

DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Concepto / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Contenido / DERECHO AL DEBIDO PROCESO – Alcance

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias de la Corte Constitucional C-980 de 2010, C-331 de 2012 y C-034 de 2014

REGLAS DEL DEBIDO PROCESO EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA – Aplicación

por regla general las garantías del debido proceso son aplicables en el derecho penal y en todas las demás manifestaciones del derecho sancionador, entre ellas, el derecho administrativo sancionatorio, aunque con distinta intensidad, en consideración a la naturaleza, objeto y fines de cada uno de tales regímenes, salvo en los casos en que el legislador haya consagrado expresamente alguna excepción, como sería por ejemplo en tratándose del derecho administrativo cambiario en el que se consagró un régimen de responsabilidad objetiva. [...] [L]a Sala debe precisar que aunque en algunos casos el legislador ha ratificado expresamente la procedencia de los principios y garantías del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias reconocidos por la Constitución Política (por ejemplo en los regímenes aduanero y disciplinario), el hecho de que en otras materias no exista esa consagración expresa no significa que los distintos elementos que informan el debido proceso no sean aplicables en otros asuntos, pues, como antes se dijo, éste es un imperativo constitucional exigible en todas las actuaciones de las autoridades públicas que puedan afectar los derechos de los particulares.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Concepto / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Alcance / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD COMO GARANTÍA MÍNIMA QUE INTEGRA EL DEBIDO PROCESO

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias de la Corte Constitucional C-181 de 2002 y T-1087 de 2005

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN ASUNTOS SANCIONATORIOS CAMBIARIOS DE COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – Aplicación / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN ASUNTOS SANCIONATORIOS CAMBIARIOS DE COMPETENCIA DE LA SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES – Aplicación / PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Estas mismas consideraciones que hizo la Corte [Sentencia C-922 de 2001] tratándose del régimen sancionatorio aplicable a infracciones cambiarias en las materias de competencia de la DIAN deben también ser aplicadas en los asuntos sancionatorios cambiarios de competencia de la Superintendencia de Sociedades, pues no existe razón alguna que justifique ese trato diferente. Lo contrario, claramente constituiría un agravio al principio constitucional de igualdad ante la ley. En el anterior contexto, en esta providencia la Sección Primera unifica su criterio en el sentido de señalar que el principio de favorabilidad es aplicable en las actuaciones administrativas dirigidas a sancionar las infracciones al régimen cambiario, por tratarse de una garantía mínima del debido proceso, el cual es un derecho constitucional fundamental que debe operar no solo en las actuaciones judiciales sino en toda clase de actuaciones administrativas.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias de la Corte Constitucional C- 010 de 2003 y C-922 de 2001

REGISTRO ANTE EL BANCO DE LA REPÚBLICA DE INVERSIÓN DE CAPITAL EXTERIOR – Procedimiento / INFRACCIÓN CAMBIARIA POR REGISTRO

EXTEMPORÁNEO DE OPERACIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA / REGISTRO DE INVERSIÓN DIRECTA – Opera con la sola presentación de la declaración de cambio correspondiente a su canalización a través del mercado cambiario / CAMBIO DE LEGISLACIÓN / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA CAMBIARIA – Aplicación

Cuando se impuso la sanción a la demandante la conducta por la cual fue sancionada, esto es, el registro extemporáneo de la operación de inversión extranjera mediante la presentación del Formulario No. 11, no constituía infracción cambiaria, aunque sí lo era cuando se presentó dicha circunstancia, esto es, para el mes de octubre de 2008. En el anterior contexto, encuentra la Sala que la Superintendencia de Sociedades desconoció lo dispuesto en el artículo 29 de la C.P. al no aplicar el principio de favorabilidad en la actuación administrativa sancionatoria que adelantó contra la sociedad GRUPO MCM S.A. DE C.V., puesto que para la fecha en que le impuso la sanción de multa demandada el registro extemporáneo de la operación de inversión extranjera que realizó no constituía una infracción cambiaria a la luz de lo reglado en el Decreto 4800 de 2010, norma que modificó el Decreto 2080 de 2000 y que le debió aplicar por serle más favorable.

CRITERIO OBJETIVO VALORATIVO PARA CONDENA EN COSTAS - Aplicación / CONDENA EN COSTAS POR CONCEPTO DE AGENCIAS EN DERECHO / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 29 / DECRETO 2080 DE 2000 – ARTÍCULO 8 / CIRCULAR REGLAMENTARIA EXTERNA DCIN-83 DEL 21 DE NOVIEMBRE DE 2003 DEL BANCO DE LA REPÚBLICA - NUMERAL 7.2.3. PUNTO 1 LITERAL A) / DECRETO 4800 DE 2010 - ARTÍCULO 4 / DECRETO 4800 DE 2010 - ARTÍCULO 8

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2013-00701-01

Actor: GRUPO MCM S.A. DE C.V

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**Referencia: PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA CAMBIARIA.
UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante contra la Sentencia proferida el 19 de diciembre de 2014 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las pretensiones de la demanda.

**1.- ANTECEDENTES
RESUMEN DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

1.1.- LA DEMANDA.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 la sociedad GRUPO MCM S.A. DE C.V., a través de apoderado judicial, acudió ante el Tribunal Administrativo de Antioquia con la pretensión de obtener la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 230-012470 del 2 de agosto de 2011 y 230-004534 del 24 de agosto de 2012, por las cuales se impone una multa por valor de \$342.692.400 por la comisión de una infracción cambiaria y se confirma dicha decisión, respectivamente, expedidas por la Superintendencia de Sociedades, por considerarlas contrarias a los principios del debido proceso y de favorabilidad consagrados en el artículo 29 de la C.P. Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare la no procedencia del cobro de la multa, y que se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.1.1. Los hechos: la demanda se sustenta en los siguientes:

(i) GRUPO MCM S.A. EN C.V. es una sociedad mexicana vinculada al Grupo Kealtex que invirtió en Colombia en el proceso seguido para intentar salvar a Coltejer S.A. de una situación financiera insostenible. Una de las urgencias consistía en conseguir los recursos necesarios para atender los pagos de los pasivos laborales, por lo cual GRUPO MCM S.A. EN C.V. decidió aportar recursos al Acuerdo de Salvamento de Coltejer.

(ii) Con ese propósito, el 11 de julio de 2008 la sociedad GRUPO MCM S.A. EN C.V. giró a la cuenta bancaria de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. la suma de USD

16.180.000,00, suma ésta que una vez monetizada se giró para atender las obligaciones del Acuerdo de Salvamento de Coltejer, a través del PA FIDEICOMISO GRUPO MCM. La inversión extranjera se efectuó por dicho monto el 11 de julio de 2008 en la ciudad de Medellín, diligenciando la correspondiente declaración de cambio identificada con el número 3158 (Formulario No. 4 del Banco de la República), cumpliendo así los requisitos establecidos para este tipo de operaciones.

(iii) Posteriormente, mediante la Resolución número 230-12470 del 2 de agosto de 2011 la Superintendencia de Sociedades impuso a GRUPO MCM S.A. EN C.V. una multa desproporcionada de \$342.692.400, por considerar que incumplió las normas cambiarias al incurrir en extemporaneidad de cinco (5) meses y fracción en el diligenciamiento del Formulario No. 11 del Banco de la República, decisión ésta contra la cual se interpusieron los recursos legalmente procedentes.

(iv) Mediante la Resolución número 230-004534 del 24 de agosto de 2012 la Superintendencia de Sociedades confirmó en todas sus partes la decisión impugnada.

(v) Para el 23 de octubre de 2012, fecha en que quedó en firme el acto administrativo sancionatorio, no era obligación de la demandada diligenciar el Formulario No. 11 del Banco de la República para legalizar la inversión que realizó, puesto que tal obligación fue eliminada en la modificación realizada a la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del Banco de la República, de forma tal que la actuación de la Superintendencia de Sociedades vulnera el principio de favorabilidad al no existir conducta violatoria del régimen cambiario. En la actualidad tampoco hay lugar a sanciones de ningún tipo por la conducta investigada y sancionada por la entidad demandada.

(vi) La demandante realizó toda la inversión extranjera a través del PA FIDEICOMISO GRUPO MCM administrado por la sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A., y por lo tanto era esta sociedad, como profesional, quien debía efectuar todos los trámites de legalización de la inversión realizada.

1.1.2. Las normas violadas y el concepto de violación: la demandante considera que los actos acusados son contrarios a los principios del debido proceso y de

favorabilidad consagrados en el artículo 29 de la C.P. Al explicar el concepto de violación de esta norma afirmó:

(i) Que se debe dar aplicación al principio de favorabilidad si se tiene en cuenta que desde febrero de 2012 el registro de la inversión extranjera realizado por medio de un patrimonio autónomo –como ocurrió en este caso- se perfecciona solamente con el diligenciamiento y presentación oportuna del Formulario No. 4, tal y como sucedió en este caso, y que ya no se exige la presentación del Formulario No. 11, de modo tal que la conducta que se le imputa a la parte actora no es sancionada hoy ni era objeto de sanción al momento en que se le impuso la multa.

(ii) Que la Superintendencia de Sociedades considera que hay lugar a la sanción porque debe aplicar la norma vigente al momento en que se presentó la conducta investigada, desconociendo el principio de favorabilidad aplicable en materia cambiaria; que en este caso *“lo que el legislador especial quiso con la norma cambiaria fue que el particular actualizara las declaraciones de cambio, sin considerar necesario determinar un término legal para ello, no solo en desarrollo de su potestad, sino porque se vio en la realidad económica que ningún daño se hace al actualizar dicha información en cualquier tiempo, sino porque es usual en el comercio que los documentos y soportes se demoren mucho más de los 15 días hábiles que tría la norma”*¹; y que, por lo tanto, en la actualidad no hay lugar a sanciones de ningún tipo para la conducta investigada y sancionada en los actos demandados.

(iii) Que la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria ha sido reconocido por la Superintendencia de Sociedades, tal y como se señala en el Concepto 051458 del 25 de junio de 2009 de esa entidad, concepto que no hace sino reiterar lo dicho al respecto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-922 de 2001; y que también la Dirección Seccional de Aduanas de Bogotá ha aplicado este principio en materia cambiaria.

