor del artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 1º del Decreto 2484 de 1999, no es función de los Directores Técnicos formular pliegos de cargos por violación a las disposiciones sobre posición propia, ni tampoco les había sido delegada tal facultad. Se evidencia la irregularidad advertida en el hecho de que fue el Subdirector de Desarrollo quien inició el procedimiento administrativo por exceso de posición propia para el mes de julio de 2001.

1.2. Incompetencia para imponer la multa.

La función de sancionar a las instituciones financieras por violación a las resoluciones sobre posición propia expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República, de naturaleza administrativa, no puede ser ejercida por los Directores Técnicos de la Superintendencia Bancaria, por no estar dentro de los supuestos determinados en el artículo 327 numeral 4.1, literal n) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

1.3. Incompetencia del funcionario que resolvió el recurso de apelación.

En el entendido que al tenor del artículo 327 numeral 1 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el superior jerárquico del Director Técnico fuera un Superintendente Delegado de las Áreas de Supervisión, quien debió resolver el recurso de apelación ha debido ser el Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Tres, a cuya delegatura se encuentra adscrito el Director Técnico para la Intermediación Tres "B", y no el Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Uno, lo que viola el artículo 50 del Código Contencioso Administrativo.

La Resolución No. 0505 de 2002, expedida por el Director Técnico de Intermediación Financiera Tres "B", por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, en su artículo segundo concedió el recurso de apelación ante el Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera "Tres", acto que fue notificado el 22 de mayo de 2002, por lo que a partir del 23 de mayo debió entrar el recurso para su trámite ante el Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Tres, sin que sea dable afirmar que como la vigilancia sobre la actora fue adscrita a la Delegatura Uno mediante acto administrativo del 4 de junio de 2002, desde entonces el delegado de esa área era el competente para desatar la apelación.

2. Pretermisión del principio de legalidad- violación de los artículos 4 y 29 de la Constitución Política; y por indebida aplicación los artículos 17 de la Ley 31 de 1992 y 326 numeral 5 literal i) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La autoridad de control no invocó ley alguna al formularle cargos ni al momento de imponer la sanción a la actora.

Por disposición constitucional (art. 372) las funciones de la Junta Directiva del Banco de la República serán aquellas que le asigne la ley, y a su vez, la Ley 31 de 1992 relacionó las funciones de la Junta del Emisor, dentro de las cuales no aparece la de regular la posición propia de los intermediarios financieros, ni la facultad de establecer sanciones a quienes violen tales disposiciones.

En consecuencia, la Resolución 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República, que la Superintendencia aplicó al caso *sub examine*, desborda el orden constitucional porque no puede un órgano autónomo del Estado, por sí y ante sí, señalar una pena o sanción con efectos *erga omnes*, con carácter impersonal y abstracto, como si se tratara del legislador; violándose de esta forma el principio de legalidad, por lo que corresponde a la Jurisdicción inaplicar dentro del trámite de la presente acción el acto administrativo que resulta lesivo al orden jurídico superior.

3. Inexistencia de la contravención- violación de los artículos 29 de la Constitución Política, 2º de la Resolución 26 de 1996 y 3º de la Resolución 4 de 2001 de la Junta Directiva del Banco de la República.

La Resolución Externa 8 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República, que constituye el antecedente más importante de la Resolución 26 de 1996, redefinió la posición propia como la diferencia entre los activos y los pasivos denominados en moneda extranjera.

Es cierto que las operaciones que se celebran con Western Unión corresponden a operaciones de cambio en los términos del artículo 4 de la Ley 9 de 1991 y 1º del Decreto 1753 de 1993, pero también lo es que las partes no pactaron en el contrato de Agencia la moneda en la cual deberían cumplir sus prestaciones.

Entonces al contrato de agencia comercial entre GIROS & FINANZAS C.F.C. y WESTERN UNION resulta aplicable el artículo 874 del Código de Comercio, que señala que *“Cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal colombiana”*, y el artículo 28 de la Ley 9ª de 1991, conforme al cual *“las obligaciones que se pacten en moneda o divisas extranjeras se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda legal colombiana, en los términos que fije la Junta Monetaria mediante normas de carácter general.”*

En tales condiciones no puede sostenerse válidamente que la obligación a cargo de Western Unión sea un derecho en moneda extranjera de la actora, computable para su posición propia, por lo cual la Superintendencia liquidó indebidamente la posición de la entidad para los efectos de las Resoluciones 26 de 1996 y 4 de 2001 de la Junta Directiva del Banco de la República.

4. Inobservancia del régimen de transición en casos de fusión- violación de los artículos 60 numeral 8, y 71 numeral 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

GIROS & FINANZAS S.A. es el resultado de una fusión entre una compañía de financiamiento comercial, que no realizaba operaciones en moneda extranjera, y una casa de cambios especializada en giros en divisas; por lo que era evidente que al efectuarse la integración patrimonial resultaba pertinente un programa de

adecuación de la entidad absorbente a todas las disposiciones que pudieran resultar violadas por virtud de la fusión, con miras a su regularización. Sin embargo, la Superintendencia no condicionó la aprobación de la fusión a que se conviniera el programa de adecuación, y es por ello que una fusión, que se perfecciona en el mes de octubre de 2000, no puede dar lugar a una violación sobre normas de posición propia desde el mismo mes de octubre. Por lo anterior, se violaron en el presente caso los artículos 60 numeral 8, y 71 numeral 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

5. Pretermisión de los principios de buena fe y de confianza legítima- violación de los artículos 1,4 y 83 de la Constitución Política.

Se vulneraron los principios de buena fe y de confianza legítima porque durante varios años la casa de cambios contabilizó la cuenta por cobrar a Wester Unión como un activo en moneda legal, y así lo reportó mensualmente a la Superintendencia sin que esta ordenará reclasificar la partida, y sin que lo propio ocurriera en las múltiples visitas efectuadas a la entidad en su condición de casa de cambios.

6. Inobservancia del debido proceso - violación del artículo 29 de la Constitución Política.

Se conculcó el derecho de defensa, toda vez que sólo con ocasión de la imposición de la multa se precisó la norma legal que la Superintendencia estimaba violada, Ley 31 de 1992 y el artículo 325 numeral 5, literal i) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con las Resoluciones 26 de 1996 y 4 de 2001. De esta manera quedó impedido para analizar el fundamento legal de la actuación de la autoridad de control, y poder validar o controvertir, antes de que se pusiera fin a la actuación administrativa, la competencia con que se actuaba.

7. Aplicación de norma derogada- violación del artículo 29 de la Constitución Política y de la ley por indebida aplicación de la Resolución 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Se violó el artículo 29 de la Constitución Política porque sólo se es responsable frente al hecho sancionador por violación de normas preexistentes a la conducta que se le imputa al ciudadano. En este caso la Resolución 26 de 1996, de la Junta Directiva del Banco de la República, no estaba vigente, por derogatoria expresa de la Resolución 4 de 2001, para la época de la liquidación de la posición propia del mes de julio de 2001.

III) CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

1. Incompetencia del funcionario

1.1. Incompetencia para la formulación de cargos.

El demandante incurre en una errónea interpretación de los alcances y efectos de la delegación funcional que hiciera el Superintendente Bancario mediante la

Resolución No. 0398 de 2001 al Subdirector de Desarrollo, para suscribir las explicaciones formuladas a las entidades vigiladas, y su aplicabilidad en nada afecta ni hace nugatoria la competencia de los Directores Técnicos para solicitar explicaciones, cuyo origen no está dado por la delegación del Superintendente sino por una disposición legal, carácter que ostenta el Decreto 2489 de 1999 (artículo 1 numeral 4.1, literal n).

En consecuencia, es claro que tanto el Subdirector de Desarrollo como los Directores Técnicos de la Superintendencia, el primero por delegación y los segundos por desconcentración, están facultados dentro de sus competencias para solicitar las explicaciones por violación a las disposiciones de obligatoria observancia, entre otras, por violación a los límites de posición propia. Además, el acto de solicitud de explicaciones no tiene el carácter de definitivo, ni creó una situación jurídica particular al demandante, por ser un acto de impulso de la actuación administrativa; por lo cual, la censura no se enmarca dentro de las causales señaladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, y no se encuentra viciada por incompetencia la decisión sancionatoria materia de análisis.

