

FACULTAD SANCIONATORIA – Caducidad. Interpretación del artículo 38 del Código Contencioso. No aplicación de concepto del Consejo de Estado / CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA – Los tres años se cuentan desde la fecha en que se produjo el acto que ocasionó la sanción hasta la notificación del acto que la impone / NOTIFICACION DEL ACTO SANCIONATORIO – Determina la caducidad. Aplicación de criterio de Sala Plena. Unificación jurisprudencial

En relación con la interpretación que se le debe dar a esta norma, se han planteado tres tesis, a saber: Una primera posición, se refiere a que se entiende ejercida la potestad sancionatoria cuando se expide el acto administrativo primigenio, es decir, el acto que resuelve el fondo del asunto (resolución que impone la sanción). Una posición intermedia, es aquella según la cual, además de expedirse el acto administrativo definitivo (primigenio), éste debe haberse notificado dentro del término de caducidad. Una última posición, es aquella que predica que además de haberse proferido y notificado el acto primigenio, se deben haber resuelto los recursos interpuestos, y notificado las decisiones sobre éstos. En este caso, encuentra la Sala que el *a quo* le dio aplicación a la tercera tesis, basado en el concepto de 25 de mayo de 2005, emanado de la Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Enrique Arboleda Perdomo; posición de la que se discrepa, por las razones que pasan a explicarse: En primer término, es del caso señalar que esta Sección ha sido enfática en sostener que el término de los tres años previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo se debe contabilizar desde la fecha en que se produjo el acto que ocasiona la sanción, hasta la notificación del acto administrativo que la impone, independientemente de la interposición de los recursos en la vía gubernativa. Esto quiere decir, que es la notificación del acto administrativo sancionatorio la que permite establecer si la Administración actuó antes de que operara la caducidad de la facultad sancionatoria. Tesis que coincide con lo expuesto en el pronunciamiento de la Sala Plena de esta Corporación, en el que, ante la importancia jurídica del tema de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, y la necesidad de unificación jurisprudencial sobre el mismo, se analizó el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Administración en un proceso disciplinario.

ACTO QUE IMPONE LA SANCION – Expresa la voluntad de la administración / SUPERINTENDENCIA BANCARIA – Facultad sancionatoria. Tres años para imponer la sanción

Se consideró que la tesis que debe imperar “es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración” (Se subraya). Predicamento que bien se puede hacer en relación con la actuación que ocupa la atención de la Sala, en razón a que es en el acto que se impone la sanción, y no en el que se resuelve el recurso interpuesto, que se concreta la expresión de la voluntad de la Administración. Entonces, conforme al artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Financiera), contaba con el término de tres años para ejercer la facultad sancionatoria. Es decir, tenía hasta el 30 de junio de 2003 para proferir y notificar el acto mediante el cual se impuso la sanción (acto primigenio). Así pues, como quiera que la sanción al Instituto de Fomento Industrial fue impuesta el 17 de febrero de 2003, mediante la Resolución 0149, notificada personalmente al Representante Legal del IFI el 25 de febrero del mismo año (fl. 92 c.a. 1), se concluye que la facultad sancionatoria de la

Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) no había caducado, razón por la cual, no se ajustó a derecho la decisión del Tribunal que anuló la sanción por caducidad de la facultad sancionatoria, por lo que, le asiste razón a la parte apelante en sus apreciaciones.

COMPETENCIA DEL SUPERIOR – Determinación / POSICION PROPIA DE LOS INTERMEDIARIOS DEL MERCADO CAMBIARIO – Definición / INTERMEDIARIOS DEL MERCADO CAMBIARIO – Obligaciones. Ajuste del nivel de posición propia / POSICION PROPIA – Ajuste por parte de los intermediarios del mercado cambiario. Sanción por exceso o defecto / INTERMEDIARIOS DEL MERCADO CAMBIARIO – Deben hacer los ajustes de la posición propia. Término para hacerlo

La Sala observa que en los términos del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil la competencia del superior se encuentra enmarcada por las pretensiones y argumentos expuestos por el recurrente en contra de la decisión de primera instancia, por lo que, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por la parte apelante, se excluyen del debate en la segunda instancia. La posición propia de los intermediarios del mercado cambiario está definida en el artículo 1° de la Resolución 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República como “la diferencia entre todos los derechos y obligaciones denominados en moneda extranjera registrados dentro y fuera del balance, realizados o contingentes, incluyendo aquellos que sean liquidables en moneda legal colombiana.” los intermediarios del mercado cambiario deben: (i) determinar diariamente el nivel de su posición propia e informarlo a la Subgerencia Monetaria y de Reservas del Banco de la República al cierre diario, y (ii) informar por escrito cada semana al Banco de la República el nivel diario de su posición propia y el monto al cierre de cada mes de las diferentes cuentas que se incluyen para el cálculo de su posición propia (art. 4). En caso de exceso o defecto sobre los límites máximos y mínimos de posición propia en moneda extranjera, el intermediario del mercado cambiario deberá ajustarse a dichos límites el día hábil inmediatamente siguiente a la fecha en que se produzca el exceso o defecto (art. 5). En el evento en el que no se ajuste el nivel de posición propia a los límites señalados, dentro de los plazos establecidos en la prenotada resolución, habrá lugar a la sanción por el exceso o por el defecto con multa a favor del Tesoro Nacional equivalente a la establecida para el desencaje de los establecimientos bancarios (art. 6); es decir, sobre tales defectos, el 3.5% sobre el total de los días calendario del respectivo mes. Con fundamento en el anterior marco normativo, concluye la Sala que el control de posición propia, debe ser realizada por los intermediarios del mercado cambiario en forma diaria, de tal manera que, si se llegaren a presentar excesos o defectos sobre los límites establecidos por la Junta Directiva del Banco de la República, los ajustes correspondientes deben realizarse al día hábil siguiente a la ocurrencia del hecho.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 357

INTERMEDIARIOS DEL MERCADO CAMBIARIO – Cuando están en proceso de fortalecimiento patrimonial pueden ajustar la posición propia lo que dure el proceso. Principio de favorabilidad / CONTRAVENCIONES ADMINISTRATIVAS - Cuando se cometen en vigencia de la normatividad antigua pueden ser sancionados conforme a normas posteriores cuando sean mas favorables / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS - Tiene aplicación como expresión del principio del debido proceso