(iv) Que si no se acoge la tesis del principio de favorabilidad se debe tener presente, en todo caso, que la conducta que se pretende sancionar no le correspondía realizarla al inversionista sino a la Fiduciaria que delegó para realizar la operación

¹ Folio 5 del expediente.

1.2.- LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La demanda se notificó debidamente a la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, quien defendió la legalidad de los actos acusados. Al respecto manifestó:

(i) Que los actos administrativos acusados se presumen legales y, por ende, corresponde al actor desvirtuar dicha presunción, de conformidad con los artículos 176 y 177 el C.P.C.

(ii) Que la Superintendencia de Sociedades ejerce funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen cambiario en materia de inversión extranjera en Colombia, inversión colombiana en el exterior por parte de personas naturales y jurídica, y de operaciones de endeudamiento externo efectuadas por empresas o sociedades públicas o privadas, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 8, 9 y 10 del Decreto 2116 de 1992, 82 inciso 2 de la ley 222 de 1995 y 7, numeral 11 del Decreto-Ley 1023 de 2012.

(ii) Que de conformidad con el artículo 2º del Decreto 1746 de 1991 –por el cual se estableció el Régimen Sancionatorio y el Procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Superintendencia-, la infracción cambiaria es una contravención administrativa de las disposiciones que se encuentran vigentes al momento de la contravención, a la que corresponde una sanción coercitiva cuya finalidad es el cumplimiento de tales disposiciones.

(iii) Que en este asunto las disposiciones que se encontraban vigentes al momento de la infracción al régimen de cambios son el Decreto 2080 de 2000 y la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 de 2003 (21 de noviembre) con sus modificaciones; y que mediante Auto No. 230-016879 del 20 de septiembre de 2010 la Superintendencia formuló cargos a la sociedad GRUPO MCM S.A. DE C.V. por la posible violación al artículo 8º literal c) punto iv) del citado Decreto y sus modificaciones, en concordancia con lo previsto en el numeral 7.2.3. punto 1º literal a) de la mencionada Circular, por razón del registro extemporáneo de la operación de inversión extranjera en la modalidad de patrimonio autónomo realizada mediante la declaración de cambio No. 3158 del 11 de julio de 2008.

(iv) Que el Decreto 2080 de 2000 (Por el cual se expide el Régimen General de

Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior, que entró a regir el 25 de octubre de 2000²) señala en su artículo 3º que se considera inversión directa, entre otras, la adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos mediante contrato de fiducia comercial, bien sea como medio para desarrollar una empresa (inversión ésta efectuada por la parte actora) o para la compra, venta y administración de participaciones en empresas que no estén registradas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios, y en su artículo 8º, prevé que para el registro de dicha inversión el inversionista de capital exterior o quien represente sus intereses deberá registrar las inversiones iniciales o adicionales en el Banco de la República de acuerdo con el procedimiento que establezca dicha entidad y conforme a los términos referidos en el Decreto citado, solicitud que deberá presentarse dentro de un plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de presentación de la declaración de cambio, correspondiente a su canalización a través del mercado cambiario en el caso de inversiones en divisas destinadas a la adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos mediante contrato de fiducia comercial.

(v) Que el Banco de la República estableció en el numeral 7º de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 de 2003 (21 de noviembre) lo relacionado con las inversiones internacionales, los aspectos generales y procedimientos de su registro, el registro de inversiones de capital exterior en Colombia, y el registro de inversiones colombianas en el exterior, indicando en forma concreta cuáles inversiones se registraban de forma automática con el diligenciamiento del Formulario No. 4 y cuáles con el Formulario No. 11 y archivo plano (numerales 7.2.1 y 7.2.2), así como aquellas que debían registrarse con la demostración del cumplimiento de los requisitos de inversión (numeral 7.2.3), dentro de las que se encontraba contemplada la inversión en patrimonios autónomos, e igualmente disponiendo el siguiente procedimiento: a) Tratándose de patrimonios autónomos e inmuebles, el término para solicitar el registro es de tres (3) meses contados a partir de la fecha de la declaración de cambio por Inversiones Internacionales (Formulario No. 4); y b) Al Formulario No. 11 “Registro de Inversiones Internacionales” se deberán anexar los siguientes documentos: certificado emitido por el representante legal de la entidad fiduciaria en el que conste la adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos mediante contrato de fiducia comercial como medio para desarrollar una empresa o para la compra, venta y administración de

² Fue publicado en el Diario Oficial 44.205 de 25 de octubre de 2000.

participaciones en empresas que no estén registradas en el registro nacional de Valores e Intermediarios.

(vi) Que la sociedad GRUPO MCM S.A. DE C.V. realizó una inversión extranjera el 11 de julio de 2008, por lo que contaba con tres (3) meses para el registro de esa operación, según las normas antes citadas, vigentes para dicha data; y que, no obstante ello, según se desprende de la información remitida por el Banco de la República y de lo que consta en el expediente administrativo seguido contra dicha sociedad, ésta tan solo la legalizó con la carta de registro IEC 16672 del 10 de diciembre de 2009, por lo que incurrió en una infracción cambiaria que condujo a que la Superintendencia le impusiera la sanción hoy demandada, al ser extemporáneo el registro de la operación extranjera.

(vii) Que frente al argumento de la aplicación el principio de favorabilidad, debe decirse que en este caso se aplicaron el artículo 8º literal c) punto iv) del Decreto 2080 de 2000 y sus modificaciones, en concordancia con lo el numeral 7.2.3. punto 1º literal a) de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 de 2003, normas vigentes al momento de la infracción; que como lo ha señalado el Consejo de Estado³, no es procedente la aplicación del principio de favorabilidad tratándose de infracciones cambiarias, pues éste solo opera en materia penal; y que aunque efectivamente la Circular DCIN-83 de 2003 fue modificada el 28 de enero de 2011, con ocasión del Decreto 4800 de 2010, y que en tal virtud se contempló un registro automático para ciertas inversiones internacionales, conforme a los principios que rigen el proceso administrativo sancionatorio cambiario del Decreto 1746 de 1991, debe aplicarse el principio de la vigencia de la ley en el tiempo.

(viii) Que la obligación a cargo de la sociedad GRUPO MCM S.A. DE C.V. de efectuar el registro de la inversión extranjera con la demostración del cumplimiento de los requisitos de inversión a través del diligenciamiento del Formulario No. 11 no se modificó, pues las condiciones del registro eran las vigentes al tiempo de la ocurrencia de los hechos; y que aunque se determinó una forma de registro automático de la inversión extranjera, el registro de la inversión como tal no desapareció, pues la modificación ocurrió con posterioridad a la ocurrencia de la infracción.

³ Cita las siguientes Sentencias: de 16 de agosto de 2001 (Sección Primera, Expediente 6262, C.P. Gabriel E. Mendoza M.); de 2 de octubre de 2003 (sin más datos) y de 14 de junio de 2007 (Sección Cuarta, C.P. María Inés Ortiz Barbosa).

(ix) Que de acuerdo con el artículo 8º del Decreto 2080 de 2000 es el inversionista del capital exterior, o quien represente sus intereses, quien debe registrar las inversiones iniciales o adicionales en el Banco de la República de acuerdo con el procedimiento establecido por dicha entidad; que en este caso se encuentra demostrado que fue la sociedad GRUPO MCM S.A. DE C.V. quien procedió a efectuar inversión extranjera en Colombia bajo la modalidad de patrimonio autónomo, inversión que ascendió a la suma de USD\$16.180.000 (Declaración de Cambio por Inversiones Extranjeras – Formulario No. 4), motivo por el que correspondía a ésta, en su calidad de inversionista extranjera, efectuar el respectivo registro de la inversión, sin que resulte acertado –como lo pretende la parte actora– trasladar dicha calidad y las responsabilidades que ello conlleva en cabeza de la sociedad fiduciaria, por el hecho de haber celebrado el respectivo contrato de fiducia; y que si la sociedad demandante considera que la actuación desplegada por la entidad Alianza Fiduciaria S.A. fue la que condujo a la imposición objeto del presente litigio, debe entonces adelantar las acciones que considere pertinentes contra la fiduciaria por el incumplimiento en que pudo haber incurrido respecto de las obligaciones propias del citado contrato.

(x) Que si se prueban hechos en el proceso que deriven en excepciones, deben ser declarados por el juez oficiosamente, de conformidad con el artículo 164 del C.C.A.

2.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia en Sentencia del 19 de diciembre de 2014 denegó las súplicas de la demanda. Señaló como fundamento de su decisión:

Que se encuentra demostrado con el material probatorio allegado al expediente que la demandante realizó una inversión extranjera el 11 de julio de 2008, según declaración de cambio número 03158, con destino a un patrimonio autónomo en Colombia, por valor de USD16.180.000.00 diligenciado a través del Formulario No. 4 del Banco de la República, y que el Formulario No. 11 solo fue diligenciado hasta el 10 de diciembre de 2009.

Que de esa forma la sociedad inversionista incurrió en una infracción al régimen cambiario en los términos del artículo 8 literal c) punto iv) del Decreto 2080 de 2000 en concordancia con el numeral 7.2.3. punto 1, literal a) de la Circular Reglamentaria

Externa DCIN-83 del 21 de noviembre de 2003 de la Banco de la República, vigente para la época en que se efectuó la operación de la inversión extranjera, ya que contaba con el término de tres (3) meses para el registro de la inversión, los cuales vencieron el 11 de octubre de 2008, y al ser presentada el 10 de diciembre de 2009 se realizó en forma extemporánea.

Que de la investigación administrativa cambiaria iniciada a GRUPO MCM S.A. DE CV se infiere que se atendió el debido proceso, puesto que se abrió la investigación, se formularon cargos contra la sociedad inversionista y se le notificó esa decisión en debida forma, se decretaron las pruebas con el objeto de aclarar el registro de las operaciones realizadas, se impuso la multa y se notificó el acto correspondiente, dando posibilidad de ejercer los recursos de Ley.