1.2. Incompetencia para imponer la multa.

El cargo de incompetencia del Director Técnico para imponer la multa está en relación con el de pretermisión del principio de legalidad, por lo que se deberá tener en cuenta lo expuesto sobre este punto.

1.3. Incompetencia del funcionario que resolvió el recurso de apelación.

El Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Uno sí era el competente para desatar el recurso de apelación que se había concedido para ante el Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Tres, en razón al traslado interno de competencias efectuado mediante la Resolución No. 0589 del 4 de junio de 2002, cuyos efectos fueron inmediatos. En consecuencia, las actuaciones que venía conociendo el Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Tres cesaron al mismo tiempo que las asumía la Delegatura para la Intermediación Financiera Uno.

Aunado a lo anterior, el sentido obvio del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 se dirige a evitar cambios de procedimientos o de reglas sobre la ritualidad de las actuaciones en los sujetos revestidos de jurisdicción y competencia, asunto éste que no se verifica en un simple cambio interno en la asignación de la supervisión sobre una determinada entidad vigilada a una Delegatura de la Superintendencia.

2. Pretermisión del principio de legalidad

Las Resoluciones Externas 26 de 1996 y 4 de 2001 fueron expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República en su calidad de autoridad cambiaria, esto es, con fundamento en las atribuciones del literal h) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992 y los artículos 6, 8 y 9 de la Ley 9 de 1991.

Cuando la Junta Directiva del Banco de la República regula aspectos relativos a la posición propia que deben observar los intermediarios del mercado cambiario, lo hace como máxima autoridad en la materia cambiaria. Por lo tanto, es precisamente el régimen de atribuciones de regulación el que asigna los criterios, objetivos y temas específicos del régimen cambiario que atañen a ese organismo, dentro de los cuales es evidente que se encuentra la regulación del mercado, y el manejo de las obligaciones y los derechos denominados en moneda extranjera por parte de los intermediarios del mercado cambiario.

Así mismo, según el artículo 372 de la C.P. la Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad constitucionalmente habilitada para dirigir y regular la materias de orden monetario, cambiario y crediticio, atribución que no es compartida ni con el Presidente de la República, ni con otra autoridad u organismo del Estado, lo que se entiende por la naturaleza misma del Banco, soportada en la autonomía y un régimen legal propio. En este sentido es un órgano regulador que puede expedir las normas que considere pertinentes para el logro de los objetivos encomendados.

Como desarrollo de las normas constitucionales atinentes al Banco de la República y al ejercicio de las funciones atribuidas a la Junta Directiva, el Congreso expidió la Ley 31 de 1992, en la que se establecen las normas a las que deberá sujetarse el Banco para el ejercicio de sus funciones como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia.

Es la ley la que ha facultado a la Junta Directiva del Banco de la República para ejercer las funciones de regulación cambiaria y, en consecuencia, establecer los niveles de posición propia a que se deben sujetar las entidades financieras, y con base en las facultades atribuidas directamente por las normas referidas, la Junta Directiva del Banco de la República expidió las Resoluciones 26 de 1996 y 4 del 2001, siendo, en consecuencia, las regulaciones allí contenidas, actos de carácter general, fuente legal de las obligaciones a las que se encuentran sujetos los intermediarios del mercado cambiario sobre límites de posición propia en moneda extranjera. En consonancia con lo anterior, la Junta no desconoció el principio de legalidad al haber actuado dentro del marco legal establecido por el legislador.

Ahora, como la sanción acusada tuvo como fundamento las regulaciones contenidas en las Resoluciones 26 de 1996 y 4 del 2001 de la Junta Directiva del Banco de la República, en modo alguno puede ser objeto de excepción de inconstitucionalidad para inaplicarlas.

3. Inexistencia de la contravención.

En lo atinente a la operación de giro internacional, independientemente de que se trate de entrega de pesos o divisas, se genera una operación de cambio, reglada por la Ley 9 de 1991, al efectuarse ingreso de divisas al país, que el intermediario desde el momento de la operación ha incorporado a su balance, bien a través de una cuenta por cobrar, o por haber recibido las divisas a través de transferencia, lo cual, consecuentemente, lleva a incrementar los activos en moneda extranjera de la entidad y, por lo tanto, a incrementar su posición propia.

El contrato de agencia se celebró para regular la prestación del servicio de transferencia de divisas en nombre y por cuenta de un tercero dentro del territorio nacional, y es como consecuencia de la cuantía de las operaciones de giro realizadas que se percibe la comisión; sin comisión no se realiza la operación de giro. Lo anterior pone de manifiesto que si bien el artículo 874 del Código de Comercio determina que ante la ausencia de estipulación contractual respecto de la moneda que regirá las relaciones contractuales, se tendrá como tal la legal colombiana, la aplicación de dicho precepto surge ante un vacío contractual, pero en manera alguna puede hacerse nugatorio e inaplicable a aquellos acuerdos contractuales relativos a la aplicación y ajuste de las obligaciones, derivados del negocio jurídico. Así las cosas, al haberse estipulado en el contrato que la unidad

de medida para la liquidación de las obligaciones era el dólar americano, fuerza concluir que dichas obligaciones se encuentran denominadas en moneda extranjera y, en consecuencia, sí computan para el cálculo de la posición propia.

4. Inobservancia del régimen de transición en casos de fusión.

Contrario a lo afirmado por la sociedad demandante, la lógica indica que la adecuación de las operaciones luego de un proceso de fusión es inherente a la fusión misma, el programa de adecuación de las operaciones no es previo ni condicionante para la aprobación de la fusión, dicho programa se encuentra establecido como una obligación a cargo de la entidad adquirente, y no de la aquí demandada, como lo manifiesta la parte actora.

El régimen de transición no operaba de manera obligatoria, pues requería de la manifestación expresa de la voluntad por parte del establecimiento de crédito en el sentido de informar tanto al Banco de la República como a la Superintendencia Bancaria su voluntad de acogerse al citado programa. La actora no efectuó manifestación alguna para acogerse al régimen de transición para ajustar sus niveles de posición propia.

5. Pretermisión del principio de buena fe y de confianza legítima.

Si bien la Constitución establece la aplicación del principio de buena fe en las actuaciones administrativas, ello no obsta para que las entidades vigiladas cumplan con los deberes que las leyes les imponen. Además, el ejercicio de la competencia en materia sancionatoria en nada contraría ni es excluyente con el citado principio.

6. Inobservancia del debido proceso.

La demandada sí mencionó las disposiciones que presuntamente resultaban violadas al momento de solicitarse explicaciones y, así mismo, citó las normas que respaldaban su facultad sancionatoria.

7. Aplicación de norma derogada.

En el oficio del 17 de agosto de 2001, al solicitar explicaciones a la sociedad demandante por los defectos en los niveles de posición propia, se le indicó que éstas se hacían para evaluar las medidas de que trata el art. 6 de la Resolución Externa No. 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República, pero también es cierto que el 8 de noviembre por medio del oficio 2001055423-0 se le dio alcance al oficio del 17 de agosto de ese mismo año, indicándole que las explicaciones por los defectos en los niveles de posición propia correspondientes a los días 6,7 y 8 de julio de 2001, se hacía a efectos de evaluar las medidas administrativas de que trata el artículo 8 de la Resolución Externa 4 de 2001.