Como se puede apreciar, el artículo 2º de la Resolución Externa 10 de 2000 establece el procedimiento a seguir para ajustar la posición propia de aquellos intermediarios del mercado cambiario que presenten excesos o defectos como consecuencia del castigo y provisión de sus activos adelantados dentro del proceso de capitalización y fortalecimiento patrimonial; resolución que, aún cuando entró a regir el 5 de julio de 2000, es decir, con posterioridad al período en el que la Superintendencia Bancaria detectó los defectos de posición propia objeto de sanción (abril, mayo y junio de 2000), bien puede ser aplicable al caso concreto, porque lo cierto es que, conforme al documento CONPES 3059 de 6 de diciembre de 1999 y a la Ley 550 de 1999, el IFI fue objeto de un proceso de fortalecimiento patrimonial y de capitalización que ameritó una serie de ajustes a su balance. En efecto, la facultad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria- está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales. Es por ello, que la Corte Constitucional ha dicho que toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una actividad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. Por consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento, deben necesariamente hacerse extensivos a todas las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia. Es decir, que contrario a lo dicho por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), en casos como el presente, sí es procedente dar aplicación al principio de favorabilidad. Cabe señalar que, en este caso, la favorabilidad radica en el término con que cuenta el intermediario del mercado cambiario para ajustarse a los límites de posición propia fijados por la Junta Directiva del Banco de la República, lo que redundaría en la aplicación de la sanción por el exceso o defecto en el nivel de posición propia. Así, como quiera que en el *sub júdice*, para la fecha en que se emitió el pronunciamiento de fondo (Resolución 0149 de 17 de febrero de 2003), la disposición más favorable al IFI se encontraba vigente (Resolución Externa 10 de 2000), para la Sala, la sanción impuesta en los actos demandados no resulta procedente, no porque hubiese disminuido o desaparecido la misma, sino porque, no se configuraban los supuestos de hecho para su procedencia, dado que, el IFI contaba con un término, superior a un día, para ajustar los límites de posición propia detectados por la Superintendencia Bancaria.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejera ponente: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil doce (2012)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00030-01(17439)

Actor: INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL -IFI- EN LIQUIDACIÓN

Demandado: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

FALLO

Se decide el recuso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 17 de abril de 2008, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", decretó la nulidad de los actos administrativos demandados, dentro del juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el Instituto de Fomento Industrial –IFI- en liquidación contra la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera). En dicha providencia se decidió:

"PRIMERO. DECRÉTASE LA NULIDAD de las Resoluciones 0149 de febrero 17 de 2003 y 0795 de agosto 5 de 2003, proferidas por la Superintendencia Bancaria de Colombia, que le impusieron al **INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL – IFI** tres multas cuya cuantía ascendió a la suma de \$8.379'572.077.

SEGUNDO. A título de restablecimiento del derecho de la actora, **SE DECLARA** que el **INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL –IFI en liquidación** no está obligado al pago de las multas impuestas en las Resoluciones aludidas en el numeral anterior.

TERCERO. SIN COSTAS, por la actuación probada de las partes.

CUARTO. ARCHÍVESE, previa ejecutoria." (fls. 369-400).

ANTECEDENTES

Mediante la Resolución No. 0149 de 17 de febrero de 2003, la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera), le impuso multa al Instituto de Fomento Industrial por la suma total de \$8.379.572.077, que se discrimina de la siguiente manera: \$607.163.180, \$4.229.890.920 y \$3.542.517.977, por los defectos de posición propia en moneda extranjera presentados en los meses de abril, mayo y junio del año 2000, respectivamente (fls. 104-119 c.p. 1).

Contra la anterior decisión el Instituto de Fomento Industrial –IFI- interpuso recurso de apelación, el cual fue desatado por medio de la Resolución No. 0795 de 5 de agosto de 2003, mediante la cual se confirmó el acto que impuso la sanción (fls. 120-147 c.p. 1).

LA DEMANDA

La actora, en ejercicio de la acción establecida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, pretende se declare la nulidad de las resoluciones Nos. 0149 de 17 de febrero de 2003 y 0795 de 5 de agosto de 2003, ambas

proferidas por la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera). Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita: (i) se le exima del pago de la multa impuesta en los actos administrativos demandados o (ii) de manera subsidiaria, “*se declare la nulidad de la decisión impugnada, en cuanto al valor de la multa y, en consecuencia ésta sea reemplazada por un llamado de atención o por lo menos reducida de manera sustancial.*” (fl. 2).

La demandante no cita de manera puntual las normas que considera han sido vulneradas con la actuación de la entidad demandada; sin embargo, *in extenso*, presenta varios cargos de ilegalidad, los cuales se resumen a continuación (fls. 2-30):

Expone que la Superintendencia Bancaria incurrió en falsa motivación y violación a la ley, al imputarle al IFI la responsabilidad por la ocurrencia de unos hechos que surgieron como consecuencia de la decisión de un tercero, si se tiene en cuenta que el defecto objeto de sanción obedeció a una directriz de política económica del Gobierno Nacional, contenida en el documento CONPES 3059 de 1999, y a la expedición de la Ley 550 de 1999, mediante la cual se le ordenó al Gobierno Nacional la capitalización del IFI en la suma de \$300 mil millones de pesos.

Manifiesta que para la Superintendencia, lo mismo que para el IFI, resulta claro que la ley y el Gobierno Nacional habían resuelto que se hiciera la capitalización, y que la decisión de utilizar la resolución 6 de Fogafin para adelantar el saneamiento patrimonial del IFI, significaba la mejor opción para lograr el destino de los recursos y el cumplimiento de la finalidad prevista en la ley.

Aclara que en el Decreto 751 de 2000 se señaló como única condición para llevar a cabo la capitalización, que ésta se realizara una vez se surta el proceso de saneamiento del IFI. Saneamiento cuyos términos fueron adoptados por el mismo Fogafin, con la colaboración de la Superintendencia Bancaria.

Sostiene que los castigos contables que llevaron al defecto que se sanciona, fueron el resultado del estricto cumplimiento del saneamiento ordenado en el citado decreto, como condición para cumplir la ley; la cual, tiene aplicación prevalente por expresa disposición legal (art. 79), con lo que, cualquier otra norma con la que entre en conflicto, debe entenderse inaplicable.

Destaca que la Superintendencia Bancaria concuerda con gran parte de los planteamientos que se han hecho hasta ahora, pero, sostiene que “*algo*” se debió hacer para evitar el defecto, omitiendo referirse o describir qué fue lo que se debió hacer.

Precisa que para proceder al saneamiento, Fogafin y la Superintendencia Bancaria coincidieron en la necesidad de atender los parámetros de la Resolución 10 de Fogafin. En relación con la aplicabilidad de la citada Resolución agrega que, en opinión del Banco de la República, podía ser usada por entidades que a la fecha de la Resolución se encontraran adelantando medidas de recuperación patrimonial, en ejecución de un programa con Fogafin, lo cual debió cubrir los defectos del IFI, ya que de acuerdo con el Convenio firmado entre Fogafin y el IFI, para la fecha en que entró en vigencia la Resolución 10, la actora efectivamente estaba ejecutando un programa con ese Fondo.

Sostiene que la demora de la Superintendencia en pronunciarse en relación con el plan de ajuste, pone en evidencia que la aplicación de la normativa anterior a la Resolución 10 no era lo suficientemente clara, por lo que es preciso acoger la interpretación más favorable para concluir que esa duda debía resolverse a favor de la actora y que a la luz de la Resolución 10 no debía ser sancionada.

Además de lo anterior, recalca que la Superintendencia, auditó los estados financieros del IFI, y señaló exactamente cuáles rubros y en qué cuantías deberían afectarse. De esta manera, y al hacerse los ajustes, el IFI quedó presentando el defecto que ahora es objeto de sanción.