Que si bien es cierto que para la fecha en que se impuso la sanción a la sociedad GRUPO MCM S.S. DE CV (2 de agosto de 2011), la obligación de registrar la inversión extranjera dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de su canalización ya no era considerada una infracción al régimen de cambios⁴, también lo es que el principio de favorabilidad no tiene aplicación por las siguientes razones: i) la Constitución Política lo circunscribe a los asuntos penales; ii) en los asuntos administrativos en los que se ha optado por aplicar dicho principio, v.gr. en asuntos disciplinarios y en materia sancionatoria, se ha hecho la excepción en los asuntos sancionatorios cambiarios dada la especial naturaleza política económica de ese régimen que por esencia es cambiante; iii) el precedente jurisprudencial que ha elaborado el Consejo de Estado es consistente en señalar la aplicación de este principio en materia sancionatoria cambiaria⁵; iv) en los dos eventos en que la jurisprudencia del Consejo de Estado dio aplicación al principio comentado, existieron circunstancias excepcionales para ello; y v) en la sentencia C-922 de 2001 en la que la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 2º del Decreto 1074 de 1999 existieron unas condiciones especiales.

Que el artículo 8 literal c) punto iv) del Decreto 2080 de 2000, vigente para la época de la inversión, determinó claramente que “[e]l inversionista de capital del exterior,

⁴ El Decreto 4800 de 29 de diciembre de 2010 modificó el artículo 8 del Decreto 2080 de 2000, y a partir de esa modificación las inversiones directas se considerarían registradas con la presentación de la declaración de cambio por inversión internacional (Formulario No. 4) sin exigir presentación de formulario adicional, como se hacía anteriormente.

Cita numerosos pronunciamientos de la Sala Plena Contenciosa y de las Secciones Primera y Cuarta de esta Corporación, de los años 1993, 1994, 1995, 1996, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2007, 2009, 2012 y 2014.

o quien represente sus intereses, deberá registrar las inversiones iniciales o adicionales en el Banco de la República de acuerdo con el procedimiento que establezca dicha entidad...”, lo que significa que debió ser GRUPO MCM S.S. DE CV quien debió registrar la inversión y no Alianza Fiduciaria como se solicitó en la demanda; y que aunque no desconoce que en el Formulario No. 4 aparece como declarante María Elena Restrepo, funcionaria de Alianza Fiduciaria según se desprende del expediente administrativo, no obstante, quien fungió como inversionista no fue otro que GRUPO MCM S.S. DE CV, tal como se desprende del mismo formulario en el punto VI.

Que se condena en costas a la parte actora de conformidad con el artículo 188 del CPACA, ascendiendo el valor de las agencias en derecho a \$3.426.942, equivalentes al 1% de la suma discutida.

3.- RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión la sociedad demandante la apeló, señalando como motivos de disenso contra el fallo de primera instancia los siguientes:

Que la sociedad mexicana demandante realizó una inversión extranjera en Colombia, a través de ALIANZA FIDUCIARIA S.A., entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y autorizada para actuar como intermediario del mercado cambiario, calidad que no puede pasarse desapercibida, pues implica el deber para ésta de conocer el régimen legal aplicable a las inversiones en Colombia y aplicarlo de manera estricta y diligente; y que la inversión extranjera realizada por GRUPO MCM S.A. DE C.V. requería dos trámites para que quedara legalmente registrada en Colombia: el primero era diligenciar el Formulario Cambiario No. 4, lo que se efectuó diligentemente, y el segundo consistía en diligenciar el Formulario Cambiario No. 11, para lo cual se tenía un plazo de tres (3) meses desde la inversión extranjera, formulario este último que por omisión de la Fiduciaria no se diligenció dentro del término legal, quien solo lo hizo con posterioridad, lo que demuestra que no estaba en manos de la inversionista sino del intermediario cambiario tal actuación.

Que con posterioridad el Banco de la República eliminó la exigencia del registro dentro de los tres (3) meses siguientes a la inversión, al punto que actualmente no hay sanción por no hacer ese registro en un término determinado, e incluso cuando

se formuló el pliego de cargos a la sociedad demandante ya no existía sanción por tal conducta.

Que el Tribunal mantiene vigentes unos actos administrativos que contravienen el ordenamiento legal y los principios de constitucionales de igualdad, justicia y debido proceso.

Que “[s]i la obligación del diligenciamiento de la declaración de cambio competía exclusivamente, al punto que el inversionista no habría podido presentarla, su omisión genera responsabilidad exclusivamente para el inversionista?”; y que “[n]o es acaso la culpa exclusiva de un tercero eximente de responsabilidad?”.

Que se mantiene la teoría de que el principio de favorabilidad no es aplicable sino frente a sanciones penales, pese a que el artículo 29 de la C.P. dice que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones; que se controvierten principios claros como que la duda se resuelve en favor del investigado, tal y como lo consagra el Estatuto Tributario; y que el razonamiento de la Corte Constitucional expresado en la Sentencia C-922 de 2001 sobre la aplicación de la favorabilidad en materia cambiaria no se debe desestimar.

4.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA Y POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. La **parte actora** no intervino en esta etapa del proceso.

4.2. La **parte demandada** reiteró los argumentos de defensa expuestos a lo largo del proceso y apuntó que el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la sentencia C-922 de 2001 solo se refiere al caso específico de las actuaciones de la DIAN adelantadas en el marco del Decreto 1070 de 1999.

4.3. El Ministerio Público guardó silencio.

5.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Los actos acusados: antecedentes y fundamentos.

Se solicita en este asunto la nulidad de las Resoluciones números 230-012470 del 2 de agosto de 2011 y 230-004534 del 24 de agosto de 2012, por las cuales se impone a la sociedad GRUPO MCM S.A. DE C.V. una multa por valor de \$342.692.400 por la comisión de una infracción cambiaria y se confirma dicha decisión, respectivamente, expedidas por la Superintendencia de Sociedades.

Según consta en el cuaderno anexo contentivo de los antecedentes administrativos de los actos acusados, el Banco de la República mediante Oficio DCIN-24274 del 11 de diciembre de 2008⁶ informó a la Superintendencia de Sociedades, para los efectos de su competencia en materia de vigilancia y control cambiario, sobre *“las personas naturales y jurídicas que realizaron registro por concepto de inversiones internacionales y/o actualizaron la información de sus inversiones, operaciones efectuadas por el Banco de la República durante el mes de noviembre de 2008”*, incluyendo en el cuadro denominado *“Declaraciones de cambio que no han presentado registros, periodo julio de 2008”* al inversionista extranjero GRUPO MCV S.A. DE CV.

La Superintendencia de Sociedades mediante Auto 230-006174 del 22 de abril de 2010⁷ abrió investigación administrativa cambiaria para determinar la posible comisión de una infracción por el no registro o registro extemporáneo de la inversión efectuada por la sociedad GRUPO MCM S.A. DE CV, quien actúa en calidad de inversionista de la inversión realizada el 11 de julio de 2008 con declaración de cambio 3158 por valor de USD \$16.180.000.00, equivalentes a la suma de \$28.577.700.000.00.

Con posterioridad, mediante Auto 230-016879 del 20 de septiembre de 2010⁸ la Superintendencia de Sociedades formuló cargos a la sociedad GRUPO MCM S.A. DE CV, como inversionista, por posible violación a lo dispuesto en el artículo 8º literal c) punto iv) del Decreto 2080 de 2000 en concordancia con el numeral 7.2.3. punto 1 literal a) de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del 21 de noviembre de 2003 de la Banco de la República, por el registro extemporáneo de la operación de inversión extranjera, en la modalidad de patrimonio autónomo, con declaración de cambio número 3158 del 11 de julio de 2008, por valor de USD \$16.180.000.00, equivalentes a la suma de \$28.577.700.000.00, la cual se legalizó con carta de

⁶ Folios 1 a 3 del citado cuaderno.

⁷ Folios 4 y 5.

⁸ Folios 43 a 47.

registro IEC 16672 del 12 de diciembre de 2009. Se precisó en este Auto que de conformidad con las citadas disposiciones *“el término para solicitar el registro de la inversión extranjera, venció el 11 de octubre de 2008 y sólo hasta el 10 de diciembre de 2009, según carta de registro IEC 16672 se legalizó”*.

El apoderado especial de la sociedad GRUPO MCM S.A. DE CV con escrito fechado 19 de octubre de 2010⁹ dio respuesta a los cargos formulados y solicitó a la Superintendencia abstenerse de sancionarla.

La Superintendencia de Sociedades decidió la investigación administrativa a través de la Resolución número 230-0124470 del 2 de agosto de 2011 proferida por la Coordinadora del Grupo de Inversión y Deuda Externa de esa entidad¹⁰, e impuso a la sociedad inversionista extranjera GRUPO MCM S.A. DE CV una multa de \$342.692.400.00, correspondientes al 1.2. % del valor total de la infracción cambiaria comprobada que ascendió a la suma total de \$28.577.700.000.00., sobre una extemporaneidad de 5 meses y fracción, por violación a lo dispuesto en la normativa antes citada, por el registro extemporáneo de la operación de inversión extranjera antes mencionada. Como fundamentos fácticos y jurídicos de esta decisión se expone:

a.- Que de los documentos que obran en el expediente se observa que se efectuó una inversión extranjera, en la modalidad de patrimonio autónomo, como mecanismo previo para la constitución de una sociedad nueva, por parte de la sociedad mexicana GRUPO MCM S.A. DE CV, como inversionista, con declaración de 3158 por valor de USD \$16.180.000.00, equivalentes a la suma de \$28.577.700.000.00.

b.- Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8º literal c) punto iv) del Decreto 2080 de 2000 en concordancia con el numeral 7.2.3. punto 1 literal a) de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del 21 de noviembre de 2003 de la Banco de la República, y sus modificaciones, la inversionista extranjera, o quien represente sus intereses, debieron solicitar el registro de la referida operación de inversión extranjera dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de su canalización a través del mercado cambiario, esto es, hasta el 11 de octubre de 2008.

⁹ Folios 90 a 93.