IV) LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "B", mediante providencia del 27 de septiembre de 2007, acogió las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones:

Si bien es cierto que el Director Técnico para la Intermediación Financiera Tres de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera- podía, en principio, ejercer atribuciones sancionatorias por motivo de conductas violatorias de las normas relativas a posición propia en moneda extranjera, también es cierto

que, para el caso específico objeto de juzgamiento, no era posible, por razón de que esa específica función, según el propio condicionamiento contenido en el literal n) del numeral 4.1 del artículo 1º del Decreto 2489 de 1999, requería la existencia previa y expresa de delegación o asignación por parte del Superintendente Bancario, presupuesto éste que no se encuentra en modo alguno demostrado en el proceso, pues no basta la sola previsión legal de dicha competencia en la norma que se comenta, sino que, por exigencia de ella misma, se requiere un acto expreso de asignación o delegación, por no ser una competencia atribuida en forma directa y completa por dicha norma.

En tales condiciones, según el *a quo*, adolecen de nulidad tanto el acto administrativo contenido en las Resoluciones Nos. 023 de 2002 y 0505 del mismo año, expedidas por el Director Técnico para la Intermediación Financiera Tres de la Superintendencia Bancaria, como también la Resolución No. 753 del 8 de julio de 2002, emanada del Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Uno, en la medida que éste, al resolver el recurso de apelación, convalidó la actuación irregular desarrollada por quién actuó como autoridad de primera instancia.

Ante la prosperidad del cargo de falta de competencia aducido por la parte demandante, el Tribunal se relevó de examinar el mérito de las demás acusaciones formuladas por la parte actora.

V) EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandada impugnó la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente:

1. Incongruencia entre el cargo de incompetencia contenido en la demanda y la sentencia apelada.

1.1. Los argumentos que motivaron al Tribunal para anular los actos acusados difieren del *petitum* de la demanda.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia recurrida, se apartó de los cargos expuestos por la compañía demandante, respecto a la interpretación de las normas de competencia, y abordó una interpretación del artículo 1º, numeral 4.1, literal n) del Decreto 2489 de 1999, que nunca hizo el actor, y del cual derivó la nulidad de los actos administrativos expedidos por la demandada, sin que ésta, a lo largo del proceso, hubiese podido desplegar su derecho de contradicción, por cuanto el cargo de incompetencia impetrado en el libelo de la parte demandante fue uno, y los argumentos aducidos por el juez de primera instancia fueron otros.

El actor en ningún momento erigió cargos basados en la ausencia de delegación, ni en la indebida convalidación del Superintendente Delegado, planteamientos que ahora provienen del juez de primera instancia al interpretar, en la sentencia impugnada, el artículo 1º del numeral 4.1, literal n) del Decreto 2489 de 1999.

1.2. Defensa de la Superintendencia frente al cargo de incompetencia formulada por el actor.

Otra forma de comprobar la incongruencia del fallo de primera instancia es haciendo precisión a la defensa que se plasmó en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión de primera instancia respecto de las censuras

formuladas por el accionante en el cargo correspondiente a la incompetencia del funcionario. El marco de defensa en el que la entonces Superintendencia refutó los cargos de la demanda en primera instancia difieren de los supuestos fundamentos con base en los cuales el *a quo* declaró la nulidad de los actos administrativos expedidos por el demandado.

2. Violación de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, vía de hecho.

Hubo violación de los derechos de defensa, contradicción y debido proceso, incurriendo en una vía de hecho el Juez de primera instancia, al no haber tenido la Superintendencia la oportunidad, en la vía gubernativa, ni en sede contenciosa, de controvertir los aspectos bajo los cuales el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió su decisión, tampoco de aportar pruebas que le permitieran desvirtuar dichos argumentos.

La plena concordancia entre los motivos de inconformidad aducidos previamente ante la Administración, lo planteado en vía gubernativa, los cargos formulados en sede judicial y lo decidido por el administrador de justicia, debe siempre corresponder al presupuesto procesal de justicia rogada.

2.1 El agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Si bien es cierto que la autoridad administrativa debe analizar cada uno de los aspectos señalados por el demandante en su momento, también lo es que dicho análisis no puede ser tan extenso como para retomar asuntos sobre los cuales no reparó el administrado.

Respecto al caso concreto la actora no adujo en vía gubernativa referencia alguna a una supuesta incompetencia del funcionario o funcionarios que expedieron los actos administrativos demandados.

2.2. Poderes del Juez. Obligación legal de declarar de oficio la excepción de inepta demanda.

El Tribunal omitió dar alcance a lo preceptuado en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo para declarar probada de oficio la no aducción de hechos en la vía gubernativa, por cuanto el actor nunca se refirió, con ocasión de la actuación que derivó en la sanción que ahora se cuestiona, a la incompetencia del funcionario o de los funcionarios que expedieron los actos administrativos demandados, sino a la presunta incompetencia de la Superintendencia Bancaria para sancionar con base en las normas expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República en materia de posición propia.

2.3. La prueba de la delegación era impertinente al debate probatorio.

En la medida en que el actor nunca formuló un cargo erigido en el hecho de la aparente ausencia de delegación en los Directores Técnicos, el extremo pasivo no tenía por qué controvertir ni arrimar al proceso la prueba que demostrara que esa delegación sí existía. La delegación no era un hecho controvertido en el proceso, por ende, allegar la prueba de que esa delegación si existió devenía en impertinente al debate probatorio.

3. Legalidad de la actuación administrativa adelantada por el Director Técnico de Intermediación Financiera Tres B.

Ante la supuesta falta de competencia del Director Técnico de Intermediación Financiera Tres "B" para iniciar la actuación administrativa a la que alude el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia apelada precisó que en el Decreto 2489 de 1999 se establecen las funciones a cargo de los Directores Técnicos, bajo la coordinación de los Superintendentes Delegados¹.

Para el 17 de Julio de 2001, fecha en que se formuló pliego de cargos por el Director Técnico Tres B, estaba vigente la Resolución No. 0626 del 14 de abril de 2000, expedida por el Superintendente Bancario, por medio de la cual se determinaron los casos en los cuales los Directores Técnicos impondrían medidas o sanciones.² Además, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ya tuvo la ocasión de pronunciarse entorno a la anotada resolución, señalando que el hecho de no haber sido publicada no genera la incompetencia del funcionario a quien se le adscribió la facultad, es decir, no se afecta la competencia del Director Técnico para la Intermediación Financiera Tres "B" para adelantar la actuación que culminó con la imposición de la multa a Giros & Finanzas S.A.

Teniendo en cuenta lo expuesto, la parte demandada solicita revocar la sentencia de primera instancia y, en su lugar, declarar la legalidad de las resoluciones objeto de la presente litis, y condenar en costas y agencias en derecho a la demandante.

VI) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante, en esta etapa procesal se refirió al recurso de apelación presentado por la Superintendencia Financiera, así:

Adujo que Giros & Finanzas si alegó la incompetencia del Director Técnico para Intermediación Financiera Tres B por carecer de la delegación del Superintendente Bancario (Acápites 4.1.1 y 6.2.2 de la demanda fls. 9 y 33), existiendo plena congruencia entre la demanda y lo decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Respecto a la falta de agotamiento de la vía gubernativa adujo que la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado sostiene que al administrado le es dable alegar argumentos nuevos en la etapa jurisdiccional, si lo pretendido es la nulidad de los actos administrativos.

¹ Subnumeral 4.1, numeral 4, del artículo 1º del Decreto 2489 de 1999 *"4.1 Funciones de carácter técnico (...) e) Vigilar el cumplimiento de las disposiciones emanadas de la Junta Directiva del Banco de la República; n) Imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisores fiscales o empleados de las mismas, previas explicaciones con el procedimiento aplicable y en los casos que determine el Superintendente Bancario, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las leyes, a los estatutos o a cualquier otra norma legal a que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria."*

Subnumeral 4.2 *ejusdem* " d) Efectuar un seguimiento permanente al desempeño financiero de las entidades bajo su control y vigilancia y proponer los correctivos a que haya lugar;"

² Resolución No 0626 del 14 de abril de 2000, artículo 1º *"Las Direcciones Técnicas de las Delegaturas impondrán las medidas o sanciones en los siguientes casos: por violación a las normas de encajes; activos ponderados por riesgo a patrimonio; regulaciones prudenciales en materia de patrimonio adecuado; excesos o defectos en el nivel de inversiones obligatorias, admisibles o voluntarias; de inversiones o valores de alta liquidez; de colocaciones; de posición propia; de adaptaciones bancarias, y aquellas que sean de cuantía única o no susceptibles de graduación."*

Frente a la alegada competencia del Director Técnico para la Intermediación Financiera Tres, derivada de la Resolución 0626 de 2000, señaló que esta última es inoponible por cuanto no fue publicada en el Boletín del Ministerio de Hacienda, como lo reconoce en su apelación la propia Superintendencia.