Señala que la operación de capitalización del IFI hecha con el propósito específico de que se pudiera cumplir con lo que se ofreció a los empresarios en el artículo 47 de la Ley 550 de 1999, no formaba parte de las operaciones regulares de una corporación financiera, y en esa medida, no debió haberse regido por las operaciones para este tipo de intermediario. Por el contrario, si esa capitalización resultaba ser característica de las operaciones de banca de fomento, lo natural y lógico es que la misma se rigiera por las previsiones especiales.

En gracia de discusión, y en el evento en el que se hubiese presentado el defecto en cuestión, afirma que el mismo no es sancionable, en la medida en que es el

resultado de una fuerza mayor, en los términos previstos en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890.

Por otra parte, asegura que el defecto que se sanciona es el resultado de la inactividad de la Superintendencia Bancaria, y que una de las causas para que ocurriera es atribuible al tiempo que la entidad se tomó para dar respuesta al plan de ajuste que legalmente presentó el IFI.

Alega que en este caso operó la caducidad de la acción sancionatoria, ya sea que se aplique el Código Contencioso Administrativo o el artículo 208 de la Ley 795 de 2003, que establecen que la capacidad de sancionar caducará en el término de tres (3) años.

Al respecto, precisa que la jurisprudencia unificada de la Sección Primera del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que la posición correcta es aquella que señala la necesidad de la notificación de los actos posteriores integrantes de la vía gubernativa¹, para tener por interrumpido el término de caducidad de la acción sancionatoria.

Finalmente, y en lo que tiene que ver con la pretensión subsidiaria, asevera que la multa impuesta resulta desproporcionada, si se tiene en cuenta la gravedad del hecho y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el caso concreto.

LA OPOSICIÓN

El apoderado de la parte demandada se opone a las pretensiones de la demanda (fls. 173-252). Expone los siguientes argumentos:

La entidad demandante ha aceptado que incurrió en los defectos de posición propia en moneda extranjera por los meses de abril, mayo y junio de 2000, lo que constituye una confesión.

Explica que los mecanismos propuestos por las distintas entidades estatales no provocaron ni pretendían provocar deterioro patrimonial al IFI, pues éste venía de tiempo atrás, es decir, antecedió a las medidas propuestas por la Ley 550 de 1999, al Decreto 751 de 2000 y a la participación de la Superintendencia Bancaria en el curso del proceso de capitalización. Circunstancias que ponen de manifiesto

¹ En este sentido ver la sentencia de 20 de agosto de 1998, expediente No. 4958, C.P. Dr. Juan Alberto Polo.

que el IFI conocía de su situación de deterioro patrimonial y debió anticiparse a dicho evento.

Menciona que dentro del proceso de capitalización dispuesto por la Ley 550 de 1999 y la decisión del CONPES 3059 del mismo año, la Superintendencia se limitó a informar al IFI las cuentas que se debían afectar para el efectivo saneamiento de los estados financieros, de lo que se desprende que su actuación se limitó con exclusividad a este fin.

En este sentido, señala que ni el artículo 50 de la Ley 550 de 1999 ni el documento CONPES precisaron las condiciones de modo y tiempo en que debía llevarse a cabo la capitalización del IFI y, en ese contexto, la Superintendencia Bancaria propuso, más no ordenó, los ajustes mínimos para cumplir las exigencias de la Resolución No. 06 de 1999 de Fogafin. Evento que se puede corroborar con la simple lectura del oficio No. 2000026437-0 de 4 de abril de 2000.

Agrega que la labor que adelantó esa superintendencia respecto del IFI no podía extenderse al punto de convalidar actuaciones de su parte, contrarias a los preceptos jurídicos existentes, siendo una carga del IFI, como profesional financiero que fue, anticiparse a las consecuencias jurídicas del saneamiento, debiendo incluso, adoptar una conducta más diligente acorde con su situación.

Puntualiza que la sanción que se impuso en los actos demandados se fundó en la norma vigente para la época de los hechos (Resolución Externa No. 5 de 1999 de la Junta Directiva del Banco de la República), y recalca que en este caso no resulta aplicable la Resolución Externa No. 10 de 2000, que contiene una nueva regulación cambiaria, dado que, ésta entró a regir el 5 de julio de ese mismo año, es decir, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos objeto de sanción.

Agrega que la jurisprudencia de esta jurisdicción ha sido reiterada en negar la aplicación de los principios y postulados del derecho penal y en particular el principio de favorabilidad al campo de las actuaciones administrativas.

Subraya que las normas que enmarcaron el proceso de capitalización del IFI no contenían ninguna disposición con fuerza de ley que reformara o suspendiera para el IFI la aplicación del control de ley de posición propia en moneda extranjera.

Afirma que el IFI contaba con alternativas para evitar incurrir en la irregularidad que fue sancionada; así pues, bien pudo haberse consultado el caso particular ante el Banco de la República, o efectuado las operaciones pertinentes para equilibrar la relación entre activos y pasivos en relación con el patrimonio técnico.

Predica que la Ley 31 de 1992 le ha atribuido a la Junta Directiva del Banco de la República la facultad de regulación en materia cambiaria, por lo que las disposiciones de esa Junta que establecen las sanciones para las entidades que no se ajusten el nivel de posición propia de los límites previstos, no pueden ser obviadas. Además de lo anterior, enuncia que la aplicación de la sanción a la que se ha hecho alusión, no se encuentra supeditada a norma alguna, y menos aún, a la Ley 550 de 1999 o al Decreto 751 de 2000, las cuales nada tienen que ver con el control de ley de posición propia.

En lo que tiene que ver con la alegada caducidad de la facultad sancionatoria, manifiesta que desde la entrada en vigencia del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, han sido tres las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales sobre el conteo de los tres (3) años que otorga la norma para imponer una sanción, principalmente en lo que hace relación al momento con el cual se interrumpe el plazo de caducidad.

Al respecto, señala que se han delineado tres posturas para que opere la interrupción del término de caducidad: (i) según la cual, sólo se necesita la expedición del acto administrativo sancionador; (ii) además de lo anterior, se requiere la respectiva notificación; y (iii) se exige la expedición del acto sancionador, su notificación y la posterior expedición y notificación de los actos que resuelven los recursos en la vía gubernativa.

Asegura que la posición válida es la intermedia, en razón a que los recursos de la vía gubernativa son medios de defensa administrativa a disposición del afectado, que actúan como mecanismos de control de legalidad de las decisiones adoptadas como conclusión de actuaciones administrativas. Definición que implica la existencia de una decisión en firme, la cual de por sí, rompe con la incertidumbre sobre una manifestación de voluntad de la Administración, en este caso, respecto

al ejercicio o no de la facultad sancionatoria. Posición que ha sido asumida por la Sección Cuarta de esta Corporación².

Indica que, entender que la Administración sólo ejecuta su facultad sancionatoria hasta tanto el acto sancionador se ratifique y adquiera total firmeza, después de resueltos y notificados los recursos propios de la vía gubernativa, se constituye en una postura que plantea una exigencia excesiva y no justificada, la cual desconoce los fundamentos de la teoría de la caducidad, las tesis sobre la eficacia y ejecutoriedad del acto administrativo y los postulados propios de la vía gubernativa.