¹⁰ Folios 115 a 124.

c.- Que al examinar los argumentos expuestos, los fundamentos de hecho y los documentos obrantes en el expediente, se determina que la sociedad inversionista extranjera GRUPO MCM S.A. DE CV incurrió en una infracción al régimen de cambios, al no haber solicitado el registro de la inversión extranjera en la modalidad de patrimonio autónomo como mecanismo para la creación de una sociedad contenida en la declaración de cambio número 3158, en los términos establecidos en las disposiciones antes mencionadas, y que frente a dicha infracción es procedente la aplicación de una sanción por ese organismo de control teniendo en cuenta el tiempo de la extemporaneidad, en los términos del artículo 3º del Decreto 1746 de 1991, a cuyo tenor: *“Las personas naturales o jurídicas que no sean intermediarios del mercado cambiario, que infrinjan el régimen cambiario, serán sancionadas con la imposición de multa a favor del Tesoro Nacional hasta el 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada. La multa se graduará atendiendo las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción”*.

d.- Que la Superintendencia, sin embargo, no comparte el criterio del Banco de la República frente a la fecha del 9 de diciembre de 2010 asignada a la solicitud de registro de la inversión extranjera en patrimonio autónomo presentada por la inversionista, por cuanto que no tiene en cuenta que el apoderado de la sociedad GRUPO MCM S.A. DE CV, mediante radicado DER-BOG-12328-2009 del 17 de marzo de 2009, solicitó la sustitución de la inversión extranjera por cambio de la empresa receptora, y por ende, será esta última fecha la que tenga en cuenta para contabilizar el tiempo de extemporaneidad de la solicitud de registro de la inversión extranjera inicial.

La sociedad inversionista se mostró inconforme con la resolución sancionatoria y formuló recurso de reposición en su contra, el cual fue decidido por la Superintendencia de Sociedades a través de la Resolución 230-004534 del 24 de agosto de 2012¹¹, confirmado en todas sus partes la decisión recurrida.

5.2. El problema jurídico a resolver.

Como quiera que la presente instancia se encuentra delimitada rigurosamente por los términos de la impugnación presentada, la Sala se ocupará de establecer si los actos acusados deben ser anulados en consideración (i) a que en ellos se dejó de

¹¹ Folios 187 a 205.

aplicar el principio de favorabilidad el cual, en criterio de la demandante, sí es procedente en materia cambiaria -alega la parte actora que para la fecha en que se le impuso la sanción la conducta que dio lugar a ella ya no era objeto de reproche-, y (ii) a que la sanción debió imponerse a la persona jurídica responsable del registro extemporáneo de la inversión extranjera.

5.3. El análisis de fondo.

5.3.1. Primer cargo: El principio de favorabilidad en materia cambiaria.

5.3.1.1. La jurisprudencia de la Sección Primera sobre la materia.

La jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado ha considerado en ocasiones que *el principio de favorabilidad no es aplicable en materia cambiaria, en razón a que se trata de un principio que solo tiene aplicación en el ámbito del derecho penal de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la C.P., y a que las infracciones al régimen cambiario no tienen la naturaleza de infracciones penales*. En otras oportunidades, no obstante, ha reconocido que este principio podría ser aplicable en esta materia, aunque finalmente no lo ha aplicado en todos los casos examinados.

En efecto, en **Sentencia de 16 de agosto de 2001**¹², dictada en el proceso con radicación núm. 6262, se resolvió sobre la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta contra unos actos administrativos expedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que impusieron a la parte actora una multa a favor del Tesoro Nacional por una suma de dinero equivalente al 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada, por violación del artículo 4º del Decreto Ley 444 de 1967, en virtud de la posesión ilegal de divisas y títulos representativos de éstas. La demanda se sustentó en que por haberse realizado los hechos bajo el imperio de las normas del Decreto 444 de 1967, que fueron derogadas por la Ley 9ª de 1991, la cual no sancionó la conducta investigada que dio lugar a los actos acusados, se vulneraron los artículos 14 de la Ley 153 de 1887 y 6º del Código Penal que consagran el principio de favorabilidad. La Sección negó la prosperidad de esta acusación, con sustento en las siguientes consideraciones:

¹² C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

“Ahora bien, la actora considera que como la Ley 9ª de 1991 en su artículo 7º previó que la tenencia, posesión y negociación de divisas sería libre, ha debido darse aplicación al principio de favorabilidad.

Sobre este aspecto la Sala reitera el punto de vista precisado en el fallo de 7 de diciembre de 2000¹³ (Expediente núm. 6434, Actores: Efraín de Jesús Vargas y otro, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), en la cual se acogió el criterio de la Sección Cuarta de esta Corporación plasmado en sentencia de 8 de noviembre de 1996, con ponencia de la Consejera doctora Consuelo Sarriá Olcos (Expediente núm. 7855), en cuanto a que el principio de favorabilidad, solo tiene aplicación en el ámbito del derecho penal.

En efecto, se dijo en la precitada sentencia:

“...Frente a la pretendida ilegalidad de los actos acusados por no aplicación de la ley posterior, es del caso recordar que en virtud de expresa disposición contenida en el artículo 29 de la Carta, sólo en materia penal procede la aplicación de la ley posterior al hecho imputado...”

“...En sentencia de 8 de noviembre de la Sección Cuarta de esta Corporación, con ponencia de la doctora Consuelo Sarriá Olcos, sobre el particular se dejó por sentado que:

‘el principio de favorabilidad es invocado y se afirma que fue desconocido por los actos acusados, configurándose así la violación del artículo 43 de la Ley 153 de 1887. A este respecto, en la sentencia ya citada del 26 de junio de 1987, la Sala dijo, en términos que ahora se reitera:

No puede confundirse el llamado principio de favorabilidad de la ley penal posterior al hecho que se castiga, con los que regulan la vigencia de la ley en el tiempo.

En materias financieras son frecuentes las modificaciones de las regulaciones porque estas dependen de las circunstancias económicas del momento, pero **la disminución y aún la supresión de un determinado deber no tiene efectos retroactivos a épocas anteriores**, porque no se trata de normas de índole penal...”.

Cabe agregar que si bien es cierto que por mandato constitucional (artículo 29), el debido proceso se predica tanto de las actuaciones judiciales, como de las administrativas, no lo es menos que la Carta en dicho precepto superior, en lo que respecta al principio de la favorabilidad, y en los siguientes (30, 31 y 32), se está refiriendo a la materia penal judicial, pues solo en ella existe un “condenado” o persona a quien se le priva de la libertad. De tal manera que el mencionado principio, que se entiende como una excepción al principio de legalidad, conforme al cual el juzgamiento debe hacerse a la luz de normas preexistentes al acto que se imputa, está circunscrito solo a dicho ámbito; y encuentra una justificación en el hecho de que en materia penal lo que está involucrado es la **libertad personal**,

¹³ En este asunto se solicitó la nulidad de un acto administrativo expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas nacionales, mediante el cual se decomisó un automotor a favor de la Nación.

bien jurídico este que prevalece sobre los bienes patrimoniales”. (Negritas y cursivas originales)

En Sentencia de **2 de octubre de 2003**¹⁴, la Sección Primera reiteró en idénticos términos el criterio que expuso en la sentencia atrás citada, por tratarse de un asunto cambiario similar en el que se aducía también que la DIAN, en virtud del principio de favorabilidad, estaba obligada a aplicar el artículo 7º de la Ley 9ª de 1991 que estableció la libre tenencia, posesión y negociación de divisas. Señaló la Sección que *“[n]o teniendo aplicación en materia cambiaria el principio de favorabilidad, como quiera que la Constitución Política lo circunscribe a la materia penal judicial, según el análisis precedente, es fuerza concluir que este cargo...carece de fundamento”*.

Con posterioridad a este pronunciamiento la Sección abordó nuevamente el tema examinado y lo hizo a través de la Sentencia del **5 de octubre de 2009**¹⁵, en la que se examinó la legalidad de unas resoluciones administrativas expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante las cuales se impuso al actor una sanción de multa por una infracción cambiaria consistente en la violación del artículo 10 de la Resolución Externa 21 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Resolución Externa 21 de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República, por la constitución extemporánea del depósito con cargo a importaciones financiadas a un plazo superior a seis (6) meses. Se adujo por el demandante que los actos acusados son nulos por indebida aplicación del Decreto 1074 de 1999, puesto que éste no se encontraba vigente para la época en que ocurrieron los hechos y en todo caso dispone sanciones más onerosas que las establecidas en el Decreto 1092 de 1996.

En la sentencia comentada la Sección Primera negó la prosperidad del cargo mencionado, al constatar que no era cierto lo afirmado por la parte actora, como quiera que el asunto sí se regía por el Decreto 1074 de 1999 y que éste consagraba una sanción más favorable frente a la conducta investigada. En esta oportunidad, sin mencionarlo expresamente, **se reconoció la procedencia del principio de favorabilidad en materia cambiaria en asuntos de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**. El fundamento del fallo consistió en lo siguiente:

¹⁴ C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

¹⁵ C.P. María Claudia Rojas Lasso.

“El punto central de debate tiene que ver con la presunta aplicación retroactiva por parte de la Administración del Decreto 1074 de 1999 a conductas configuradas en el año de 1996, pues el artículo 2º ibídem dispone:

«**Artículo 2. Régimen Transitorio.** Los procedimientos administrativos cambiarios adelantados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en los cuales se haya proferido y notificado acto de formulación de cargos a los presuntos infractores con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto, continuarán tramitándose hasta su culminación conforme a lo previsto en el Decreto Ley 1092 de 1996.»

Lo anterior significa que a aquellas investigaciones en las cuales no se hubiera proferido y notificado el acto de formulación de cargos, debe aplicarse el Decreto 1074 de 1999.