Adicionalmente, en el trámite de primera instancia del presente proceso dicha norma no fue aportada ni invocada por la Superintendencia, a pesar de que el Tribunal la decretó como prueba.

Aún si se aceptara, en gracia de discusión, que la Resolución 0626 de 2000 es oponible a la demandante, es preciso señalar que la misma no otorga la facultad para justificar la competencia de los Directores Técnicos para formular pliegos de cargos, pues en efecto el artículo 1º *ibídem* faculta al Director en cuestión para imponer sanciones, pero no para solicitar explicaciones por violación a las normas de competencia sobre posición propia.

Conforme a lo anteriormente expuesto solicita se mantenga incólume la sentencia del 27 de septiembre de 2007.

La Administración, reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

Agregó que sin perjuicio de todo lo expresado, la Resolución 1374 del 28 de Noviembre de 2001 estaba vigente para la fecha en la que el Director Técnico para la Intermediación Financiera Tres “B” de la otrora Superintendencia Bancaria expidió la Resolución 0023 del 10 de enero de 2002 y la Resolución 0505 del 7 de mayo de 2002, a través de las cuales se impuso la sanción y se resolvió el recurso de reposición.

La Resolución No. 1374 del 28 de noviembre de 2001 estableció los casos en los cuales los Directores Técnicos de la Superintendencia Bancaria –hoy Financiera- eran competentes para imponer medidas o sanciones, y de esta forma modificaron y actualizaron los casos a los que se refirió la Resolución 0626 del 14 de abril de 2000, sin modificar la facultad para imponer sanciones por la violación a las normas de posición propia, que fue la causa que motivó la sanción impuesta a la Compañía de Financiamiento Comercial Giros & Finanzas S.A.

El **Ministerio Público** no rindió concepto.

VII) CONSIDERACIONES DE LA SALA

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 27 de septiembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, que acogió las pretensiones de la demanda.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de las resoluciones demandadas, por no existir delegación expresa por parte del Superintendente Bancario, al Director Técnico para la Intermediación Financiera Tres, a fin de que éste pudiese ejercer atribuciones sancionatorias por motivo de conductas violatorias de normas relativas a posición propia en moneda extranjera, y por la improcedencia de la convalidación de los actos administrativos por el superior

jerárquico en vía gubernativa, cuando aquellos han sido expedidos en primera instancia por un funcionario carente de competencia.

De acuerdo a lo expuesto en el recurso de apelación antes citado, en primer lugar, la Sala debe referirse a si se encuentra probada la excepción de inepta demanda respecto al cargo de incompetencia y, en consecuencia, si debe declararse de oficio.

El demandado en el escrito de apelación sostuvo que el *a quo* no dio alcance a lo preceptuado en el artículo 164 del C.C.A. para declarar de oficio el indebido agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto el actor nunca se refirió a la incompetencia del funcionario o de los funcionarios que expidieron los actos, sino a la incompetencia de la Superintendencia para sancionar con base en las normas expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República en materia de posición propia.

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

En términos generales, la Sala ha sostenido que ante la Jurisdicción no pueden plantearse hechos nuevos frente a los expuestos en la vía gubernativa, aunque sí mejores argumentos de derecho respecto de los mismos³. Lo anterior, porque ello implica la violación del debido proceso de la Administración.

En el presente asunto, el cargo de incompetencia del funcionario que expidió el acto sancionatorio, no constituye un hecho nuevo, distinto del alegado ante la Superintendencia, sino una nueva y mejor argumentación jurídica respecto de la falta de competencia de la Superintendencia.

Además en la Resolución 505 de 2002, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución 023 de 2002, la Superintendencia frente al cargo de falta de competencia hizo referencia específica a la competencia del funcionario de esa entidad para expedir el acto sancionatorio aduciendo que: *“Ahora, bien verificado el acto recurrido, se advierte que en el mismo además de señalar en la primera página de las disposiciones que otorgan la competencia correspondiente al Director Técnico para la intermediación Financiera Tres “B”- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero artículo 327 numeral 4.1. literal n) y resoluciones 1374 y 503 del 2001 de esta Superintendencia, ...”*, de lo que se desprende que el argumento de la falta de competencia del funcionario estaba comprendido en el referido cargo de nulidad por falta de competencia de la Superintendencia.

Así, existe identidad en la pretensión del demandante, puesto que tanto en la vía gubernativa, como en la judicial, ha cuestionado la legalidad de la sanción por falta de competencia del ente de control. Sin embargo, ante la Jurisdicción, planteó un nuevo argumento de derecho, por lo cual es evidente que con idéntica pretensión se amplió el debate con otros argumentos encaminados a obtener la

³ Entre otras, ver sentencia de 26 de septiembre de 2007, expediente 14847, C.P. doctor Juan Ángel Palacio Hincapié.

nulidad de los actos acusados, motivo por el cual la excepción no está llamada a prosperar. En consecuencia, el *a quo* hizo bien en no declarar de oficio la excepción de inepta demanda por la supuesta no aducción de hechos en sede administrativa.

Como no prosperó la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa, se impone analizar los otros fundamentos planteados en el recurso de apelación, con el fin de determinar si existió violación al principio de congruencia en la sentencia apelada.

Al respecto, el artículo 170 del Código Contencioso Administrativo establece que *“La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones. Para restablecer el derecho particular, los Organismos de lo Contencioso Administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas.”*

El artículo 137 *ibídem* estipula:

“Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

- 1. La designación de las partes y de sus representantes.*
- 2. Lo que se demanda.*
- 3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.*
- 4. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.”**

Entonces, la jurisdicción administrativa tiene como presupuesto, en los procesos que versen sobre actos impugnatorios, que en la demanda se expresen las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de violación, tesis que se ha denominado de la *“jurisdicción rogada”*, y que tiene su origen en el numeral 4° del artículo 137 del Código Contencioso antes citado.

El concepto de violación es una carga que se le impone al demandante, pues si su finalidad es desvirtuar la presunción de legalidad del acto, le corresponde indicarle al juez por qué motivos considera que la pretensión de nulidad es viable, de manera que al funcionario judicial le corresponde hacer una labor de cotejo o confrontación entre el acto acusado y los argumentos del concepto de violación, sin que pueda por ello analizarse el acto frente a otras normas no señaladas, so pena de incurrir en un fallo *extra - petita*.

En la demanda presentada se observa que en el numeral 4.1. se señaló *“Incompetencia del funcionario – violación de los artículos 6 y 122 de la Constitución Política; 327, numeral 4.1., literal n) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; 50 del Código Contencioso Administrativo y 40 de la Ley 153 de 1887.”*, dividiendo el cargo en: (i) incompetencia para la formulación de cargos; (ii) incompetencia del Director Técnico para imponer multa y (iii) incompetencia del funcionario que resolvió el recurso de apelación.

Cuando se refirió a la incompetencia para la formulación de cargos se dijo que *“... como al tenor del artículo 327 del E.O.S.F., sustituido por el artículo 1° del Decreto 2489 de 1999, no es función de los Directores Técnicos de la Superintendencia Bancaria formular pliegos de cargos por violación de las disposiciones sobre posición propia, ni tampoco a tal fecha les había sido delegada tal facultad por*

parte de la Superintendencia Bancaria, la que correspondía a otro funcionario, la actuación nació viciada por incompetencia del funcionario respectivo.”