Explica que esa superintendencia ha acogido la postura jurisprudencial decantada desde el año de 1994 por el juez natural de sus actos, como lo es la Sección Cuarta del Consejo de Estado, razón por la cual, en este caso no se debe dar prosperidad a la caducidad de la acción alegada por la parte actora, dado que, las conductas a sancionar se materializaron desde el 27 de abril de 2000 hasta el 30 de junio del mismo año; y la resolución que impuso la sanción fue expedida el 17 de febrero de 2003 y notificada el 25 de febrero de ese mismo año.

Respecto a la proporcionalidad de la sanción, señala que la sanción impuesta se ciñó a las regulaciones emanadas de la Junta Directiva del Banco de la República, vigentes para la época de los hechos, que establecían que la sanción por defectos de posición propia corresponden al 3.5% sobre el total de los días calendario del respectivo mes.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", mediante sentencia de 17 de abril de 2008 declaró la nulidad de los actos administrativos demandados y a título de restablecimiento del derecho dispuso que la entidad demandante no estaba obligada al pago de las multas impuestas en los actos anulados (fls. 369-400 c.p. 1).

Expone que para la época de los hechos resultaba aplicable el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, por lo que, conforme a la posición mayoritaria

² Entre otras, ver las sentencias de 25 de septiembre de 1995, expediente No. 7201, 15 de junio de 2001, expediente No. 11869 y de 18 de septiembre de 2003, expediente No. 13353, C.P. Dra. Ligia López Díaz.

de ese Tribunal, dentro del término de caducidad de los 3 años previstos en la norma en comento, la Administración, además de expedir el primero de los actos, también debía proferir y notificar en debida forma los que resolvieran los recursos, que siendo procedentes, hayan sido interpuestos en tiempo.

Precisa que sobre el tema de las actuaciones que la Administración debe adelantar para que se entienda que hizo uso de la potestad sancionatoria dentro del término de caducidad, existen diversas posiciones tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, y para dilucidar el asunto bajo estudio, trae a colación el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil³, que hace una síntesis de tales posiciones, y concluye que, la tesis que mejor armoniza con los principios constitucionales, es aquella según la cual, dentro del término de caducidad la Administración debe no sólo expedir el acto sancionatorio, sino adelantar toda la vía gubernativa, si la hay, e incluso, notificar en debida forma el último acto.

Pone de presente que de acogerse la tesis propuesta por la parte actora, se produciría una situación que terminaría por hacer prácticamente inexistente el término de caducidad, en razón a que no habría un término para que se resolvieran los recursos en vía gubernativa.

Por lo expuesto, concluye que en este caso operó la caducidad de la acción, si se tiene en cuenta que el término de caducidad empezó a correr el 30 de junio, y la Resolución No. 0795 de 5 de agosto de 2003, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra el acto inicial, fue notificada el 22 de agosto de 2003, es decir, cuando ya había vencido el término legal.

La anterior posición, no fue compartida por el doctor LUIS MANUEL LASSO LOZANO, quien **salvó voto** en los siguientes términos (fls. 401-403):

Manifiesta que el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo debe ser interpretado en el sentido de que los tres (3) años de caducidad de la facultad sancionatoria implican que dentro de dicho término deba dictarse el acto definitivo, es decir, el que concluye la actuación administrativa, y notificarse. En consecuencia, no es necesario, como lo sostiene la posición mayoritaria, que dentro de dicho término, además, deba agotarse la vía gubernativa, la cual es independiente de la actuación administrativa.

³ Concepto de 25 de mayo de 2005, C.P. Dr. Enrique Arboleda Perdomo.

Resalta que el artículo 38 *ibídem*, no alude a la firmeza del acto sancionatorio, por lo que de dicha norma no pueden derivarse interpretaciones relacionadas con tal figura.

Precisa que contrario a lo expuesto en la sentencia, el artículo 60 del ordenamiento en cita, es claro en señalar que la Administración cuenta con el término de dos (2) meses para resolver los recursos de reposición y apelación, vencido el cual, la decisión se entiende proferida en forma negativa, pudiendo el administrado acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para impugnar la decisión sancionatoria.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada** solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 18-29 c.p. 2). Fundamenta esta petición en lo siguiente:

Coincide con lo expuesto en el salvamento de voto a la posición mayoritaria expuesta en el fallo apelado, y concluye que dentro del término concedido por el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo no es necesario que deba agotarse también la vía gubernativa.

Sostiene que pretender involucrar dentro del término de caducidad el agotamiento de la vía gubernativa, implica agregar un texto que no se encuentra en la aludida disposición.

Asegura que la caducidad de la facultad sancionatoria se interrumpe cuando quiera que se ha originado una situación jurídica que permite establecer que el período de incertidumbre ha finalizado, es decir, cuando se tiene la plena convicción por parte de los administrados, que la Administración ha ejecutado su capacidad de sancionar, o lo que es lo mismo, cuando se ha confirmado de manera concreta y cierta el ejercicio del derecho a sancionar, surgido de la verificación de unos hechos contrarios al ordenamiento jurídico. De esta manera, concluye que el hecho que interrumpe el término de caducidad es el ejercicio de la facultad, con la expedición del acto formal sancionatorio y su notificación para que surta efectos.

Por tanto, no es necesario, como lo expone el Tribunal, que para la interrupción del término de caducidad se agote la vía gubernativa. Sobre el particular, se remite a la sentencia de 18 de septiembre de 2003, expediente No. 13353, C.P. Dra. Ligia López Díaz, entre otras.

En consecuencia, asegura que la Resolución No. 0149 de 17 de febrero de 2003, por medio de la cual se impuso sanción al demandante, se expidió y notificó dentro del término de caducidad de la acción previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, razón por la cual, se debe revocar el fallo apelado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presentó sus alegatos finales (fls. 44-85 c.p. 2), a través de los cuales manifiesta que comparte, en su integridad, las consideraciones expuesta en la sentencia apelada.

No obstante lo anterior, y en el evento en el que no se dé prosperidad al cargo de caducidad de la facultad sancionatoria, solicita se estudien los demás cargos expuestos en la demanda, los cuales, en su entender, conducen a la misma conclusión del fallo apelado. Para el efecto, reitera los planteamientos inicialmente expuestos.

La parte demandada en su alegatos de conclusión (fls. 86-103 c.p. 2) insiste en lo expuesto en sus anteriores intervenciones y, concluye que, el cargo de caducidad no está llamado a prosperar, dado que, la vía gubernativa no tiene por finalidad constituirse en un nuevo proceso administrativo que desconozca de plano la decisión ya adoptada, en este caso, la sanción impuesta, porque su única finalidad es la de dar a la Administración la posibilidad de revisar sus propios actos, a fin de determinar si deben ser confirmados, revocados, modificados o aclarados.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda (fls. 106-113 c.p. 2).

Dice que el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo se refiere a la facultad de imponer sanciones y, en el presente caso, la sanción fue impuesta mediante la Resolución No. 149 de 17 de febrero de 2003, antes de que se cumpliera el término de los tres (3) años previstos en la citada norma.

Afirma que no se debe confundir la expedición y notificación del acto que impone la sanción, con el agotamiento de la vía gubernativa y, menos aún, entenderse que mientras no se agote la vía gubernativa con el acto que resuelve el recurso de apelación, no se ha ejercido la facultad sancionatoria.