El Decreto 1074 de 1999 entró a regir el 26 de junio de ese mismo año y en el caso en estudio el pliego de cargos 0090 fue notificado el 3 de noviembre de 1999 (fl. 62 anexo 1), lo cual significa que de conformidad con la norma transcrita ésta era la aplicable, puesto que a la fecha de entrada y vigencia del Decreto 1074 de 1999, no se había proferido ni notificado el pliego de cargos.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C-922 de 29 de agosto de 2001 declaró la constitucionalidad del artículo 2º del Decreto 1074 de 1999 en forma condicionada al señalar:

«[...] 8. No obstante, la Corte advierte que si bien la Constitución de manera general prohíbe la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionatorias, establece sin embargo una excepción a dicha prohibición general. Esta excepción se da en el caso en el cual las normas posteriores son más favorables al sancionado que las anteriores, pues entonces la retroactividad no sólo no es inconstitucional, sino que además tal aplicación retroactiva es ordenada por la Constitución. (...) **Al comparar el régimen sancionatorio consagrado en el Decreto 1092 de 1996, con el que establece el Decreto 1074 de 1999, la Corte aprecia que de manera general éste último establece sanciones más benignas que aquél.** (...) Por todo lo anterior, la Corte estima que la disposición acusada, en su segunda interpretación, puede tener, en cada caso particular, efectos constitucionales o inconstitucionales, dependiendo de la favorabilidad o desfavorabilidad de la norma sancionatoria concreta del Decreto 1092 de 1996 o del Decreto 1074 de 1999, que en virtud de lo ordenado por ella, resulta aplicable a los infractores del régimen cambiario, que cometieron la contravención administrativa antes de la entrada en vigencia de éste último. En tal virtud, declarará la exequibilidad de esta última interpretación, condicionada a que la aplicación de la norma se restrinja a aquellos casos en que redunde en beneficio del infractor que cometió la contravención antes de su entrada en vigencia.» (M.P Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra).

De manera que aunque los hechos constitutivos de la sanción se produjeron en vigencia del Decreto 1092 de 1996, el procedimiento a aplicar es el del Decreto 1074 de 1999.

[...]

La sanción pecuniaria a la luz de la legislación anterior podía llegar hasta el ochenta por ciento (80%), por lo que de todas maneras el Decreto 1074 de 1999 le era más favorable a la situación de la actora". (Negrillas y cursiva originales)

Más adelante, la jurisprudencia de la Sección Primera volvió a acoger el criterio expuesto inicialmente sobre la improcedencia del principio de favorabilidad en asuntos cambiarios. En este nuevo caso se demandó la nulidad de unas resoluciones expedidas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en las que impuso una sanción de multa por violaciones al régimen cambiario, y se invocó por la demandante el principio de favorabilidad a efectos de que le fuera aplicado el Decreto 1746 de 1991, norma más favorable en materia de caducidad de la acción sancionatoria cambiaria. La Sección en **Sentencia del 10 de octubre de 2012**¹⁶ señaló que conforme al criterio reiterado de esta Corporación "*tal principio no es aplicable en las infracciones cambiarias*" y en apoyo de dicha afirmación citó las consideraciones expuestas en el fallo del 2 de octubre de 2003.

Este pronunciamiento del año 2012 ha sido reiterado posteriormente por la Sección Primera en pronunciamientos recientes, así:

En **Sentencia del 14 de agosto de 2014**¹⁷: En este asunto se solicitaba la nulidad de unas resoluciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que sancionaron al actor con multa por infracción al régimen de cambios contenido en la Circular Reglamentaria Externa DCIN 83 de 21 de noviembre de 2003, al no informar al intermediario del mercado cambiario dentro de los 15 días hábiles siguientes al levante de la mercancía, los datos relativos a la declaración de importación y al documento de transporte, en relación con las declaraciones de cambio objeto del proceso. Como fundamento de la demanda se alegó la violación del principio de favorabilidad, en tanto que para la fecha en que se formuló el pliego de cargos (26 de junio de 2007) la conducta investigada ya no constituía infracción al régimen de cambios, toda vez que el plazo de 15 días atrás mencionado fue eliminado a través de la Circular DCIN 83 de 22 de junio de 2007.

La Sala descartó esta acusación y al efecto precisó lo siguiente:

¹⁶ C.P. María Elizabeth García González.

¹⁷ C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

“Ahora, el plazo de 15 días preceptuado en la norma transcrita fue modificado por la DCIN 83 de 22 de junio de 2007, en el sentido de señalar que el mismo se elimina. De ahí, que el a quo infiera su aplicación en virtud del principio de favorabilidad, por cuanto ello implica que la conducta omisiva endilgada a CAMPOLLO S.A., no revestía ya la calidad de infracción para la fecha en que se formuló el pliego de cargos, esto es, el 26 de junio de 2007.

No obstante, la Sala considera que no le asiste razón al quo en su apreciación, por cuanto en obediencia del principio de legalidad, lo que se ha de verificar a efectos de definir la materialización de la conducta infractora es su tipificación legal vigente en la fecha de su ocurrencia, es decir, el que la infracción se hubiere realizado conforme a lo dispuesto en las normas previamente existentes a la misma.

Así las cosas, nótese que para la época en que la empresa demandante debía completar la información de las declaraciones de cambio en cuestión, se hallaba vigente la DCIN 83 de 21 de noviembre de 2003 que estipulaba la obligación de hacerlo dentro de los 15 días posteriores a la autorización del levante de la mercancía. De este modo, no cabe duda de que la norma aplicable frente a la omisión en que incurrió la Empresa era la señalada por la Administración, al ser aquella la que definía para la época de ocurrencia de los hechos, la conducta constitutiva de infracción.

Ahora, el que al momento de formularse el pliego de cargos, dicha norma hubiere sido modificada en lo referente al plazo de información de los datos faltantes en la declaración de cambio, no implica que deba aplicarse al caso, en alusión a un principio de favorabilidad que no procede en materia cambiaria, según lo ha puntualizado la jurisprudencia de esta sección. En este punto, vale la pena traer a colación lo señalado en Sentencia de 10 de octubre de 2012, Expediente No. 1997-10054-01., M.P. Dra. Maria Elizabeth García González, en la que se confirma la posición de la Sala [...]”. (Negritas ajenas al texto original)

En esta sentencia, de otro lado, se precisó que no es procedente para este caso la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria con fundamento en lo decidido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-922 de 2001, en razón a que las consideraciones de ese fallo solo son predicables frente a las normas que establecen el régimen sancionatorio cambiario y no frente a aquellas normas sustanciales que tipifican la infracción cambiaria, que es lo que ocurre en este asunto.

Al respecto se sostuvo que:

“[L]a favorabilidad que trae a colación el a quo en invocación de lo señalado por la Sentencia C-922 de 2001, se predica del régimen sancionatorio a imponerse frente a una determinada infracción cambiaria, a propósito de la modificación que se introdujo al Decreto 1092 de 1996, mediante el Decreto

1074 de 1999. Así, el planteamiento según el cual se debe verificar la fecha de notificación del pliego de cargos, sirve para efectos de que el operador jurídico defina si, a la luz de lo que resulte más favorable al investigado, aplica el régimen sancionatorio previsto en uno de los dos decretos mencionados; pero sin que tal discernimiento resulte extensivo a las normas sustanciales que tipifican la infracción administrativa”.

En Sentencia del 16 de octubre de 2014¹⁸: En el proceso en que se profirió esta sentencia se discutía la legalidad de unas resoluciones proferidas por la Superintendencia de Sociedades en las que se impuso a la parte actora una sanción por infringir el régimen de cambios establecido en el artículo 8º del Decreto 2080 de 2000, modificado por el artículo 4º del Decreto 1844 de 2003 y por el artículo 2º del Decreto 4474 de 2005, en concordancia con lo previsto en el punto 2 del numeral 7.2.8 y el numeral 7.2.4 de la Circular Reglamentaria Externa- DCIN- 83 de 21 de noviembre de 2003, expedida por el Banco de la República, al comprobar que era responsable por la omisión en el cumplimiento de los deberes de registrar la inversión suplementaria al capital asignado y de actualizar las cuentas patrimoniales a más tardar el 31 de marzo del año siguiente al fin del ejercicio social.

En este caso se invocó el principio de favorabilidad, con el objeto de que se aplicara el Decreto 4800 de 2010, norma que modificó el Decreto 2080 de 2000 y que, en criterio de la demandante, le resultaba más favorable, en tanto que amplió el plazo para el registro de la citada operación.

En esta oportunidad la Sala denegó la mencionada acusación señalando igualmente que conforme al criterio reiterado de esta Corporación *“tal principio no es aplicable en las infracciones cambiarias”* y en apoyo de dicha afirmación citó las consideraciones expuestas en el fallo del 10 de octubre de 2012.

Con posterioridad, en la Sentencia del **24 de septiembre de 2015**¹⁹, la **Sección Primera volvió a reconocer la procedencia del principio de favorabilidad en materia cambiaria**, aunque no lo aplicó en el caso concreto. En este caso se demandaron unas resoluciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que sancionaron con multa a una sociedad por infringir el régimen cambiario al no canalizar una operación de endeudamiento externo a través del mercado cambiario. La demandante en ese proceso solicitó en forma subsidiaria que, de no prosperar la

¹⁸ C.P. María Elizabeth García González.

¹⁹ C.P. María Claudia Rojas Lasso.

pretensión de nulidad de los actos acusados, se le sancionara de acuerdo con el artículo 3º numeral 5 del Decreto 2245 de 2011, norma que establece una sanción más favorable que la impuesta en tales actos.

La Sala en la sentencia citada negó esa pretensión, en razón a que “*el principio de favorabilidad en materia cambiaria sólo aplica si surge una sanción más benévola, por los mismo hechos, antes de notificarse el acto de formulación de cargos al infractor*”, y ello no ocurrió en dicho asunto. En este punto, se citaron las consideraciones de la Sentencia C-922 de 2001 de la Corte Constitucional.

5.3.1.2. Unificación del criterio jurisprudencial.

La anterior reseña de la evolución jurisprudencial pone en evidencia que hay dos posiciones distintas y enfrentadas sobre la procedencia de la aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria, razón por la cual se hace necesario que la Sección Primera unifique su jurisprudencia en torno a este tema.