En cuanto a la incompetencia del Director Técnico para imponer la multa, se señaló que *“...la función de sancionar a las instituciones financieras por violación de las resoluciones sobre posición propia, expedidas por la Junta Directiva del Banco de la República, de naturaleza administrativa, no puede ser ejercida por los Directores técnicos de la Superintendencia Bancaria en ningún caso, ni en general por la Superintendencia Bancaria como se ilustra en el siguiente cargo, por no tratarse de leyes, de normas legales o de los estatutos de las instituciones financieras.”*

Y respecto a la incompetencia del funcionario que resolvió el recurso de apelación, se sostuvo que *“Ocurre que la Resolución 505 del 7 de mayo de 2002, expedida por el Director Técnico para la Intermediación Financiera Tres “B”, por medio de la cual se resolvió el recurso de reposición, en su artículo segundo concedió el recurso de apelación “ante el Superintendente Delegado para Intermediación Financiera Tres”. Como quiera que este acto administrativo fue notificado el 22 de mayo de 2002, a partir del 23 de mayo debió entrar el recurso de apelación para trámite al Despacho del señor Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Tres y él ha debido resolverlo..”*

Ahora, la sentencia apelada se soportó en el análisis del artículo 1º numeral 4.1. literal n) del Decreto 2489 de 1999, que sustituyó el artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (norma citada por el actor en su escrito de demanda), concluyendo que:

“En este orden de ideas, si bien es cierto que el Director Técnico para la Intermediación Financiera Tres de la Superintendencia Bancaria podía, en principio, ejercer atribuciones sancionatorias por motivo de conductas violatorias de las normas relativas a posición propia en moneda extranjera, también es cierto que, para el caso específico objeto de juzgamiento en este proceso no era posible, por razón de que esa específica función, según el propio condicionamiento contenido en el literal n) del numeral 4.1. del artículo 1º del Decreto 2489 de 1999, se requería de la existencia previa y expresa de delegación o asignación por parte del Superintendente Bancario, presupuesto éste que no se encuentra en modo alguno demostrado en el proceso.”

Para la Sala es claro que el precepto que examinó el *a quo* para establecer la nulidad de los actos, fue aducido por el actor dentro de las normas violadas en el escrito de demanda, y que el concepto de violación que desarrolló la censura de incompetencia para la formulación de cargos, guarda correspondencia con la decisión tomada por el Tribunal, lo que imponía el análisis de la existencia del acto de delegación, ante la afirmación del actor que sostenía que a los Directores Técnicos no se les había asignado tal facultad.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia no fue incongruente, puesto que acogió la pretensión de la actora, por una causa planteada por ésta.

Ahora bien, dado que la recurrente también alegó estar en desacuerdo con la postura del *a quo* sobre la incompetencia de los funcionarios de la Superintendencia Bancaria para emitir las resoluciones demandadas, la Sala precisa que no debió dársele prosperidad a este cargo por las siguientes razones: Según la demandante, el Director Técnico para Intermediación Financiera Tres “B” de la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera- no era el competente para haber dado inicio a la actuación que concluyó con la sanción, debiendo haberlo hecho el Subdirector de Desarrollo de dicha entidad, toda vez que el artículo 1º de la Resolución 398 de 2001 de la Superintendencia Bancaria estipuló:

“ART. 1º Delegar en el Subdirector de Desarrollo, la función de suscribir la solicitud de explicaciones a las Entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, en relación con los controles de ley de inversiones en FINAGRO, Títulos de Reducción de deuda, Encaje y Posición Propia, y con los reportes relacionados con el endeudamiento por cliente”.

Si bien es cierto que, de acuerdo con el artículo transcrito, el competente para solicitar explicaciones por excesos en posición propia en el *sub judice* era el Subdirector de Desarrollo de la Superintendencia Bancaria, por delegación expresa llevada a cabo por el Superintendente Bancario, tales facultades de igual manera residían en los Directores Técnicos de la aludida Superintendencia de conformidad con el artículo 1º numeral 4.1. literal n) del Decreto 2489 de 1999, que sustituyó el artículo 327 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al establecer dentro de las funciones de carácter técnico las siguientes:

“n) Imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisores fiscales o empleados de las mismas, previas explicaciones con el procedimiento aplicable y en los casos que determine el Superintendente Bancario, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las leyes, a los estatutos o a cualquier otra norma legal a que deban sujetarse, así como por la inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria”.

El artículo 1º de la Resolución 0626 del 14 de abril de 2000, de la Superintendencia Bancaria consagró:

“Las Direcciones Técnicas de las Delegaturas impondrán las medidas o sanciones en los siguientes casos: por violación a las normas de encajes; activos ponderados por riesgo a patrimonio; regulaciones prudenciales en materia de patrimonio adecuado; excesos o defectos en el nivel de inversiones obligatorias, admisibles o voluntarias; de inversiones o valores de alta liquidez; de colocaciones; de posición propia; de aceptaciones bancarias, y aquellas que sean de cuantía única o no susceptibles de graduación.”

De conformidad con lo anterior, el Director Técnico para Intermediación Financiera Tres “B” se encontraba plenamente facultado para iniciar la actuación que dio lugar a la sanción pecuniaria a Giros & Finanzas Compañía de Financiamiento Comercial S.A. por exceso de posición propia en moneda extranjera.

Ante esta Corporación la demandante adujo que la Resolución 0626 del 2000, no pudo haber entrado en vigencia o sus efectos son ineficaces, por haberse omitido el requisito de publicidad que la ley prescribe de manera obligatoria en relación con los actos administrativos y, que además, la antedicha resolución no fue presentada en primera instancia por la Superintendencia Bancaria, aunque el Tribunal decretó como prueba establecer si para el 17 de julio de 2001 esa entidad había delegado en los Directores Técnicos la facultad de suscribir los pliegos de cargos por violación a las normas de posición propia.

Sobre la falta de publicación de la Resolución 0626 del 2000, esta Sala⁴ ya se pronunció, posición que se reitera en esta oportunidad:

*“De otro lado, es irrelevante la falta de publicación de la Resolución 626 de 2000, pues, la resolución que, junto con la ley, fundamentó la sanción fue **la 1374 de 2001**, que derogó la primera. Y, aunque **la Resolución 1374 de 2001** sí fue publicada, su eventual falta de publicación no generaría incompetencia alguna del*

⁴ Sentencia del 26 de junio de 2008, C. P. Héctor J. Romero Díaz, exp. 15261

funcionario que expidió el acto, pues, como lo precisó la Sala al referirse a la falta de publicación de la Resolución 626 de 2000, los actos generales que se refieren a las labores y organización de las dependencias de la Administración, cuyos destinatarios son los funcionarios de la entidad, son obligatorios “a partir de su expedición, toda vez que conocen el acto administrativo antes que la publicación se realice”⁵. Además, como son actos de asignación interna de funciones, sólo tienen incidencia en el ámbito interno de la entidad y, por tanto, no requiere de su publicación para que tenga eficacia y produzca efectos jurídicos⁶.”

Ahora bien, aunque la Resolución 0626 del 2000 no fue presentada en sede de primera instancia, si adujo la Superintendencia Bancaria, en su debida oportunidad, que la competencia de los Directores Técnicos de la Superintendencia, en materia de excesos de posición propia, emanan directamente del Decreto 2489 de 1999, es decir, que las funciones de los Directores Técnicos tienen fundamento legal, y así no se haya exhibido la aludida Resolución ante el Tribunal, dicha omisión no implica que exista falta de competencia de los citados funcionarios, por lo que no habría lugar a acceder a la nulidad deprecada.

Frente a la incompetencia del Director Técnico para imponer la multa, toda vez que la infracción que se impuso se deriva del incumplimiento de una resolución de la Junta Directiva del Banco de la República, lo que a juicio del demandante hace que no se trate de la infracción a una ley o a los estatutos de las instituciones financieras, conforme a lo dispuesto en el artículo 327 numeral 4.1. literal n) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el artículo 1 del Decreto 2489 de 1999, precisa la Sala que no se encuentra configurada la incompetencia alegada, puesto que las regulaciones de la Junta Directiva del Banco de la República sobre la actividad cambiaria, son leyes en sentido material. Así lo sostuvo la Sala⁷ en sentencia del 3 de mayo de 2007:

“Los artículos 371 y 372 de la Constitución Política le otorgaron al Banco de la República, a través de su Junta Directiva, la función de “regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito”.

Como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, es la entidad que de manera exclusiva está encargada de expedir las normas de carácter general relacionadas con estas materias. Función que ejerce en desarrollo de la Ley Marco dictada por el Congreso dentro de las competencias señaladas en el numeral 22 del artículo 150 de la Constitución Política.

(...)

Como ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, las regulaciones de la Junta Directiva del Banco de la República sobre las condiciones, requisitos y demás reglamentaciones específicas necesarias para el funcionamiento y desarrollo de la actividad cambiaria, asumen la misma posición o valor de la Ley, es decir, como si hubieran sido establecidos por el propio Congreso.⁸

⁵ Sentencias de 3 de abril de 2005, exp 14066, C.P. doctora Ligia López Díaz y de 7 de abril de 2005, exp. 13504. C.P. Héctor J. Romero Díaz.

⁶ Ibídem

⁷ Sentencia del 3 de mayo de 2007, C.P. Ligia López Díaz, exp. 14916.

⁸ Sentencias del 20 de mayo de 1994, exp. 5184, M.P. Guillermo Chahín Lizcano y del 22 de febrero de 2007, exp. 14802, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

Vale decir, que en esta materia la Junta actúa como legislador, en virtud del mandato constitucional.⁹”

En cuanto al cargo consistente en que el recurso de apelación en vía gubernativa debió haber sido desatado por el Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Tres, y no por el Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Uno, se debe advertir que no es un hecho cuestionado que el control y vigilancia de Giros & Finanzas fue adscrito al Superintendente Delegado para la Intermediación Financiera Uno, a partir del 4 de junio de 2002, de acuerdo con la Resolución No. 589, por lo que tenía plena competencia para resolver el recurso de apelación en vía gubernativa interpuesto por la aquí demandante, de conformidad con la distribución interna de competencias efectuada por el Superintendente Bancario.

Teniendo en cuenta que el *a quo*, al encontrar configurado el cargo de falta de competencia, se abstuvo de analizar los restantes, esta Sala entrará a estudiarlos.

Pretermisión del principio de legalidad.

La accionante fundamentó el cargo en que la Resolución No. 26 de la Junta Directiva del Banco de la República, en que se soportó la Superintendencia para aplicar la multa en cuestión, desborda el orden constitucional porque no puede un órgano autónomo del Estado señalar una pena o sanción con efectos *erga omnes* con carácter impersonal, general o abstracto como si se tratara del legislador, por lo que solicitó inaplicarla por inconstitucional.

Los artículos 371 y 372 constitucionales señalan:

ARTICULO 371. El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.

Serán funciones básicas del Banco de la República: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general.

El Banco rendirá al Congreso informe sobre la ejecución de las políticas a su cargo y sobre los demás asuntos que se le soliciten.

ARTICULO 372. La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley. Tendrá a su cargo la dirección y ejecución de las funciones del Banco y estará conformada por siete miembros, entre ellos el Ministro de Hacienda, quien la presidirá. El Gerente del Banco será elegido por la junta directiva y será miembro de ella. Los cinco miembros restantes, de dedicación exclusiva, serán nombrados por el Presidente de la República para períodos prorrogables de cuatro años, reemplazados dos de ellos, cada cuatro años. Los miembros de la junta directiva representarán exclusivamente el interés de la Nación.

El Congreso dictará la ley a la cual deberá ceñirse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones y las normas con sujeción a las cuales el Gobierno expedirá los estatutos del Banco en los que se determinen, entre otros aspectos, la forma de su organización, su régimen legal, el funcionamiento de su junta

⁹ Sentencias del 20 de mayo de 1994, exp. 5184, C.P. Guillermo Chahín Lizcano; de 22 de febrero de 2007, exp. 14802, C.P. María Inés Ortiz Barbosa y de 24 de abril de 2008, exp. 15603 C.P. Héctor J. Romero Díaz.

directiva y del consejo de administración, el período del gerente, las reglas para la constitución de sus reservas, entre ellas, las de estabilización cambiaria y monetaria, y el destino de los excedentes de sus utilidades.

El Presidente de la República ejercerá la inspección, vigilancia y control del Banco en los términos que señale la ley.

Con base en ese mandato constitucional el Congreso expidió la Ley 31 de 1992, por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones, disponiendo en el artículo 4° que la Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia:

"Artículo 4°. Autoridad monetaria cambiaria y crediticia. La Junta Directiva del Banco de la República es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia y, como tal, cumplirá las funciones previstas en la Constitución y en esta ley, mediante disposiciones de carácter general. Tales funciones se ejercerán en coordinación con la política económica general prevista en el programa macroeconómico aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES, siempre que ésta no comprometa la responsabilidad constitucional del Estado, por intermedio del Banco de la República, de velar por el mantenimiento de la capacidad adquisitiva de la moneda".

Ahora, sobre los aspectos que debe regular la Junta Directiva del Banco de la República, los artículos 16 literal h) y 17 *ibídem*, establecen lo siguiente:

"CAPÍTULO V

Funciones de la Junta Directiva como autoridad monetaria, crediticia y cambiaria.

"Artículo 16. Atribuciones. Al Banco de la República le corresponde estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda. Para tal efecto, la Junta Directiva podrá:

(...)

h) Ejercer las funciones de regulación cambiaria prevista en el párrafo 1° del artículo 3° y en los artículos 5° a 13, 16, 22, 27, 28 y 31 de la Ley 9ª de 1991".

"Artículo 17. Sujeción a los actos del Banco de la República. Sin perjuicio de las obligaciones a cargo de las demás personas naturales o jurídicas, las instituciones financieras, los intermediarios para las operaciones de mercado abierto y los intermediarios del mercado cambiario, deberán actuar con sujeción a los actos de la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia. La vigilancia del cumplimiento de dichos actos, se ejercerá a través de la Superintendencia Bancaria o de la Superintendencia de Cambios en lo de su competencia, las cuales impondrán las sanciones a las personas que en sus actuaciones no se ajusten a ellos".

Es decir, que la Junta Directiva del Banco de la República, según la Constitución Política y la ley, es la máxima autoridad en materia cambiaria en el país, encargada de regular la materia, y en desarrollo de dicha facultad expidió la Resolución Externa 26 de 1996 que, como lo anuncia el encabezamiento de la misma, se dicta *"en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales en especial de las que le confiere el literal h) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992."*

La Resolución Externa 26 de 1996 definió la llamada posición propia de los intermediarios del mercado cambiario como *" (...) la diferencia entre todos los derechos y obligaciones denominados en moneda extranjera registrados dentro y fuera del balance, realizados o contingentes, incluyendo aquellos que sean liquidables en moneda legal colombiana"* (art. 1°).

La Superintendencia Bancaria fundamentó la imposición de la sanción pecuniaria objeto de este debate en los artículos 2° sobre el monto máximo de la posición

propia en moneda extranjera para los intermediarios del mercado cambiario; 5º, respecto al ajuste a los límites máximos y mínimos de posición propia, y 6º, que señala esta sanción, “*Las entidades que no ajusten el nivel de posición propia a los límites previstos en esta resolución dentro del plazo previsto para ello en la misma, serán sancionados por el exceso o por el defecto con multa a favor del Tesoro Nacional, equivalente a la establecida para el desenganche de los establecimientos cambiarios*”.

Frente a la facultad sancionatoria, la Sala es del criterio de que cuando la Constitución y la ley le asignan a una entidad la facultad de reglamentar una materia, y la de fijar los controles del caso, se entiende que también le otorga la potestad de prever el régimen sancionatorio aplicable por la inobservancia precisamente de esos reglamentos. Es decir, si la Constitución y la ley le asignaron a la Junta Directiva del Banco de la República la competencia de regular lo relativo a la actividad cambiaria, también podía establecer los mecanismos para hacer respetar la regulación que expida para el efecto.

De lo expuesto, se concluye que la Junta Directiva del Banco de la República es la máxima autoridad en materia cambiaria en el país, facultada constitucional y legalmente para regular los aspectos atinentes a la misma, entre los cuales se encuentra la llamada posición propia, pudiendo establecer sanciones a quienes no cumplieren con tal regulación.

En ese contexto, no existe razón alguna para inaplicar la Resolución 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República, al estar amparada en la Constitución Política y la ley,¹⁰ y porque la Superintendencia Bancaria –hoy Superintendencia Financiera- actuó en pleno desarrollo de sus facultades otorgadas por el ordenamiento jurídico.¹¹ Por eso no prospera el cargo de violación del principio de legalidad, propuesto por la accionante.

La inexistencia de la contravención por la cual se impone la sanción pecuniaria.

El fundamento del actor para desconocer los excesos de posición propia subyace en que las partes no pactaron en el contrato de agencia comercial la moneda en la cual deberían cumplir sus prestaciones, por lo que debe apelarse a la moneda de curso legal forzoso, el peso colombiano, según la interpretación que debe hacerse de los artículos 874 del Código de Comercio y 28 de la Ley 9 de 1991.

¹⁰ Literal h) del artículo 16 de la ley 31 de 1992.

¹¹ Literal i), numeral 5 del artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, “**5o. Facultades de prevención y sanción.** *La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción: i) Imponer a las instituciones vigiladas, directores, revisor fiscal o empleados de la misma, previas explicaciones de acuerdo con el procedimiento aplicable, las medidas o sanciones que sean pertinentes, por infracción a las Leyes a los estatutos o a cualquier otra norma legal a que deban sujetarse, así como por inobservancia de las órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia Bancaria.*”

Artículo 17 de la ley 31 de 1992 “**SUJECCIÓN A LOS ACTOS DEL BANCO DE LA REPÚBLICA.** *Sin perjuicio de las obligaciones a cargo de las demás personas naturales o jurídicas, las instituciones financieras, los intermediarios para las operaciones de mercado abierto y los intermediarios del mercado cambiario, deberán actuar con sujeción a los actos de la Junta Directiva del Banco de la República como autoridad monetaria, cambiaria y crediticia.*”

La vigilancia del cumplimiento de dichos actos, se ejercerá a través de la Superintendencia Bancaria o de la Superintendencia de Cambios en lo de su competencia, las cuales impondrán las sanciones a las personas que en sus actuaciones no se ajusten a ellos.”

Sin embargo, la realidad del hecho económico que aflora de la relación contractual, lleva a la Sala a concluir que las prestaciones si se cumplían en moneda extranjera, independientemente de si se pactó o no de esa manera. Veamos:

En el oficio del 27 de febrero de 2001, el Presidente de Giros & Finanzas en respuesta al requerimiento 2000104732-6¹² señaló sobre dicho contrato que *“.. cosa distinta es que hasta la fecha las compañías hayan decidido cubrir en dólares sus deudas, como un servicio entre las partes, que es viable por tratarse de operaciones de cambio, que mejoran el flujo de las relaciones comerciales entre las mismas, pero que no corresponden a una obligación legal o contractual..”*¹³(fl.34 cdno. antecedentes).

En el acápite 4.3.3. del escrito de demanda, al referirse al cumplimiento de las obligaciones del contrato de agencia comercial, dijo el actor que: *“En el único caso en que podría llegar a presentar un activo en dólares a favor de Giros & Finanzas compañía de financiamiento comercial es cuando ésta paga el giro en moneda extranjera a elección del beneficiario, lo que ocurre muy excepcionalmente.”* (fl. 21 cdno ppal.)

Por lo anotado para la Sala la realidad del contrato de agencia comercial que suscribió la actora con Wester Unión, tal como lo advirtió el mismo demandante, sí implicó prestaciones en dólares americanos, es decir, en desarrollo de dicho contrato puede ser deudora o acreedora en dólares, en sus relaciones comerciales con Wester Unión, y dada la realidad comercial, no es dable entrar en valoraciones acerca de la falta de convenio o acuerdo contractual sobre este asunto.

Igualmente, se anota que la demandada contravirtió la afirmación de la actora respecto a que las prestaciones se venían cumpliendo en moneda local, lo que se desprende del oficio No. 2001011839-2 del 22 de marzo de 2001, proferido por el Director Técnico Intermediación Tres “B” de la Superintendencia Bancaria de Colombia y dirigido al Presidente de Giros & Divisas, en el que se determinó que: *“... en la práctica y de acuerdo con lo observado dentro del proceso de inspección, la transferencia de dinero se realiza a través de intermediarios del mercado cambiario, en los que Wester Unión realiza la consignación de los valores resultantes de la operación diaria (por ser normalmente mayor el número de giros que se reciben para el pago, que de transferencias desde Colombia) transacción que se realiza en dólares, y como tal se registra por los bancos. En el momento que el Banco hace el traslado de Giros y Divisas, la operación se realiza en dólares monetizados.”* (fl.58 cdno. antecedentes).

No obstante lo manifestado por la Superintendencia respecto al proceso de inspección que adelantó, se echa de menos la aportación por parte de la actora de pruebas con las que buscara acreditar que las prestaciones derivadas de la referida relación contractual se cumplían en moneda local, y no generaron excesos de posición propia. Además era a la actora a quien le correspondía demostrar que no había incurrido en la contravención imputada, lo que no hizo.

¹² Se reitera en los mismos términos en el oficio del 3 de agosto de 2001 en respuesta al requerimiento 2001011839-6.

¹³ Oficio del 27 de febrero de 2001 en respuesta al requerimiento 2000104732-6 y que se reitera en los mismos términos en el oficio del 3 de agosto de 2001 es respuesta al requerimiento 2001011839-6

Inobservancia del régimen de transición en casos de fusión.

El actor expuso que GIROS & FINANZAS S.A. es el resultado de una fusión entre una compañía de financiamiento comercial que no realizaba operaciones en moneda extranjera, y una casa de cambios especializada en giros en divisas. Sin embargo, la Superintendencia no condicionó la aprobación de la fusión a que se conviniera el programa de adecuación, y es por ello que una fusión, que se perfeccionara en el mes de octubre de 2000, no puede dar lugar a una violación sobre normas de posición propia desde el mismo mes de octubre.

Señaló, en desarrollo del cargo, como violados los artículos 60 numeral 8 y 71 numeral 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que son de este tenor:

“8. Obligaciones. La entidad adquirente deberá convenir con la Superintendencia Bancaria, tan pronto concluya la fusión, un programa de adecuación de las operaciones al régimen propio de la institución correspondiente, si a ello hubiere lugar.”

“5. Condiciones de la autorización. En desarrollo de la adquisición, fusión, conversión y escisión, las entidades quedarán facultadas exclusivamente para adelantar las actividades propias de la clase de institución financiera resultante de la operación. En consecuencia, la aprobación, en caso de requerirse, deberá condicionarse a que dentro de un término máximo de tres (3) meses, contados desde la fecha de la misma, se acuerde con la Superintendencia Bancaria un programa de adecuación de las operaciones al régimen propio de la institución correspondiente, el cual tendrá una duración máxima de dos (2) años.”

De la lectura de las disposiciones que se consideran violadas, se advierte que el programa de adecuación no revestía carácter de obligatoriedad, pues el art. 60 numeral 8 del E.O.S.F dispone “*si a ello hubiere lugar*”, y el 71 numeral 5 del E. O. S. F. establece “*en caso de requerirse*”, de lo que se infiere que no en todos los casos era necesario adelantarlos, por lo que la falta de ese programa no implica que en el caso en examen se estructure la nulidad de los actos acusados.

Pretermisión de los principios de buena fe y de confianza legítima.

El demandante afirmó que se vulneraron los principios de buena fe y de confianza legítima porque durante varios años la casa de cambios contabilizó la cuenta por cobrar a Wester Unión como un activo en moneda legal, y así lo reportó mensualmente a la Superintendencia, sin que esta ordenara reclasificar la partida, y sin que lo propio ocurriera en las múltiples visitas efectuadas a la entidad en su condición de casa de cambios

Sobre el principio de la buena fe la Corte Constitucional en la Sentencia T-617-95 M.P. Alejandro Martínez Caballero dijo que “*se presenta en el campo de las relaciones Administrado y administración, en donde juega un papel no sólo señalado en el ámbito del ejercicio de los derechos y potestades, sino en el de la constitución de las relaciones y en el cumplimiento de los deberes, comporta la necesidad de una conducta leal, honesta, aquella conducta que, según la estimación de la gente, puede esperarse de una persona*”

A su vez, sobre el principio de confianza legítima ha sostenido:

“un corolario de la buena fe [que] consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un periodo de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de

*comportamientos activos o pasivos de la Administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático*¹⁵⁴.

(...)

24. *Por lo tanto, se trata de un principio en virtud del cual la Administración debe actuar conforme al respeto por el acto propio. Así, las autoridades deben actuar de manera coherente con sus comportamientos pasados y, en consecuencia, no pueden modificar sus actuaciones de manera inconsulta y abrupta cuando ese cambio afecta de manera directa a un particular.*¹⁴

Bajo esos argumentos jurídicos, es claro que la Superintendencia no vulneró dichos principios con su actuación, por cuanto como órgano de control le asiste el deber de propender por el respeto a la ley, que fue lo que hizo, y a los administrados les corresponde la obligación de ajustarse al ordenamiento jurídico, sin que pueda decirse que la Administración, en este caso, por acción o por omisión hubiera creado expectativas favorables al administrado, y que de forma abrupta las hubiera eliminado, toda vez que no le asistía a la Superintendencia el deber de exigir la observancia de las normas que regulan la posición propia sino a partir de cuando se integró como compañía de financiamiento comercial, por lo que pretender que se le hubieran hecho requerimientos en dicho sentido cuando ostentaba la condición de casa de cambios, no es de recibo.

Inobservancia del debido proceso.

Adujo el actor que se conculcó el derecho de defensa, toda vez que sólo con ocasión de la imposición de la multa se precisó la normativa que la Superintendencia estimaba violada, Ley 31 de 1992 y el artículo 325 numeral 5, literal i) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en concordancia con las Resoluciones 26 de 1996 y 4 de 2001.

Respecto a este cargo debe precisarse que en los requerimientos que hizo la Superintendencia se le indicó al actor que se procedía en acatamiento a la Resolución Externa 26 de 1996, la que se expidió en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial las que le confiere el literal h) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992.

Igualmente se observa que el derecho de defensa del actor fue respetado en el procedimiento adelantado en vía gubernativa, y que la sanción impuesta, como se adujo líneas atrás, deviene de las Resoluciones Externas 26 de 1996 y 4 de 2001 de la Junta Directiva del Banco de la República, que son ley en sentido material.

Aplicación de norma derogada.

Argumentó el actor que se violó el artículo 29 de la C. P. porque sólo sería responsable frente al hecho sancionado por violación de normas preexistentes a la conducta que se le imputa, y en este caso la Resolución 26 de 1996, de la Junta Directiva del Banco de la República, no estaba vigente, por derogatoria expresa de la Resolución No. 4 de 2001, para la época de la liquidación de la posición propia del mes de julio de 2001.

Efectivamente la Resolución Externa 26 de 1996, de la Junta Directiva del Banco de la República, fue derogada con la Resolución Externa No. 4 de junio 28 de

¹⁴ T 210 de 2010

2001, publicada en el boletín No. 22 del 29 de junio de 2001 del Banco en mención.

Ahora bien, dentro de los antecedentes administrativos obran los siguientes oficios¹⁵ proferidos por la Superintendencia Bancaria y dirigidos al Presidente de Giros & Divisas en los que se le solicita que rinda las explicaciones sobre excesos de posición propia:

- Oficio No. 2001011839-6 del 17 de julio de 2001

“con el fin de ampliar el requerimiento formulado mediante oficio 2000060497-11 del 17 de enero de 2001 este Despacho solicita se brinden las explicaciones que justifican la inobservancia de las disposiciones contenidas en el artículo 2 de la Resolución Externa 26 de 1996, la Resolución Externa 5 de 1999 y la Resolución Externa 18 de 2000, emanadas de la Junta Directiva del Banco de la República, recogidas en la Resolución Externa 4 de 2001 del mismo órgano, en orden a evaluar las medidas administrativas correspondientes de que trata el artículo 6º de la Resolución Externa 26 de 1996, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 8.10 del capítulo XII de la Circular Externa Básica Contable y Financiera 100 de 1995, sin perjuicio de ajustarse inmediatamente a los niveles mínimos y máximos dispuestos por el mencionado Órgano Emisor, ...” (fl.69).

- Oficio No. 2001055423-0 del 17 de agosto de 2001

“Al efectuar la revisión de posición propia del corte semanal al 8 de julio de 2001, se observa que la entidad no está dando cumplimiento con lo dispuesto en la Resolución Externa 5 de 1999 de la Junta Directiva del Banco de la República, en concordancia con el capítulo XIII de la Circular Externa 100 de 1995, POSICIÓN PROPIA – RÉGIMEN CAMBIARIO, presentándose los siguientes excesos: (...)

Con el fin de evaluar las medidas administrativas de que trata el artículo 6º de la Resolución Externa 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República, este Despacho le solicita remitir las explicaciones pertinentes dentro del plazo que vence el próximo 03 SEP 2001.” (fl.108).

- Oficio 2001055423-3 del 8 de noviembre de 2001:

“Damos alcance al oficio de la referencia del 17 de agosto de 2001, relacionado con los excesos en posición propia presentados por la compañía durante los días 6,7 y 8 de julio de 2001, en donde se cita incumplimiento a la Resolución Externa 5 de 1999, debiendo hacerse referencia a lo dispuesto en la Resolución Externa 4 de 2001 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Con el fin de evaluar las medidas administrativas de que trata el artículo 8 de la resolución externa 4 de 2001, de la Junta Directiva del Banco de la República, le solicito comedidamente remitir las explicaciones pertinentes dentro de un plazo que vence el próximo 22 NOV 2001” (fl. 113)

De las transcripciones hechas se verifica que el oficio del 17 de agosto de 2001 hace mención a la Resolución Externa 26 de 1996, a pesar de que para dicha fecha ya había sido derogada. No obstante, también se encuentra que a dicho

¹⁵ Expedidos con posterioridad a la derogatoria de la Resolución Externa No. 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República.

oficio se le dio alcance con la comunicación del 8 de noviembre de 2001, corrigiendo esa mención, y que en el oficio del 17 de julio de 2001 ya se había informado que la Resolución Externa 26 de 1996 había sido recogida por la Resolución Externa 4 de 2001, en cuyo articulado se introdujo el artículo 6 de la Resolución 26 de 1996.

Así las cosas, la Sala no encuentra vulnerado el artículo 29 de la C.P. por cuanto la Administración sí informó que el requerimiento se soportaba en la Resolución Externa 4 de 2001, y además en la Resolución No. 023 de 2002, por la cual se impuso una sanción pecuniaria a Giros & Finanzas Compañía de Financiamiento Comercial, se citó de manera expresa que los establecimientos de crédito deben dar cumplimiento a las normas sobre niveles de posición propia en moneda extranjera, previstas en la citada Resolución Externa 4 del 28 de junio de 2001.

Por lo antes señalado se revocará la decisión apelada y, en su lugar, se negarán las súplicas de la demanda.

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

FALLA

REVÓCASE la Sentencia apelada, en su lugar, se dispone:

Niéguense las pretensiones de la demanda.

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidente

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

WILLIAM GIRALDO GIRALDO