Menciona que la jurisprudencia que le sirvió de fundamento al Tribunal fue “*recogida*” por el Consejo de Estado en la sentencia de 12 de octubre de 2003, expediente No. 14381, C.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, en la que se expone la tesis más ajustada a la ley, según la cual, el término previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo para la imposición de la sanción, “*se entiende cumplido con la expedición del acto administrativo correspondiente debidamente notificado dentro del mismo lapso, independientemente del término en el cual deban decidirse los correspondientes recursos.*” (fl. 110 c.p. 2).

En cuanto al término para resolver los recursos, indica que el artículo 60 del ordenamiento en cita, prevé un plazo de dos (2) meses contados a partir de la interposición del recurso, vencido el cual, se entiende que la decisión fue negativa, agotándose así la vía gubernativa.

Por lo expuesto, considera que no se le debe dar prosperidad al cargo de caducidad de la facultad sancionatoria, como tampoco a los demás expuestos en la demanda, porque no se puede predicar la falsa motivación de los actos administrativos enjuiciados, en razón a que los mismos obedecieron a la existencia de defectos en la posición propia en moneda extranjera; situación que no ha sido desvirtuada por la demandante, y que es sancionable en los términos del inciso 2º del artículo 6º de la Resolución Externa 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República.

Menciona que si el IFI procedió a realizar los ajustes relacionados en la Resolución 6 de 1999, esto obedeció a que su patrimonio técnico no reflejaba razonablemente su valor económico, por lo que, no es admisible la causal eximente de responsabilidad frente a los defectos sancionados.

Explica que la Resolución No. 10 de 2000, no es aplicable en este caso, porque la misma empezó a regir a partir de la fecha de su publicación, y no contiene salvedad alguna para ser aplicada a situaciones presentadas antes de su vigencia.

En consideración a lo anterior, y a que la Superintendencia debe ejercer el control y aplicar las sanciones de acuerdo con la normativa vigente en el momento en el que se presenten las situaciones o hechos materia de sanción, concluye que le asiste la razón a la parte apelante, y en consecuencia, se deben negar las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos del recurso de apelación, le corresponde a la Sala⁴ determinar si la sanción en discusión fue interpuesta dentro del término de caducidad de la facultad sancionatoria prevista en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, o si por el contrario, como lo sostiene el *a quo*, en este caso operó el fenómeno de la caducidad de la acción. En caso de que no se haya configurado la caducidad de la facultad sancionatoria, se debe estudiar si procede el estudio de los demás cargos de ilegalidad, que no fueron analizados por el Tribunal, y de ser el caso, establecer si los actos administrativos están viciados de nulidad por falsa motivación, si se configuró la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad, o si se debía aplicar la Resolución Externa 10 de 2000.

I. Caducidad de la facultad sancionatoria

El artículo 38 del Código Contencioso Administrativo prevé que *“Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para*

⁴Integrada por las Consejeras de Estado doctoras MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA y CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ, y por los doctores JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA y MAURICIO A. PLAZAS VEGA, en su calidad de conjueces, designados mediante actas de 25 de noviembre de 2009 y de 21 de enero de 2010 (fls. 118 y 124). Conformación que obedece a la aceptación de los impedimentos manifestados por los doctores HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS y WILLIAM GIRALDO GIRALDO, a quienes por medio de auto de 28 de abril de 2010, se les separó del conocimiento del presente proceso, por encontrarse incurso en la causal del impedimento consagrada en el numeral 2° del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil (fls. 136-137).

imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas”.

En relación con la interpretación que se le debe dar a esta norma, se han planteado tres tesis, a saber:

- (i) Una primera posición, se refiere a que se entiende ejercida la potestad sancionatoria cuando se expide el acto administrativo primigenio, es decir, el acto que resuelve el fondo del asunto (resolución que impone la sanción).
- (ii) Una posición intermedia, es aquella según la cual, además de expedirse el acto administrativo definitivo (primigenio), éste debe haberse notificado dentro del término de caducidad.
- (iii) Una última posición, es aquella que predica que además de haberse proferido y notificado el acto primigenio, se deben haber resuelto los recursos interpuestos, y notificado las decisiones sobre éstos.

En este caso, encuentra la Sala que el *a quo* le dio aplicación a la tercera tesis, basado en el concepto de 25 de mayo de 2005, emanado de la Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Dr. Enrique Arboleda Perdomo; posición de la que se discrepa, por las razones que pasan a explicarse:

En primer término, es del caso señalar que esta Sección ha sido enfática en sostener que el término de los tres años previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo se debe contabilizar desde la fecha en que se produjo el acto que ocasiona la sanción, hasta la notificación del acto administrativo que la impone, independientemente de la interposición de los recursos en la vía gubernativa⁵.

Esto quiere decir, que es la notificación del acto administrativo sancionatorio la que permite establecer si la Administración actuó antes de que operara la caducidad de la facultad sancionatoria.

⁵ Entre otras, ver las sentencias de 18 de septiembre de 2003, expediente No. 13353 C.P. Dra. Ligia López Díaz, de 9 de diciembre de 2004, expediente No. 14062 C. P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, de 27 de octubre de 2005, expediente No. 14165, C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié y de 15 de noviembre de 2007, expediente No. 15015, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz.

Tesis que coincide con lo expuesto en el pronunciamiento de la Sala Plena de esta Corporación⁶, en el que, ante la importancia jurídica del tema de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración, y la necesidad de unificación jurisprudencial sobre el mismo, se analizó el ejercicio de la facultad sancionatoria de la Administración en un proceso disciplinario.

En esa oportunidad, se consideró que la tesis que debe imperar “*es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal, decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración*” (Se subraya). Predicamento que bien se puede hacer en relación con la actuación que ocupa la atención de la Sala, en razón a que es en el acto que se impone la sanción, y no en el que se resuelve el recurso interpuesto, que se concreta la expresión de la voluntad de la Administración.

Dicho lo anterior, se observa que en el *sub exámine*, las infracciones por las que se sancionó al Instituto de Fomento Industrial, se generaron durante los meses de abril, mayo y junio del año 2000, debiendo entenderse que el término de caducidad empieza a correr desde el último día del mes de junio de 2000, esto es, desde el día 30; aspecto sobre el cual no existe discrepancia entre las partes.

Entonces, conforme al artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Financiera), contaba con el término de tres años para ejercer la facultad sancionatoria. Es decir, tenía hasta el 30 de junio de 2003 para proferir y notificar el acto mediante el cual se impuso la sanción (acto primigenio).

Así pues, como quiera que la sanción al Instituto de Fomento Industrial fue impuesta el 17 de febrero de 2003, mediante la Resolución 0149, notificada personalmente al Representante Legal del IFI el 25 de febrero del mismo año (fl. 92 c.a. 1), se concluye que la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) no había caducado, razón por la cual, no se ajustó a

⁶ Sentencia de 29 de septiembre de 2009, expediente No. 110010315000-2003-00442-01, C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

derecho la decisión del Tribunal que anuló la sanción por caducidad de la facultad sancionatoria, por lo que, le asiste razón a la parte apelante en sus apreciaciones.

II. Los demás cargos de ilegalidad

El *a quo* le dio prosperidad al cargo de caducidad de la facultad sancionatoria propuesta por la parte actora, y en consecuencia, se abstuvo de estudiar los demás cargos de ilegalidad propuestos en la demanda.

La Sala observa que en los términos del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil⁷, la competencia del superior se encuentra enmarcada por las pretensiones y argumentos expuestos por el recurrente en contra de la decisión de primera instancia, por lo que, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por la parte apelante, se excluyen del debate en la segunda instancia.

No obstante lo anterior, en casos como el presente, se debe tener en cuenta que como la decisión de primera instancia le fue favorable a la parte actora, a ésta no le asistía ningún interés jurídico para apelarla, ni siquiera en forma adhesiva⁸, por lo que, al advertirse que el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria no está llamado a prosperar, lo que conlleva la revocatoria de la decisión del *a quo* en este aspecto, debe proceder a dictar la sentencia que en reemplazo corresponda y, en consecuencia, estudiar los demás cargos de ilegalidad propuestos por la parte actora, eso sí, teniendo a la demanda como marco limitante de la decisión del juzgador.

Precisado lo anterior, la Sala procede al estudio de fondo.

⁷ “**Artículo 357.** La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

(...)

Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante”.

⁸ “**Artículo 353.** La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término para alegar.

La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.” (Se destaca).

La posición propia en moneda extranjera y la aplicación de la Resolución Externa 10 de 2000 al caso concreto

La posición propia de los intermediarios del mercado cambiario está definida en el artículo 1° de la Resolución 26 de 1996 de la Junta Directiva del Banco de la República⁹ como *“la diferencia entre todos los derechos y obligaciones denominados en moneda extranjera registrados dentro y fuera del balance, realizados o contingentes, incluyendo aquellos que sean liquidables en moneda legal colombiana.”*

En esta misma resolución se establece que *“El monto máximo de posición propia en moneda extranjera de los intermediarios del mercado cambiario no podrá exceder el equivalente en moneda extranjera al veinte por ciento (20%) del patrimonio técnico¹⁰ del intermediario”*¹¹ (art. 2°). Previsión que se mantuvo en el artículo 1° de la Resolución Externa No. 5 de 1999, en la que además se dispuso que: *“Los intermediarios del mercado cambiario podrán mantener una posición propia en moneda extranjera negativa, sin que exceda el equivalente en moneda extranjera al cinco por ciento (5%) del patrimonio técnico del intermediario”*.

Ahora bien, los intermediarios del mercado cambiario deben: (i) determinar diariamente el nivel de su posición propia e informarlo a la Subgerencia Monetaria y de Reservas del Banco de la República al cierre diario, y (ii) informar por escrito cada semana al Banco de la República el nivel diario de su posición propia y el monto al cierre de cada mes de las diferentes cuentas que se incluyen para el cálculo de su posición propia (art. 4).

En caso de exceso o defecto sobre los límites máximos y mínimos de posición propia en moneda extranjera, el intermediario del mercado cambiario deberá ajustarse a dichos límites el día hábil inmediatamente siguiente a la fecha en que se produzca el exceso o defecto (art. 5).

⁹ Por la cual se expiden regulaciones en materia cambiaria.

¹⁰ *“Artículo 3°. PATRIMONIO TÉCNICO. Para los efectos de la presente resolución, los intermediarios deberán tener en cuenta durante todos los días de cada mes el patrimonio técnico reportado con sus estados financieros a la Superintendencia Bancaria correspondiente al segundo mes calendario anterior. Esta regla se aplicará a partir del 1° de enero de 1997, fecha hasta la cual continuará aplicándose lo previsto en el artículo 3° de la Resolución Externa 8 de 1996.*

Tratándose de estados financieros de corte de ejercicio o cuando no se haya hecho el reporte oportunamente a la Superintendencia Bancaria, se tendrá en cuenta el patrimonio técnico más reciente que se haya reportado a dicho organismo.

(...)”

¹¹ Aparte reproducido en el artículo 1° de la Resolución Externa No. 5 de 1999.

En el evento en el que no se ajuste el nivel de posición propia a los límites señalados, dentro de los plazos establecidos en la prenotada resolución, habrá lugar a la sanción por el exceso o por el defecto con multa a favor del Tesoro Nacional equivalente a la establecida para el desencaje de los establecimientos bancarios (art. 6); es decir, sobre tales defectos, el 3.5% sobre el total de los días calendario del respectivo mes.¹²

Con fundamento en el anterior marco normativo, concluye la Sala que el control de posición propia, debe ser realizada por los intermediarios del mercado cambiario en forma diaria, de tal manera que, si se llegaren a presentar excesos o defectos sobre los límites establecidos por la Junta Directiva del Banco de la República, los ajustes correspondientes deben realizarse al día hábil siguiente a la ocurrencia del hecho.

Dicho lo anterior, se observa que en el *sub exámine*, los reportes de posición propia por los meses de abril, mayo y junio de 2000, fueron transmitidos por el IFI a la Superintendencia Bancaria en las siguientes fechas (fls. 438-453 c.a. 2):

Semana con corte al:	Transmisión realizada en:
Abril 02/00	Abril 05/00
Abril 09/00	Abril 12/00
Abril 16/00	Abril 18/00
Abril 23/00	Abril 26/00
Abril 30/00	Mayo 03/00
Mayo 07/00	Mayo 10/00
Mayo 14/00	Mayo 17/00
Mayo 21/00	Mayo 24/00
Mayo 28/00	Mayo 31/00
Junio 04/00	Junio 07/00
Junio 11/00	Junio 14/00
Junio 18/00	Junio 21/00
Junio 25/00	Junio 28/00
Julio 02/00	Julio 05/00

¹² Resolución Externa No. 28 de 1998, por la cual se compendia el régimen del encaje de los establecimientos de crédito, que dispone:

“Artículo 60. SANCIONES INSTITUCIONALES. Por los defectos promedio diarios de encaje en que incurriere un establecimiento de crédito en cualquier período del año, la Superintendencia Bancaria aplicará una sanción pecuniaria en favor del Tesoro Nacional, sobre tales defectos, equivalente al 3.5% sobre el total de los días calendario del respectivo mes”.

Posteriormente, mediante el oficio No. 2000088535-0 de 17 de octubre de 2000, suscrito por el Director Técnico Intermediación Dos B de la Superintendencia Bancaria, se le informa al Presidente del IFI que luego de practicada una revisión a los formatos de los reportes de posición propia presentada por los meses de abril, mayo y junio de 2000, esa entidad “*presentó defectos de posición propia, en contravención al artículo 2 de la Resolución Externa 26 de 1996¹³, en concordancia con lo previsto en el artículo 1 de la Resolución Externa 5 de 1999¹⁴ ambas resoluciones de la Junta Directiva del Banco de la República*”, conforme al detalle que se presenta en los folios 33 a 35 c.a. 1, en donde se evidencia que el IFI incurrió en exceso y defecto en relación con los límites permitidos de posición propia en moneda extranjera, por el referido período.

De esta manera, en principio, se evidencia que en el *sub júdice* sí ocurrió el hecho que da lugar a la sanción impuesta en los actos administrativos demandados. No obstante lo anterior, dadas las circunstancias planteadas por la parte actora, se hace necesario analizar los argumentos que en su entender, la eximen de responsabilidad.

Sin embargo, el apoderado del IFI manifiesta que el hecho sancionado se originó con el proceso de capitalización y fortalecimiento patrimonial, el cual se generó y materializó paulatinamente desde finales del año 1999 hasta el 28 de abril de 2000.

Explica que la actuación del IFI estuvo condicionada al cumplimiento de un deber legal, que implicó la realización de unos ajustes con el fin de sanear el balance y cumplir con el requisito previo a la capitalización. Además de lo anterior, indica que se debe aplicar la Resolución Externa No. 10 de 30 de junio de 2000, proferida por la Junta Directiva del Banco de la República, en virtud del principio de favorabilidad.

Por su parte, la Superintendencia demandada, sostiene que el deterioro patrimonial del IFI resulta ser anterior al proceso de capitalización y fortalecimiento

¹³ “**Artículo 2º. MONTOS.** El monto máximo de posición propia en moneda extranjera de los intermediarios del mercado cambiario no podrá exceder el equivalente en moneda extranjera al veinte por ciento (20%) del patrimonio técnico del intermediario” (fls. 5-7 c.a. 1).

¹⁴ “**Artículo 1.** El artículo 2º de la Resolución Externa 26 de 1996 quedará así:

“**Artículo 2º. MONTOS.** El monto máximo de posición propia en moneda extranjera de los intermediarios del mercado cambiario no podrá exceder el equivalente en moneda extranjera al veinte por ciento (20%) del patrimonio técnico del intermediario.

“Los intermediarios del mercado cambiario podrán mantener una posición propia en moneda extranjera negativa, sin que exceda el equivalente en moneda extranjera al cinco por ciento (5%) del patrimonio técnico del intermediario.” (fl. 15 c.a. 1).

patrimonial, y aduce que en este caso no se puede dar aplicación a la Resolución Externa No. 10 de 2000, porque ésta entró a regir el 5 de julio de ese mismo año, es decir, con posterioridad a la ocurrencia de los hechos objeto de sanción, siendo inadmisibles la aplicación del principio de favorabilidad en asuntos como el presente.

Observa la Sala que, en efecto, el documento CONPES No. 3059 de 6 de diciembre de 1999, contiene la propuesta de capitalización del IFI en \$300.000 millones con el fin de contribuir a la reactivación económica. Actuación a la que le siguió la expedición de la Ley 550 de 30 de diciembre de 1999¹⁵ y del Decreto 751 de 27 de abril de 2000¹⁶, mediante los cuales se previó la capitalización del IFI¹⁷ y se autorizó al FOGAFIN para capitalizar a dicho instituto, respectivamente.

Para lograr la capitalización, el IFI tuvo que cumplir con los requisitos previos a la misma, lo que condujo a que se realizaran unos ajustes al balance¹⁸; ajustes, que según informó el IFI a la Superintendencia Bancaria en la comunicación radicada el 26 de abril de 2000 (fls. 14-16 c.a. 1), trajo consigo un defecto en el valor de posición propia por la suma de US\$74.1 millones (US\$67.5 millones por encima de lo permitido), a causa de los castigos en la cartera de créditos en moneda extranjera improductiva, tanto por capital como por intereses, dentro del proceso de capitalización y fortalecimiento patrimonial del IFI con FOGAFIN, lo que condujo a que el IFI, en esa oportunidad, presentara un plan de ajuste gradual para corregir el defecto enunciado, el cual se llevaría a cabo a partir del mes de mayo de 2000 y hasta el mes de junio de 2001 (56 semanas), o antes de esta fecha indicada, si las condiciones del mercado financiero del país mostraban una tendencia de estabilización y, adicionalmente, si se lograba anticipar los recursos estimados por las ventas de inversiones de capital.

¹⁵ Por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley.

¹⁶ Por el cual se establecen las condiciones para la capitalización del IFI prevista en el artículo 50 de la Ley 550 de 1999.

“Artículo 1º. Autorízase al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras FOGAFIN para capitalizar al Instituto de Fomento Industrial - IFI, en la suma de trescientos mil millones de pesos moneda legal (\$300.000.000.000.00) mediante la suscripción de treinta billones (30'000.000'000.000) de acciones ordinarias cada una de valor nominal de un centavo moneda legal (\$0.01), una vez se surta el proceso de saneamiento del IFI.”

¹⁷ **“ARTÍCULO 50. CAPITALIZACION DEL INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL, IFI.** El Gobierno Nacional capitalizará al IFI en la suma de trescientos mil millones de pesos en las condiciones que determine el Gobierno para tal efecto. El IFI establecerá las líneas especiales de redescuento a que se refiere el artículo 47 de la presente ley.”

¹⁸ Ver el Oficio No. 2000026437-0 de 4 de abril de 2000, mediante el cual la Superintendencia Bancaria de Colombia, con ocasión del proceso de capitalización establecido en la Ley 550 de 1999, le presenta a FOGAFIN un estudio “que refleja los ajustes mínimos que requería el Instituto de Fomento Industrial “IFI”, para sanear el balance y cumplir de esta manera con el requisito previo al otorgamiento del crédito por parte de dicho Fondo, de acuerdo con lo indicado en la Resolución No. 6 del 30 de junio de 1.999 (...)” (fls. 4-12 c.a. 1).

De esta manera, lo que interesa en este asunto, es determinar si para efectos de ajustar la posición propia del período en discusión, el IFI podía aplicar el procedimiento previsto en la Resolución Externa 10 de 30 de junio de 2000, mediante la cual la Junta Directiva del Banco de la República dispuso:

“Artículo 2º *Los intermediarios del mercado cambiario que presenten defectos o excesos en su posición propia en moneda extranjera, como consecuencia de la disminución de su patrimonio técnico ocasionada por el castigo y provisión de sus activos, podrán ajustarse a los límites máximos y mínimos de posición propia, de acuerdo con las siguientes condiciones:*

1. Los intermediarios del mercado cambiario que se encuentren adelantando medidas de recuperación patrimonial con FOGAFIN que impliquen la ejecución de programas de ajuste a la relación de solvencia acordados con la Superintendencia Bancaria, podrán ajustarse a los límites máximos y mínimos de posición propia durante el plazo de dichos programas.

2. Los intermediarios del mercado cambiario que no se encuentren adelantando medidas de recuperación patrimonial con FOGAFIN, pero cuyo patrimonio técnico disminuya como consecuencia de procesos de castigo y provisión de sus activos seguidos de una capitalización, bien sea adelantados voluntariamente o dentro de programas de ajuste a la relación de solvencia acordados con la Superintendencia Bancaria, podrán ajustarse a los límites máximos y mínimos de posición propia durante un plazo no superior a un año y bajo las condiciones que convenga con dicha Superintendencia.

Parágrafo. Los intermediarios del mercado cambiario deberán informar previamente al Banco de la República y suministrar periódicamente la información que este determine acerca del cumplimiento del plan de ajuste a la posición propia.” (fls. 23-24 c.a. 1) (Se subraya).

Como se puede apreciar, el artículo 2º de la Resolución Externa 10 de 2000 establece el procedimiento a seguir para ajustar la posición propia de aquellos intermediarios del mercado cambiario que presenten excesos o defectos como consecuencia del castigo y provisión de sus activos adelantados dentro del proceso de capitalización y fortalecimiento patrimonial; resolución que, aún cuando entró a regir el 5 de julio de 2000, es decir, con posterioridad al período en el que la Superintendencia Bancaria detectó los defectos de posición propia objeto de sanción (abril, mayo y junio de 2000), bien puede ser aplicable al caso concreto, porque lo cierto es que, conforme al documento CONPES 3059 de 6 de diciembre de 1999 y a la Ley 550 de 1999, el IFI fue objeto de un proceso de fortalecimiento patrimonial y de capitalización que ameritó una serie de ajustes a su balance.

Así pues, se dará aplicación al principio de favorabilidad, el cual, en una oportunidad anterior y respecto de un asunto similar al que ahora se discute, fue aceptado por la Sala y al respecto indicó:

“No obstante, en este caso debe aceptarse la aplicación del principio de favorabilidad, como expresión de una mínima garantía del debido proceso a que tiene derecho cualquier persona y que por mandato constitucional se aplica a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales (artículo 29 [1] de la Constitución Política).

Ello, porque si bien entre el 20 y el 29 de septiembre de 1999 el Banco incurrió en excesos en posición propia de contado y, por lo mismo, violó el artículo 2 de la Resolución Externa 16 de 1999 de la Junta Directiva del Banco de la República, para esa época se encontraba vigente el plan de ajuste o recuperación patrimonial que había suscrito con la Superintendencia Bancaria¹⁹, debido a su difícil situación de iliquidez²⁰.

*Tal situación excepcional para algunas instituciones financieras, como el actor, provocó la expedición de la Resolución 10 de 2000²¹, conforme a la cual aquéllas **podían ajustar los límites máximos y mínimos de posición propia durante el plazo de los programas de ajuste.***

En consecuencia, la norma aplicable, en la medida en que reconocía la particular situación del Banco, era la Resolución 10 de 2000, vigente a la fecha de imposición de la sanción, pues, no podía desconocerse que aun en la época de la infracción se encontraba en plan de recuperación, por lo que, se insiste, con base en dicha norma podía ajustar los límites mínimos y máximos de posición propia durante el plazo del ajuste (hasta octubre de 2000)”²².

En efecto, la facultad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria- está subordinada a las reglas del debido proceso que deben observarse en la aplicación de sanciones por la comisión de ilícitos penales. Es por ello, que la Corte Constitucional ha dicho que toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una actividad administrativa o jurisdiccional o que tengan origen en las diferencias formales de los trámites rituales. Por consiguiente, los principios que rigen todo procedimiento, deben necesariamente hacerse extensivos a todas

¹⁹ El plan de ajuste fue suscrito el 23 de junio de 1999 (folios 48 a 51 c.a) y prorrogado hasta el 31 de octubre de 2000 (folios 27 y 28 c.a).

²⁰ El plan de ajuste era un requisito para acceder a la línea de crédito con FOGAFÍN de que trata el artículo 5 de la Resolución 6 de 1999 de dicha entidad.

²¹ Que entró a regir el 5 de julio de dicho año.

²² Sentencia de 3 de diciembre de 2009, expediente No. 25000-23-27-000-2001-01180-01(15392), actor: Banco Colpatria Red Multibanca S. A., demandado: Superintendencia Bancaria, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz.

las disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia.²³

En consonancia con lo anterior, esa misma Corte, en la sentencia C-922 de 2001, precisó que las contravenciones administrativas cometidas en vigencia de la normativa anterior, pueden ser sancionadas conforme a normas posteriores, siempre y cuando sean más favorables. Puesto que, *“El principio de legalidad de las sanciones indica de un lado que corresponde al legislador crear, modificar o suprimir los tipos penales y establecer, modificar o suprimir sanciones. De otro significa también que dicho señalamiento debe ser anterior al hecho que se pretende sancionar. **No obstante, este último alcance del principio de legalidad de las sanciones no es absoluto, pues una persona puede resultar sancionada conforme a una ley que no estaba vigente al momento de cometer el delito o la falta, siempre y cuando sea más favorable que la que tenía vigencia en el momento en que se infringió la ley.**”* (Se destaca).

Es decir, que contrario a lo dicho por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), en casos como el presente, sí es procedente dar aplicación al principio de favorabilidad.

Cabe señalar que, en este caso, la favorabilidad radica en el término con que cuenta el intermediario del mercado cambiario para ajustarse a los límites de posición propia fijados por la Junta Directiva del Banco de la República, lo que redundaría en la aplicación de la sanción por el exceso o defecto en el nivel de posición propia.

De suerte que, en aplicación de la Resolución Externa 26 de 1996, el intermediario del mercado cambiario contará con el término de un día hábil siguiente a la fecha en que se produzca el hecho sancionable, vencido el cual, procede la sanción. En tanto que, en sujeción a la Resolución Externa 10 de 2000, este plazo se amplía dependiendo de la circunstancia que se presente, vale decir, al plazo que dure el programa de ajuste a la relación de solvencia acordados con la Superintendencia Bancaria o al término no superior a un año, bajo las condiciones convenidas con la citada superintendencia.

²³ Sentencia T-011 del 22 de mayo de 1992. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Así, como quiera que en el *sub júdice*, para la fecha en que se emitió pronunciamiento de fondo (Resolución 0149 de 17 de febrero de 2003), la disposición más favorable al IFI se encontraba vigente (Resolución Externa 10 de 2000), para la Sala, la sanción impuesta en los actos demandados no resulta procedente, no porque hubiese disminuido o desaparecido la misma, sino porque, no se configuraban los supuestos de hecho para su procedencia, dado que, el IFI contaba con un término, superior a un día, para ajustar los límites de posición propia detectados por la Superintendencia Bancaria.

Es oportuno señalar que el IFI en la comunicación de 26 de abril de 2000²⁴, le informó a la Superintendencia Bancaria el defecto en la posición propia a causa de los castigos en la cartera de créditos en moneda extranjera improductiva, tanto por capital como por intereses, dentro del proceso de capitalización y fortalecimiento patrimonial del IFI con FOGAFIN, y adicionalmente, le presentó un plan de ajuste a partir de mayo de 2000 a junio del año siguiente, para corregir el mencionado defecto, plan que posteriormente fue modificado para ajustar la posición propia durante el período reseñado, en aplicación de la Resolución Externa 10 de 2000²⁵.

En consideración a lo anterior, se impone confirmar la sentencia apelada, en cuanto declaró la nulidad de los actos administrativos demandados, pero, no por caducidad de la acción, sino por violación del principio de favorabilidad, como expresión del debido proceso.

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

F A L L A

Confirmase la sentencia de 17 de abril de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

²⁴ Fls. 14-16 c.a. 1.

²⁵ Comunicación radicada por el IFI ante la Superintendencia Bancaria el 9 de agosto de 2000 (fls. 28-32 c.a.1).

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JUAN RAFAEL BRAVO ARTEAGA
Conjuez

MAURICIO A. PLAZAS VEGA
Conjuez
Ausente