Para el efecto tendrá en cuenta las siguientes consideraciones:

a.- La Constitución Política en su artículo 29 consagra como derecho fundamental el debido proceso y prevé que éste “*se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”, señalando, además, una serie de garantías y principios mediante los cuales dicho derecho se materializa, entre los que se encuentran el principio de legalidad de la falta y de la sanción, el principio de favorabilidad de la ley posterior, el principio de publicidad, el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, la presunción de inocencia, el principio de la doble instancia, el principio de *non bis in idem*, y la prohibición de la *reformatio in pejus*.

b.- La jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁰ ha señalado que el derecho al debido proceso, además de ser un derecho, está instituido en la Carta Política como uno de los pilares de nuestro Estado Social de Derecho, en la medida en que opera no sólo como una garantía para las libertades ciudadanas, sino como un contrapeso al poder del Estado, en particular al *derecho de sanción o ius puniendi* -reconocido a éste para reprimir las conductas consideradas contrarias a Derecho-, al someter

²⁰ Sentencias C-980 de 2010, C-331 de 2012 y C-034 de 2014, entre otras.

las actuaciones judiciales y administrativas a los procedimientos y requisitos previamente establecidos en la legislación, bajo el amparo del principio de legalidad.

En consideración a lo anterior, dicha corporación ha definido este derecho como “*el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia*”²¹.

c.- En el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración -modalidad de *ius puniendi* estatal- también deben operar las reglas propias del debido proceso.

En efecto, el Constituyente hizo extensivo el debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, de modo tal que las garantías mínimas del debido proceso penal resultan aplicables a las actuaciones administrativas sancionatorias, aunque en algunas situaciones particulares tal aplicación deba hacerse con ciertos matices, por tratarse de la protección de bienes jurídicos diferentes, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional²².

Ciertamente, aunque las dos son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, la potestad sancionatoria penal del Estado es distinta a la potestad sancionatoria administrativa: La potestad sancionatoria penal propende por la garantía del orden social en abstracto, tiene una finalidad principalmente retributiva -eventualmente correctiva o resocializadora- y se ocupa de manera prevalente de conductas que implican un alto grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos, por lo que puede dar lugar a sanciones tan severas como la privación de la libertad²³. La potestad sancionatoria administrativa, por su parte, busca garantizar primordialmente los principios constitucionales que gobiernan la función pública y cumplir los cometidos estatales, y para ello emplea sanciones por el incumplimiento de deberes, prohibiciones y mandatos preestablecidos, aunque no implica sanciones tan severas como la privación de la libertad, siendo la multa la sanción prototípica del derecho administrativo sancionatorio.

²¹ Sentencia C-980 de 2010.

²² Entre otras muchas, ver la Sentencias C-948 de 2002, C-769 de 2009, C-742 de 2010, C-713 de 2012, C-083 de 2015, C-699 de 2015 y C-135 de 2016.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 2010.

Estas diferencias suponen que exista en determinados aspectos del derecho administrativo sancionatorio una aplicación menos estricta de las reglas del debido proceso penal. Esa aplicación menos severa de las garantías del debido proceso se puede observar, por ejemplo, en la jurisprudencia constitucional sobre los principios de legalidad y tipicidad en materia administrativa sancionatoria, o sobre los principios de presunción de inocencia y culpabilidad²⁴.

En la jurisprudencia contencioso administrativa también se ha aceptado una aplicación más flexible del principio de reserva de ley en materia de tipificación de faltas administrativas, v.gr. en materia de servicios públicos domiciliarios o en asuntos de tránsito automotor²⁵.

Sin embargo, tal realidad no implica en modo alguno que en las actuaciones administrativas sancionatorias seguidas por la Administración no se apliquen las *garantías mínimas del debido proceso*, pues éste es un imperativo constitucional exigible en todos aquellos escenarios en que los ciudadanos puedan verse afectados por las actuaciones de las autoridades públicas, sean éstas judiciales o

²⁴ En la citada Sentencia C-742 de 2010, la Corte Constitucional precisó al respecto: “La Corte ha precisado que el principio de legalidad en el ámbito administrativo sancionatorio solamente exige la existencia de una norma con fuerza material de ley que contenga una descripción genérica de las conductas sancionables, sus tipos y las cuantías máximas de las sanciones, norma cuyo desarrollo puede ser remitido a actos administrativos expedidos por la administración; es decir, no se requiere que cada conducta sancionable esté tipificada de manera detallada en una norma de rango legal, como sí lo exige el derecho penal. El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio, por otra parte, no demanda una descripción pormenorizada de las conductas sancionables; permite recurrir a la prohibición, la advertencia y el deber, es decir, a descripciones más generales de las conductas sancionables. [...] Los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, de aplicación ineludible en el derecho penal, también adquieren otros matices en el derecho administrativo sancionatorio. [...] Como una manifestación de la atenuación de los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad, la jurisprudencia constitucional también ha avalado, de manera excepcional y en atención a las características de casos específicos, la existencia de regímenes”.

Ejemplo de la aplicación de este criterio lo constituye la Sentencia C-564 de 2000, en la que la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 3º del Decreto 1746 de 1991 (Por medio del cual se establece el Régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario a seguir por la Superintendencia de Control de Cambios), norma que prevé que “[l]as personas naturales y jurídicas que no sean intermediarios del mercado cambiario, que infrinjan el régimen cambiario, serán sancionados con la imposición de multa a favor del Tesoro Nacional hasta del 200% del monto de la infracción cambiaria comprobada”, y que “[l]a multa se graduará atendiendo las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción”, al considerar que “*la fórmula según la cual “[el] que infrinja el régimen de cambios”, sin señalar en qué consisten estas violaciones, por sí misma no puede considerarse contraria al principio de legalidad, específicamente en cuanto a la precisión en la descripción del hecho que genera la sanción, por cuanto si bien en la misma norma en que se establece la sanción, no se señala concretamente la conducta objeto de ésta, puede remitirse a otras en las se puedan describir estas conductas o hechos, preceptos que se convierten, entonces, en el fundamento de la sanción y que permiten determinar su contenido*”.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencias de 28 de agosto de 2014 (Expediente núm. 25000 23 24 000 2008 00369 01) y 18 de septiembre de 2014 (Expediente núm. 11001-0324-000-2013-00092-00), ambas con ponencia del Consejero de Estado, Guillermo Vargas Ayala.

administrativas²⁶. Por lo tanto, por regla general las garantías del debido proceso son aplicables en el derecho penal y en todas las demás manifestaciones del derecho sancionador, entre ellas, el derecho administrativo sancionatorio, aunque con distinta intensidad, en consideración a la naturaleza, objeto y fines de cada uno de tales regímenes, salvo en los casos en que el legislador haya consagrado expresamente alguna excepción, como sería por ejemplo en tratándose del derecho administrativo cambiario en el que se consagró un régimen de responsabilidad objetiva²⁷.

d.- Ahora bien, la Sala debe precisar que aunque en algunos casos el legislador ha ratificado expresamente la procedencia de los principios y garantías del debido proceso en actuaciones administrativas sancionatorias reconocidos por la Constitución Política (por ejemplo en los regímenes aduanero²⁸ y disciplinario²⁹), el hecho de que en otras materias no exista esa consagración expresa no significa que los distintos elementos que informan el debido proceso no sean aplicables en otros asuntos, pues, como antes se dijo, éste es un imperativo constitucional exigible en todas las actuaciones de las autoridades públicas que puedan afectar los derechos de los particulares.

e.- Entre las citadas garantías mínimas que integran el debido proceso se encuentra el principio de favorabilidad, en virtud del cual una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. La Corte Constitucional se refirió al concepto y alcance del principio de favorabilidad en materia disciplinaria e hizo las siguientes consideraciones que, *mutatis mutandi*, son aplicables también respecto de otras manifestaciones del derecho punitivo estatal:

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 083 de 2015.

²⁷ Los artículos 24 y 30 del Decreto 1092 de 1996 “*Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN*” prevén, respectivamente, que “[l]as pruebas se valorarán en su conjunto conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo la naturaleza administrativa de la infracción cambiaria, la índole objetiva de la responsabilidad correspondiente y los propósitos perseguidos por el Régimen de Cambios”, y que “[e]n todos los casos la responsabilidad resultante de la violación al régimen de Cambios es objetiva”.

²⁸ Decreto 2685 de 1999: “Artículo 520. Disposición más favorable. Si antes de que la autoridad aduanera emita el acto administrativo que decide de fondo, se expide una norma que favorezca al interesado, la autoridad aduanera deberá aplicarla obligatoriamente, aunque no se haya mencionado en la respuesta al Requerimiento Especial Aduanero.”

²⁹ Ley 734 de 2002 “Artículo 14. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.”

“En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta que dispone: *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa”* (art. 29, C.P.). El claro mandato que se incluye en la carta señala que, por regla general, la norma aplicable en un caso determinado es aquella que se encuentra vigente al momento de la comisión del hecho imputado, lo que en otros términos significa que los efectos de la norma jurídica no son retroactivos.

[...]

Ahora bien, el principio del que se viene hablando, aquél que prescribe que la ley aplicable a una situación fáctica es la vigente al momento de su acaecimiento, tiene como fin primordial la protección del principio de la seguridad jurídica, pilar fundamental del orden público. No obstante, **la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.**

La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. El artículo 29 de la Constitución Política ha consagrado dicho principio en los siguientes términos “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se mantiene el principio general de la aplicación inmediata. Así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional, uno de cuyos fallos se cita a continuación: “...la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal” (Sentencia C-619 de 2001)³⁰ (Negrillas ajenas al texto original)

³⁰ Sentencia C-181 de 2002.

Así mismo, la Corte Constitucional al abordar el tema de la favorabilidad desde la perspectiva del principio de legalidad precisó que “[como] la potestad sancionadora de la administración no es ajena a los principios que rigen el debido proceso en materia penal, concretamente a la exigencia de que una ley previa deberá determinar con claridad y precisión tanto la infracción como la pena que habrá de imponerse a quienes incurran en ella, es dable concluir que abolida una falta tienen que desaparecer los efectos sancionatorios que la misma estuviere produciendo”³¹.

La aplicación del principio de favorabilidad en materia cambiaria también ha sido reconocida expresamente por esa Corporación. En la Sentencia C- 010 de 2003, en la que se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 24 (parcial) y 30 del Decreto 1092 de 1996 (Por el cual se establece el Régimen Sancionatorio y el procedimiento Administrativo Cambiario a seguir por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN), precisó que “[...] la circunstancia de que las sanciones impuestas a los infractores del régimen cambiario excluyan la prueba de factores subjetivos propios de las conductas delictivas, como son el dolo y la culpa, no significa el desconocimiento del debido proceso, pues la imposición de las condignas sanciones no se hace de plano y sin procedimiento alguno sino previo el agotamiento de un debido proceso en el que la administración le debe demostrar al investigado la comisión de una infracción al estatuto de cambios, que de ser cierta conlleva la formulación de cargos al posible infractor con el fin de que una vez notificado de ella exponga las razones de su defensa”, y que **“en la aplicación de tales sanciones se deben respetar otros principios generales propios del derecho penal, como por ejemplo el principio de la legalidad nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege; o el principio de la favorabilidad, según el cual la ley posterior se aplica de preferencia a la ley anterior cuando es favorable al inculpado”**³².

Igualmente, en la Sentencia C-922 de 2001, a cuyos fundamentos se ha remitido esta Sala en algunas de sus providencias sobre la materia³³, la Corte consideró procedente la aplicación del principio de favorabilidad en la materia examinada y declaró exequible el artículo 2º del Decreto 1047 de 1999 (Por el cual se establece

³¹ Sentencia T-1087 de 2005.

³² Negrillas ajenas al texto original.

³³ Citadas en el numeral 5.3.1.1. de esta providencia, en el que se hizo un recorrido por la jurisprudencia de la Sección Primera en la materia estudiada.

el régimen sancionatorio aplicable a infracciones cambiarias en las materias de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN)³⁴, condicionado a que su aplicación se restrinja a las normas procedimentales que regulan los juicios de responsabilidad cambiaria, o que respecto de las normas sustanciales, se condicione su aplicación a que las infracciones del Régimen Sancionatorio Cambiario, cometidas bajo la vigencia del Decreto 1092 de 1996, sean sancionadas conforme a la norma *más favorable*, háyanse o no formulado cargos.

f.- Estas mismas consideraciones que hizo la Corte tratándose del régimen sancionatorio aplicable a infracciones cambiarias en las materias de competencia de la DIAN deben también ser aplicadas en los asuntos sancionatorios cambiarios de competencia de la Superintendencia de Sociedades, pues no existe razón alguna que justifique ese trato diferente. Lo contrario, claramente constituiría un agravio al principio constitucional de igualdad ante la ley³⁵.

g.- En el anterior contexto, en esta providencia la Sección Primera unifica su criterio en el sentido de señalar que el principio de favorabilidad es aplicable en las actuaciones administrativas dirigidas a sancionar las infracciones al régimen cambiario, por tratarse de una garantía mínima del debido proceso, el cual es un derecho constitucional fundamental que debe operar no solo en las actuaciones judiciales sino en *toda clase de actuaciones administrativas*.

5.3.1.3. El caso de la sociedad demandante.

La parte actora considera que los actos acusados vulneran el principio de favorabilidad, debido a que la Superintendencia de Sociedades le impuso una sanción que se encontraba vigente al momento de la conducta investigada pero que ya no existía cuando se profirió el Auto sancionatorio. En su criterio, este principio es procedente en materia cambiaria, pues ninguna norma prohíbe su aplicación en estos asuntos y, además, tal aplicación ha sido reconocida por la Corte

³⁴ Decreto 1047 de 1999 “Por el cual se establece el régimen sancionatorio aplicable a infracciones cambiarias en las materias de competencia de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN”: “Artículo 2°. Régimen transitorio. Los procedimientos administrativos cambiarios adelantados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales en los cuales se haya proferido y notificado acto de formulación de cargos a los presuntos infractores con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto, continuarán tramitándose hasta su culminación conforme a lo previsto en el Decreto-ley 1092 de 1996”.

³⁵ Constitución Política, art. 13.

Constitucional en la Sentencia C-922 de 2001, cuyas consideraciones no pueden desestimarse.

Al respecto, la Sala precisa lo siguiente:

a.- Para las fechas en que la Superintendencia de Sociedades abrió la investigación cambiaria y formuló pliego de cargos a la demandante (22 de abril y 20 de septiembre de 2010, respectivamente), el artículo 8º literal c) punto iv) del **Decreto 2080 de 2000** “Por el cual se expide el Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior” -*norma cuyo desconocimiento implicó la infracción cambiaria sancionada*- disponía:

“Artículo 8. <Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 4474 de 2005. El nuevo texto es el siguiente:> **El inversionista de capital del exterior, o quien represente sus intereses, deberá registrar las inversiones iniciales o adicionales en el Banco de la República de acuerdo con el procedimiento que establezca dicha entidad y conforme a los siguientes términos:**

a) <Literal modificado por el artículo 1 del Decreto 2603 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Las inversiones directas y las inversiones de portafolio en divisas se registrarán con la presentación de la declaración de cambio correspondiente a su canalización a través del mercado cambiario.

Se exceptúan de lo dispuesto en este literal las inversiones en divisas de que tratan los ordinales ii) y iv) del literal a) del artículo 3o de este decreto³⁶, los cuales se sujetan al literal c) del presente artículo.

[...]

c) <Literal modificado por el artículo 2 del Decreto 2603 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Las inversiones directas en otras modalidades distintas de las señaladas en los literales anteriores se registrarán una vez se presente la solicitud correspondiente y se acredite el cumplimiento de los requisitos señalados en este decreto y en la reglamentación del Banco de

³⁶ “Artículo 3. Son inversiones de capital del exterior la inversión directa y la inversión de portafolio.

a) Se considera inversión directa:

[...]

ii) <Ordinal modificado por el artículo 1 del Decreto 1844 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> **La adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos mediante contrato de fiducia mercantil bien sea como medio para desarrollar una empresa** o para la compra, venta y administración de participaciones en empresas que no estén registradas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.

[...]

iv) los aportes que realice el inversionista mediante actos o contratos, tales como los de colaboración, concesión, servicios de administración, licencia o aquellos que impliquen transferencia de tecnología, cuando ello no represente una participación en una sociedad y las rentas que genere la inversión para su titular dependan de las utilidades de la empresa;

[...]” (Se destaca)

b) Se considera inversión de portafolio la inversión en acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones y otros valores inscritos en el registro nacional de valores, de acuerdo con lo establecido en el título III, capítulo III de este decreto. [...]

la República. **La solicitud deberá presentarse dentro de un plazo de tres (3) meses contado a partir de:**

[...]

iv) La fecha de la presentación de la declaración de cambio correspondiente a su canalización a través del mercado cambiario en el caso de inversiones en divisas destinadas a la adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos mediante contrato de fiducia mercantil, de que trata el presente decreto;

[...]” (Negrillas agregadas)

Por su parte, el numeral 7.2.3. punto 1 literal a) de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del 21 de noviembre de 2003 del Banco de la República *–norma concordada en los actos acusados con la antes citada–*, disponía para la época antes mencionada lo siguiente:

“7. INVERSIONES INTERNACIONALES

[...]

7.2. REGISTRO DE LAS INVERSIONES DE CAPITAL DEL EXTERIOR EN COLOMBIA

[...]

7.2.1. Registro automático con la presentación de la declaración de cambio por inversiones internacionales (Formulario No. 4)

Directa y de Portafolio - Divisas (Formulario No. 4).

El registro de las inversiones directas y de portafolio se realizará por el inversionista, su apoderado o quien represente sus intereses, con la presentación de la declaración de cambio por inversiones internacionales (Formulario No. 4) a los intermediarios del mercado cambiario. En el caso de canalización a través de las cuentas corrientes de compensación se entienden registradas con el abono en la cuenta y la elaboración de la respectiva declaración de cambio.

[...]

7.2.3. Registro con demostración del cumplimiento de los requisitos de inversión (Formulario No. 11)

La solicitud de registro deberá presentarse por el inversionista, su apoderado o quien represente sus intereses al Departamento de Cambios Internacionales del Banco de la República con el Formulario No. 11 “Registro de inversiones internacionales”, debidamente diligenciado y acompañado de los respectivos documentos.

El registro se realizará una vez se presente la solicitud correspondiente y el Banco de la República establezca el cumplimiento de los requisitos señalados en el Decreto 2080 de 2000 y sus modificaciones y en esta circular.

El plazo para solicitar el registro es de tres (3) meses contados a partir de las fechas que se indican a continuación, según la clase o modalidad del aporte. A solicitud del interesado este plazo podrá ser prorrogado hasta por un término que no exceda tres (3) meses, siempre y

cuando se solicite antes del vencimiento del plazo de registro, de acuerdo con lo dispuesto en el punto 7.2.6. de esta circular.

Este registro aplica para las inversiones en patrimonios autónomos, aportes en especie (tangibles e intangibles), actos o contratos sin participación en el capital y para las realizadas con recursos en moneda nacional provenientes de operaciones locales de crédito celebradas con establecimientos de crédito. Igualmente, aplica para el registro de inversión extranjera en inmuebles de que trata el inciso 3 o del artículo 3° Régimen transitorio, del Decreto 2603 del 13 de julio de 2009, cualquiera que sea la modalidad de aporte.

El procedimiento de registro será el siguiente:

1. Patrimonios autónomos e inmuebles:

a. Patrimonios autónomos: El término para solicitar el registro es de tres (3) meses contados a partir de la fecha de la declaración de cambio por Inversiones Internacionales (Formulario No. 4).

La inversión extranjera directa de que trata el artículo 3, literal a), ordinal ii), del Decreto 2080 de 2000, solo podrá ser sujeta de registro cuando se utilice como mecanismo transitorio previo a la constitución de una sociedad o para la compra, venta y administración de participaciones en empresas que no estén registradas en el Registro Nacional de Valores y Emisores.

No podrá utilizarse este mecanismo para ningún otro fin incluida la inversión de capital del exterior de portafolio.

Al Formulario No, 11 “Registro de inversiones internacionales”, se deberá adjuntar el certificado emitido por el representante legal de la entidad fiduciaria en el que conste que la adquisición de derechos en patrimonios autónomos es para el fin previsto en este literal.

La nueva sociedad receptora de la inversión deberá constituirse antes del 30 de junio del año siguiente al de la realización del primer registro de la inversión en el patrimonio autónomo”. (Negrillas ajenas al texto original)

De conformidad con la normativa citada, las inversiones de capital exterior efectuadas en patrimonios autónomos (constituidos a través de contratos de fiducia) como medio para la constitución de una nueva sociedad, son consideradas inversiones directas y deben ser registradas en el Banco de la República de acuerdo con el procedimiento establecido por esta entidad, el cual indica que tal registro debe efectuarse dentro de un plazo de tres (3) meses contado a partir de la fecha de la presentación de la declaración de cambio correspondiente a su canalización a través del mercado cambiario, diligenciando para el efecto, además del Formulario No. 4 (declaración de cambio por inversiones internacionales), el Formulario No. 11 (registro con demostración del cumplimiento de los requisitos de inversión) de que

trata el Punto 7 de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del 21 de noviembre de 2003 del Banco de la República.

b.- Con posterioridad, se expidió el **Decreto 4800 del 29 de diciembre de 2010** que modificó, entre otras normas, el artículo 8º del Decreto 2080 de 2010. El Decreto 4800 de 2010 prevé lo siguiente:

“Artículo 4. **El artículo 8 del Decreto 2080 de 2000, quedará así:**

“Artículo 8. Registro. **El inversionista de capital del exterior, o quien represente sus intereses, deberá registrar las inversiones iniciales o adicionales en el Banco de la República de acuerdo con el procedimiento que establezca esta entidad y conforme a los siguientes términos:**

a) Las inversiones directas y las inversiones de portafolio en divisas se registrarán con la presentación de la declaración de cambio correspondiente a su canalización a través del mercado cambiario.

b) En el caso de las inversiones de capital del exterior de portafolio, los pagos asociados a las mismas podrán ser objeto de neteo (sic), sin perjuicio de que las inversiones deban registrarse por su monto total, en los plazos y condiciones que establezca el Banco de la República.

El Banco de la República podrá establecer los plazos y condiciones del registro de la inversión extranjera que se realice con ocasión de la implementación o funcionamiento de carteras colectivas bursátiles locales o extranjeras, denominadas internacionalmente como “Exchange Traded Funds - ETF's-”, y de programas sobre certificados de depósitos negociables representativos de valores, incluido el registro de las operaciones de inversión extranjera necesarias para la constitución y redención de los valores o participaciones emitidos por las mencionadas carteras o por dichos programas.

c) Las demás modalidades de inversión de capital del exterior se registrarán dentro de un plazo máximo de doce (12) meses contados a partir del momento en que se efectúe la inversión. Este registro se hará en los términos y condiciones que establezca el Banco de la República.

[...]

El Decreto 4800 de 2010, conforme a su artículo 12, rige a partir de la fecha de su publicación, la cual se realizó en el Diario Oficial No. 47.937 del 29 de diciembre de 2010.

Con ocasión de la expedición del Decreto 4800 del 29 de diciembre de 2010, se reemplaza en su totalidad el Punto 7 de la Circular Reglamentaria Externa DCIN-83 del 21 de noviembre de 2003, que contiene los procedimientos para efectuar la canalización de las divisas y el registro de las inversiones extranjeras directa y de

portafolio, inversiones colombianas en el exterior y las inversiones financieras y en activos en el exterior, conforme aparece en el Boletín 004 del 28 de enero de 2011 del Banco de la República³⁷. Se lee en esta Circular, en su nueva versión, lo siguiente:

“7. INVERSIONES INTERNACIONALES

[...]

7.2. INVERSIONES DE CAPITAL DEL EXTERIOR EN COLOMBIA

7.2.1. Inversión Directa 7.2.1.1. Modalidad Divisas - Registro Automático.

Las inversiones directas efectuadas en divisas se entenderán registradas con la presentación de la declaración de cambio por inversiones internacionales (Formulario No. 4). En el caso de canalización a través de las cuentas de compensación se entienden registradas con el abono en la cuenta y la elaboración de la respectiva declaración de cambio. Cuando la canalización de las divisas se realice a través de los intermediarios del mercado cambiario, la fecha del registro corresponde a la fecha de la declaración de cambio que se presente ante los intermediarios.

Cuando la canalización se realice a través de cuentas de compensación, la fecha del registro es la del día del abono en la cuenta de compensación. La incorporación del registro en las bases de datos del Banco de la República se efectuará cuando la declaración de cambio por inversiones internacionales (Formulario No. 4) se transmita, vía electrónica, por parte de los intermediarios del mercado cambiario o los titulares de cuentas de compensación. En este último caso, la información deberá transmitirse conforme al procedimiento señalado en el numeral 8.4.1. de esta circular. [...]" (Negrillas no originales)

Según se observa, con la modificación introducida por el Decreto 4800 del **29 de diciembre de 2010** se eliminaron las excepciones previstas en el literal a) del artículo 8º del Decreto 2080 de 2000 que se regían por lo dispuesto en el literal c) de esa misma disposición (excepciones referidas al registro de unas inversiones, entre ellas, la *inversión directa en la modalidad de patrimonio autónomo*), de forma tal que toda inversión directa, **en cualquier modalidad**, se entiende registrada con la sola presentación de la declaración de cambio correspondiente a su canalización a través del mercado cambiario, sin requerirse formulario adicional al número 4, como antes ocurría.

³⁷ http://www.banrep.gov.co/sites/default/files/reglamentacion/archivos/Boletin_2011_4.pdf.

c.- **Esta modificación normativa** se adoptó luego de proferirse en este asunto el Auto de Cargos (de fecha 20 de septiembre de 2010) pero **con anterioridad a la fecha en que la Superintendencia de Sociedades decidió la investigación administrativa cambiaria** a través de la Resolución número 230-0124470 del **2 de agosto de 2011** proferida por la Coordinadora del Grupo de Inversión y Deuda Externa de esa entidad³⁸, en la que sancionó a la sociedad inversionista extranjera GRUPO MCM S.A. DE CV con una multa de \$342.692.400.00.

De esta forma, cuando se impuso la sanción a la demandante la conducta por la cual fue sancionada, esto es, el registro extemporáneo de la operación de inversión extranjera mediante la presentación del Formulario No. 11, no constituía infracción cambiaria, aunque sí lo era cuando se presentó dicha circunstancia, esto es, para el mes de octubre de 2008.

d- En el anterior contexto, encuentra la Sala que la Superintendencia de Sociedades desconoció lo dispuesto en el artículo 29 de la C.P. al no aplicar el principio de favorabilidad en la actuación administrativa sancionatoria que adelantó contra la sociedad GRUPO MCM S.A. DE C.V., puesto que para la fecha en que le impuso la sanción de multa demandada el registro extemporáneo de la operación de inversión extranjera que realizó no constituía una infracción cambiaria a la luz de lo reglado en el Decreto 4800 de 2010, norma que modificó el Decreto 2080 de 2000 y que le debió aplicar por serle más favorable.

Por consiguiente, la acusación examinada tiene vocación de prosperidad.

5.3.2. El otro cargo de nulidad:

La prosperidad del primer cargo de nulidad analizado releva a la Sala de abordar el estudio de esta acusación.

5.4. Costas procesales:

En relación con las costas del proceso prevé el artículo 188 del CPACA lo siguiente:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en

³⁸ Folios 115 a 124.

costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Frente a la interpretación de esta disposición, esta Sala ha sostenido que “[s]i bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales”³⁹.

Lo anterior implica, entonces, tomar en consideración que según lo dispuesto por el artículo 365 del CGP, norma en la cual el legislador estableció pautas específicas relevantes en materia de costas. La primera de ellas, que “[s]e condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”. Previsión respecto de la cual la Corte Constitucional manifestó que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 365 CGP, la condena en costas “no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto”⁴⁰.

En relación con este modelo objetivo de condena a la parte vencida derivado de las normas del CPACA y el CGP, la jurisprudencia de esta Corporación ha expresado que frente al régimen de costas vigente se puede concluir lo siguiente:

- a) “El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de abril de 2015. Rad. No. 25000-23-24-000-2012-00446-01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2013.

comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

...

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁴¹, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia⁴².

Así las cosas, aun cuando en el expediente no aparece prueba alguna de la causación de gastos procesales, es manifiesto que al menos la compañía GRUPO MCM S.A. DE C.V. incurrió en la contratación de una profesional del derecho para que promoviera la demanda y representara sus intereses en el proceso. Por ende, teniendo en cuenta que el concepto de costas incluye las agencias en derecho, que corresponden justamente a los gastos derivados del apoderamiento judicial que ocasiona un juicio, concluye la Sala que en el asunto *sub examine* hay lugar a imponer una condena en costas en contra de la entidad demandada, pues fue vencida y está acreditado que la parte actora incurrió en gastos por concepto de agencias en derecho.

5.5.- Conclusión.

En el anterior contexto, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar, declarará la nulidad de las resoluciones demandadas y, a título de restablecimiento del derecho, se declarará que no hay lugar al pago de la multa ordenada en dicho actos administrativos. Así mismo, condenará en costas a la entidad demandada, conforme a lo expresado previamente.

⁴¹ “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]”

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 7 de abril de 2016, Rad. No. 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14). C.P.: William Hernández Gómez.

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

FALLA

PRIMERO: UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA de la Sección Primera del Consejo de Estado, en el sentido de señalar que el principio de favorabilidad es aplicable en las actuaciones administrativas dirigidas a sancionar las infracciones al régimen cambiario.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia apelada de fecha 19 de diciembre de 2014 y, su lugar,

a) DECLARAR LA NULIDAD de las Resoluciones números 230-012470 del 2 de agosto de 2011 y 230-004534 del 24 de agosto de 2012, por las cuales se impone una multa por valor de \$342.692.400 por la comisión de una infracción cambiaria y se confirma dicha decisión, respectivamente, expedidas por la Superintendencia de Sociedades.

b) A título de restablecimiento del derecho, **DECLARAR** que no hay lugar al pago de la multa ordenada en los actos declarados nulos.

c) CONDENAR en costas a la parte demandada, las cuales se liquidarán por el Tribunal de primera instancia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del CGP.

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA