

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA
Consejera Ponente: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

Bogotá, D. C., septiembre veintiséis (26) de dos mil siete (2007).

Radicación: 25000-23-24-000-2002-00407-01 (15493)

Actor: **ALIANZA FIDUCIARIA S.A.**

FALLO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia de enero 27 de 2005 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La Superintendencia Bancaria solicitó el 10 de octubre de 2000 a la sociedad Fiduciaria Alianza S.A. explicaciones sobre las inversiones en acciones efectuadas en las sociedades Cobelsa S.A. y Sodelco S.A.

El 9 de noviembre de 2000, previa evaluación de la respuesta presentada por la actora, le envió la comunicación No. 2000070327-6, en la cual se le informó que las inversiones mencionadas contravenían lo establecido en el artículo 147 del Estatuto Orgánico del Sistema

Financiero, puesto que las Fiduciarias no están autorizadas por la Ley para invertir en esa clase de sociedades, por lo que se evaluaría la procedencia de aplicar las sanciones previstas en el artículo 211 ib.

Mediante escrito radicado el 20 de noviembre de 2000, la accionante responde el requerimiento mencionado, en el que expresó que la inversión realizada en Cobelsa S.A. ubicada en la Zona del Río Páez obedeció a que en su calidad de responsable del Impuesto sobre la Renta y Complementarios buscaba obtener el beneficio tributario consagrado en las normas vigentes e informa que la efectuada en Sodelco S.A. fue motivada por la necesidad de pertenecer a una sociedad que pudiera realizar estructuraciones de negocios con comerciantes e inversionistas dedicados a proponer y a integrar las actividades relacionadas con el comercio entre sus asociados.

Mediante la Resolución No. 0461 de mayo 9 de 2001, la Superintendencia Bancaria impuso sanción pecuniaria a Alianza Fiduciaria por valor de \$30.000.000, al considerar que el objeto de las sociedades Cobelsa S.A. y Sodeco S.A. no corresponde a las inversiones autorizadas para una entidad fiduciaria.

Contra el acto mencionado, la sociedad actora interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación decididos a través de las Resoluciones números 1099 de septiembre 28 de 2001 y 1491 diciembre 21 del mismo año, que confirmaron el acto sancionatorio.

Con oficio de enero 30 de 2002, a raíz del proceso de cobro coactivo No. 808-1491-01, anexó comprobante de pago de la multa impuesta.

LA DEMANDA

La sociedad ALIANZA FIDUCIARIA S.A. en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la anulación de las Resoluciones 0461 de mayo 9, 1099 de septiembre 28 y 1491 de diciembre 21, todas del año 2001 y como restablecimiento del derecho que se condene a la Superintendencia Bancaria a restituir a la actora la suma de \$30.450.000, cancelada en cumplimiento de los actos demandados, junto con la corrección monetaria respectiva.

Invocó como violados los artículos 2° inciso final, 6, 13, 29, 83, 209 y 230 de la Constitución Política; 38 del Código Contencioso Administrativo, 29, 110, 147, 211, y 326 numeral 5° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, 8° de la Ley 510 de 1999 y 6° de la Ley 489 de 1998.

El concepto de la violación se sintetiza así:

El párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 218 de 1995, al señalar de manera general los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta y Complementarios, no hizo distinción entre personas naturales o

jurídicas y mucho menos deja por fuera de los beneficios tributarios a las entidades fiduciarias o les prohíbe hacer inversiones, por lo que cualquier distinción que haga el intérprete vulnera el derecho a la igualdad.

No es posible que mientras la DIAN acepta la inversión por cumplir con los fines de la Ley 218 de 1995 y concede unos beneficios tributarios, la Superintendencia Bancaria establece por vía de doctrina que es ilegal.

Los artículos 29 y 147 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contienen una relación de las operaciones o inversiones que pueden hacer las entidades financieras, pero en ninguna parte se aprecia que las limite.

En la Resolución No. 1099 la Superintendencia Bancaria expuso que la actora buscaba un eximente de responsabilidad que no puede ser sino la fuerza mayor y el caso fortuito. La demandante al invocar la buena fe, en ningún momento pretendió tal situación, sino que ante la presencia de hechos objetivos como la aprobación de los estados financieros, la existencia de la Ley PAEZ y que la DIAN aprobó la compensación como reconocimiento de la prerrogativa fiscal, podía demostrar su buen proceder.

La multa se produce porque la Superintendencia interpreta que hubo una violación que no está debidamente tipificada en la Ley, con lo cual

se violan los principios y garantías que rodean el proceso sancionatorio.

Se produjo caducidad sancionatoria porque las inversiones se realizaron en octubre y diciembre de 1996 y diciembre de 1997, conducta instantánea que genera la caducidad de la sanción en octubre y diciembre de 1999 y diciembre de 2000.

Las Resoluciones demandadas no hacen separación entre la inversión hecha en Cobelsa S.A. y la realizada en Sodelco S.A. El objeto de la primera fue participar de los beneficios tributarios de la Ley Páez y el de la segunda, ingresar a una sociedad de servicios técnicos y administrativos, en la forma prevista en el artículo 110 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. No obstante, se impuso la multa sin establecer diferenciación.

Los actos acusados se dictaron con desviación de las atribuciones del Superintendente dado que el propósito fue sustentar la teoría de los estatutos especiales, que desconoce la libertad y capacidad para contratar de las personas jurídicas.

LA OPOSICIÓN

La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con los siguientes argumentos:

Las limitaciones al régimen de inversiones de las sociedades fiduciarias no son novedosas y, por tanto, impiden una interpretación doctrinal o caprichosa. Por el contrario, desde el mismo momento en que se especializó la actividad fiduciaria, se estableció la prohibición de invertir en cualquier clase de sociedades o asociaciones, salvo que se trate del desarrollo de su actividad.

Bajo el contexto normativo que rige este tipo de instituciones, las únicas inversiones de capital que pueden realizar consisten en sociedades de servicios técnicos y administrativos, en administradoras de fondos de pensiones y de cesantías, bolsas de valores, comisionistas de bolsas, bolsas de futuros y entidades financieras del exterior.

La inversión realizada en las sociedades Cobelsa S.A. y Sodelco S.A., no guarda relación alguna con las características de las sociedades en las que pueden invertir las fiduciarias, pues en la primera ni siquiera se señala el objeto social de la entidad, sino tan sólo se hace referencia a que se hizo para obtener beneficios tributarios y la segunda, evidentemente no encuadra dentro de lo exigido para que sea considerada como empresa de servicios técnicos o administrativos al tenor del Decreto 809 de 1998 y la Resolución 0775 de 1991.

El régimen de inversiones de las sociedades de servicios financieros es restrictivo, razón por la cual a pesar de que la Ley 218 de 1995 no previó exclusiones derivadas de la condición especial de algunos

contribuyentes, no significa habilitación o permiso para su ampliación, pues deben estar expresamente autorizadas en la Ley de acuerdo con el numeral 1° del artículo 110 del E.O.S.F.

La aprobación de los estados financieros no es asimilable a una autorización de las inversiones, pues el objetivo es verificar que la contabilización de las operaciones se adecue a las normas y principios generales de la contabilidad.

Carece de toda lógica el argumento expuesto por la actora, según el cual, la aprobación de las compensaciones y beneficios tributarios derivados de las inversiones que señala la Ley 218 de 1995 por parte de la DIAN, deviene en una aceptación implícita de su viabilidad jurídica, pues no es función de ese organismo efectuar el seguimiento al cumplimiento de las disposiciones de carácter financiero. Tampoco es soporte de buena fe el desconocimiento de disposiciones expresas y concretas que delimitan el régimen de inversiones de entidades del sector financiero.

Resulta improcedente alegar vulneración de tal principio por circunstancias derivadas de la actuación de otras autoridades, o del desarrollo de las facultades sancionatorias propias de la Superintendencia Bancaria como ente de control y vigilancia.

No obstante que la Constitución establece la aplicación del principio de buena fe en las actuaciones administrativas, ello no obsta para que las

entidades vigiladas deban cumplir con los deberes que las leyes les imponen, además, el ejercicio de la competencia en materia sancionatoria en nada contraría ni excluye dicho principio.

El ente supervisor en los actos cuestionados permitió que la entidad se pronunciara sobre cada caso y señaló las razones por las cuales no consideraba procedentes las explicaciones para cada una de las inversiones.

En cuanto a la tipificación de la sanción, el artículo 326, numeral 5, literal i) del E.O.S.F. consagra la facultad que tiene la Superbancaria para imponer sanciones de manera general, en tanto que el artículo 211 ib. determina las conductas sancionables.

Respecto a la caducidad de la sanción, el incumplimiento no se verifica con la realización de inversiones, sino que la entidad financiera incurrió en él durante el tiempo en que tales inversiones perduraron en su contabilidad, sin subsanarla.

En consideración a que las inversiones permanecieron hasta la fecha de la sanción, esto es, 9 de mayo de 2001, no había ni siquiera empezado a contarse el término de caducidad, pues no había cesado el acaecimiento de las operaciones irregulares.

El término de caducidad no había operado, pues hasta el desmonte de las inversiones puede verificarse el cese de las irregularidades y sólo

hasta esa fecha se empezaría a contar el término que tiene la Superintendencia para aplicar la sanción administrativa.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección A, mediante la sentencia de enero 27 de 2005, denegó las súplicas de la demanda, con base en los argumentos que se resumen a continuación.

No ocurrió la caducidad de la facultad sancionatoria, dado que si bien las inversiones en las sociedades Cobelsa S.A. y Sodelco S.A. se realizaron en 1996 y 1997, lo cierto es que se mantenían vigentes hasta cuando la Superintendencia Bancaria pidió desmontarlas el 9 de noviembre de 2000.

En consecuencia, la conducta o acto sancionado era de carácter sucesivo, permanente o constante, por lo que entre la época en que se constató la conducta y la sanción no pasaron tres años, de ahí que al notificarse el acto administrativo el 10 de enero de 2002, se refiere a hechos acaecidos en el primer semestre de 2000 (mantenimiento de inversiones).

En lo de fondo, la adquisición de acciones en Cobelsa S.A., empresa domiciliada en Caloto – Cauca, que según ésta probado, es una empresa de fabricación de bebidas, elaboración, procesamiento,

distribución de productos alimenticios, gaseosas, jugos etc, no encaja dentro del círculo de empresas en la que las sociedades fiduciarias pueden realizar inversiones.

No es admisible el argumento de que la fiduciaria estaba autorizada por la Ley para hacer la inversión en esa sociedad por estar ubicada en un área que otorgaba beneficios tributarios, puesto que pretende hacer extensiva una situación jurídica de carácter general, a una especial respecto de quien se dedica a negocios fiduciarios.

Las Leyes 218 de 1995 y 383 de 1997, son normas que crearon estímulos tributarios a favor de la recuperación de una zona, sin que se conviertan en autorizaciones para ampliar el campo de inversiones que pueden efectuar las instituciones financieras.

De otra parte, tampoco estaba autorizada la inversión en Sodelco S.A., por ser una empresa dedicada a la promoción, construcción, montaje y administración de centros comerciales, por lo que no pertenece a las sociedades que prestan servicios técnicos o administrativos a que se refiere el artículo 110-2 del E.O.S.F.

No se encuentra violación del principio general de la buena fe, pues la función de revisar los estados financieros obedece al control contable que ejerce la Superintendencia Bancaria, que es diferente a la función de inspección y vigilancia, de modo que la falta de objeción a esos resultados, no significa que autorizara las inversiones de la

demandante, puesto que dentro de sus obligaciones debe realizar análisis sobre la actividad de las vigiladas.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Alianza Fiduciaria manifestó su inconformidad con la sentencia de primer grado con argumentos similares a los expuestos en la demanda, sintetizados así:

Conforme al numeral 1° del artículo 110 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las inversiones de las entidades de servicios financieros deben estar autorizadas legalmente, por lo cual la Ley Páez permitió la inversión a los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta, sin ningún tipo de distinción.

La conducta de la Superintendencia Bancaria resulta violatoria del artículo 13 de la Constitución Política, al discriminar entre los sujetos pasivos del tributo citado, a quienes desarrollan la actividad de fiduciaria.

Los artículos 29 y 147 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero contienen la relación de las operaciones o inversiones que pueden realizar las entidades fiduciarias, sin que se aprecie un límite o restricción a las mismas, por lo que es claro que al utilizar el término “podrán” permite a tales instituciones acceder a inversiones previstas en diferentes disposiciones.

Para el Tribunal resulta impensable que las leyes tributarias puedan eliminar las talanqueras puestas por otras leyes que restringen la actividad de las fiduciarias, cosa que es difícil de entender, ya que no se trata de destruir tales regulaciones, sino de crear por razones especiales como las señaladas en las Leyes 218 de 1995 y 383 de 1997, unas excepciones puntuales y regladas.

La actora al invocar la buena fe en ningún momento pretendió eximir su responsabilidad, puesto que se basa en hechos objetivos como la existencia del artículo 2º de la Ley 218 de 1995, la aprobación por la Superintendencia Bancaria de los estados financieros sin observación al respecto, y la autorización de la DIAN de las compensaciones como reconocimiento de los beneficios tributarios.

Se violó el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, bajo el entendido de una presunta prolongación de la conducta en el tiempo, de tracto sucesivo, al contar la caducidad desde el acaecimiento del último acto.

En la Resolución sanción se dice que la actora violó los artículos 110 numeral 2º y 147 del E.O.S.F., con base en una interpretación particular de dichas normas, al afirmar que son sólo esas y ninguna otra las inversiones que pueden realizar las entidades fiduciarias, sin que se esté frente a un tipo de sanción que delimite la conducta a sancionar, es decir, que se aplica por extensión.

Lo cierto es que las inversiones que motivan la sanción fueron realizadas en octubre y diciembre de 1996 y diciembre de 1997 y por ser de conducta instantánea, caducaron en octubre y diciembre de 1999 y diciembre de 2000, por lo que aquélla fue impuesta después de acaecida la caducidad.

El propósito de la multa fue imponer la “teoría de los estatutos especiales”, que desconoce la libertad y capacidad para contratar, que en el caso de las personas jurídicas se enmarca dentro de las previsiones de la Ley y el contrato social.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** reiteró lo dicho en el recurso de apelación.

La **parte demandada** señaló que el recurso de apelación fue sustentado de manera impropia, en la medida en que la labor del apelante se contrajo en reiterar los argumentos de la demanda, sin concretar con claridad las razones de hecho y de derecho que motivaron su inconformidad con la providencia atacada.

El actor parte de un planteamiento equivocado al considerar que con ocasión de la Ley 218 de 1995, se amplió el portafolio de inversiones previsto en forma restrictiva para las sociedades fiduciarias en el artículo 147, en armonía con el 110 del E.O.S.F., con desconocimiento

de que este tipo de entidades tiene un objeto social reglado y exclusivo.

El artículo 13 de la Constitución Política se refiere a una igualdad material ante la ley y no a una igualdad formal, de suerte que cuando se regulan sectores desiguales, se derivan también condiciones particularmente diferentes para las personas que no se encuentran en el mismo supuesto de hecho.

De ahí que ninguna sociedad de servicios fiduciarios estaba facultada por la Ley Páez para realizar inversiones en entidades con objeto social diferente a las expresamente autorizadas en el régimen especial.

La Superintendencia Bancaria no está facultada para aprobar estados financieros, situación bien distinta es que las instituciones financieras deban someterlos al órgano de control y vigilancia para que imparta su autorización de someterlos a aprobación, y en el caso de los balances de cierre de ejercicio para su posterior publicación, sin que con ello se vulnere el principio de buena fe.

En cuanto a la violación del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, si bien las inversiones se realizaron en los años de 1996 y 1997, la realidad es que ese hecho permaneció contable y financieramente hasta el mes de noviembre de 2000, fecha en que la Superintendencia ordenó desmontar las inversiones, por lo cual la

sanción impuesta en la Resolución 0461 de mayo 9 de 2001, notificada personalmente en ese mismo mes y año, es oportuna.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público estimó que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada por las siguientes razones:

Carece de sustento pretender que la Ley 218 de 1995, autorizara la realización de operaciones a las entidades fiduciarias, puesto que esta regulación solo deviene del Gobierno, por mandato Constitucional.

Si bien los estados financieros fueron aprobados, ello no quiere decir que las operaciones estuvieran acorde con las autorizadas legalmente, puesto que sólo revelan su registro contable, sin perjuicio de que la Superintendencia pueda verificar su procedencia, lo que en manera alguna vulnera el principio de la buena fe.

Las inversiones constituyen una infracción continuada, por lo que el término de caducidad debe contarse desde la cesación de la administración de los recursos de que se trate y como en este caso no ocurrió, no le asiste razón al recurrente en este punto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe la Sala determinar la legalidad de los actos administrativos por medio de los cuales la Superintendencia Bancaria impuso sanción

pecuniaria a Alianza Fiduciaria S.A., por realizar inversiones que no están autorizadas para las sociedades que prestan servicios fiduciarios.

De acuerdo con los términos del recurso de apelación, la sociedad considera que los incentivos tributarios destinados a la zona afectada por la avalancha del Río Páez (Leyes 218 de 1995 y 383 de 1997) le permitían efectuar inversiones en una sociedad ubicada en esa zona, sin perjuicio de las demás operaciones autorizadas por los artículos 110 y 147 del E.O.S.F., entre otras razones, porque su contenido no es restrictivo sino meramente enunciativo del tipo de negocios que una entidad fiduciaria puede realizar, lo que permite acceder a operaciones previstas en diferentes disposiciones legales.

Resulta vulnerado el principio de igualdad, al discriminar a las fiduciarias dentro de los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta cobijados con el beneficio fiscal. Además, la sociedad actuó de buena fe con el convencimiento de que la existencia del artículo 2° de la Ley 218 de 1995, la aprobación de los estados financieros por la Superbancaria y la autorización de la compensación por la DIAN, avalaban las respectivas inversiones. Por último, sostuvo que se presenta caducidad de la facultad sancionatoria, porque las inversiones se efectuaron en 1996 y 1997, por lo que al imponer la sanción en el año 2001, ya había caducado.

La Sala observa que las sociedades fiduciarias tiene por actividad

principal la celebración de negocios fiduciarios traslaticios y no traslaticios, es decir, de contratos de fiducia mercantil y de encargo fiduciario, a través de los cuales gestionan negocios ajenos, su capacidad jurídica se circunscribe a la realización de tales negocios, y se extiende tanto a aquellos actos directamente relacionados con dicho objeto social principal como a los que tengan por finalidad cumplir las obligaciones y ejercer los derechos derivados de la existencia y funcionamiento de la compañía (art. 1226 y s.s. del C.Co).

Es necesario precisar que las instituciones financieras por su carácter de sociedades mercantiles, si bien están sometidas al régimen ordinario (comercial), por mandato constitucional deben atender preferencialmente la legislación especial que regula la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público (art. 150 num. 19, literal d) C.P.), inspirados en razones de orden público e interés social.

En efecto, el legislador ha excepcionado del régimen general a aquellas entidades que están estrechamente vinculadas con el ahorro de la sociedad, en busca del mantenimiento de un entorno jurídico que ofrezca seguridades suficientes para mantener la confianza del público en el sistema financiero, conocida doctrinalmente como la “teoría de los estatutos especiales”¹

¹ Cátedra de Derecho Bancario Colombiano. Néstor Humberto Martínez Neira. Editorial Legis. Segunda Edición. Año 2004.

Dicha teoría consiste en que las instituciones financieras son empresarios sometidos preferentemente al régimen particular previsto para ellas en el Estatuto Bancario y en defecto de norma imperativa especial, por el régimen común consignado en la Ley de sociedades comerciales.

Precisamente el artículo 2034 del Código de Comercio establece que las entidades financieras están sujetas al estatuto mercantil, salvo que existan normas imperativas especiales de la legislación bancaria que las exceptúen de su acatamiento.

En el caso en estudio, la Sala observa que el Estatuto Orgánico Sistema Financiero, en el Capítulo relativo a las operaciones de las sociedades fiduciarias, en el artículo 147 contempla las inversiones autorizadas con recursos propios, como en el capital de sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías; bolsas de valores y sociedades comisionistas de estas bolsas y bolsas de futuros y opciones y sociedades comisionistas de estas bolsas. Así mismo, las sociedades fiduciarias podrán efectuar inversiones en títulos representativos de participación en fondos mutuos o fondos de inversión internacionales cuyo portafolio esté conformado por títulos de renta fija exclusivamente, en los términos y condiciones que para el efecto establezca la Superintendencia Bancaria.

Igualmente el numeral segundo del artículo 110 ib. determina que previa autorización general del Gobierno Nacional, los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros y las sociedades de capitalización podrán poseer acciones en sociedades anónimas cuyo único objeto sea la prestación de servicios técnicos o administrativos, necesarios para el giro ordinario de los negocios de dichas instituciones.

Y la Resolución 775 de 1991 contempla el objeto social de las empresas de servicios técnicos o administrativos donde las instituciones financieras pueden invertir, así:

- a) *EMPRESAS DE SEGURIDAD: Vigilancia privada de inmuebles, muebles o personas; transporte, almacenamiento, manipulación y custodia de todo tipo de valores; impresión de documentos de seguridad tales como cheques, bonos y acciones.*
- b) *EMPRESAS DE ADMINISTRACION DE DEPOSITOS DE VALORES Y SERVICIOS CONEXOS: administración de depósitos centralizados de valores, de sistemas de compensación y de información centralizada de operaciones en el mercado de valores.*
- c) *EMPRESAS DE SERVICIOS DE COBRANZAS: administración y cobro extrajudicial o judicial de cartera.*
- d) *EMPRESAS DE SISTEMAS Y SERVICIOS DE INFORMATICA: Programación de computadores; la comercialización de programas; la representación de compañías nacionales o extranjeras productoras o comercializadoras de programas; la organización, conexión y administración de redes de cajeros automáticos para la realización de transacciones u operaciones; procesamiento de datos y manejo de información en equipos propios o ajenos para la elaboración de la contabilidad, la creación y organización de archivos y la realización de cálculos, estadísticas e informes en general; así como la comunicación y transferencia electrónica de datos.*

De tal manera que las disposiciones legales citadas delimitan las inversiones que una sociedad fiduciaria puede realizar, con una naturaleza especial y preferente en la medida en que regula específicamente las operaciones para este tipo de entidades, sin que la consagración legal de una determinada prerrogativa fiscal, permita a esas entidades desconocer la normatividad que le es propia.

Por ende, los beneficios tributarios consagrados en las Leyes 218 de 1995 y 383 de 1997 para la Zona del Río Páez, son directrices generales en materia impositiva, que en manera alguna contrarían los preceptos especiales del Ordenamiento Financiero, que deben ser atendidos por las instituciones sometidas a su regulación.

Entonces, la legislación financiera contiene las normas especiales para las sociedades que prestan servicios fiduciarios, en concreto, frente a las inversiones autorizadas, sin que establezca ningún tipo de excepción relacionada con incentivos fiscales o con la utilidad que reportaría invertir en cualquier sociedad de servicios técnicos o administrativos, diferente a las señaladas por el gobierno. Además a los beneficios tributarios consagrados para la Zona del Río Páez bien podría accederse si la inversión se realizó en las señaladas empresas de servicios técnicos o administrativos o en las descritas en el artículo 147 del E.O.S.F.

Es por ello, que carece de validez el argumento del apelante de considerar los artículos 110 y 147 ib. como meramente enumerativos o

enunciativos de las inversiones procedentes, pues su alcance es taxativo y restrictivo, en aras de cumplir con el cometido constitucional de preservar la estabilidad económica de las entidades fiduciarias y proteger los recursos captados del público.

En el sub lite, la Sala observa que ALIANZA FIDUCIARIA S.A. es una sociedad de servicios financieros, fiduciaria, sometida a control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (fl. 22 e), lo que la obliga a acatar los parámetros de inversión plasmados en el Estatuto Financiero.

Se advierte que se encuentra acreditado en el plenario que entre noviembre y diciembre de 1996 y diciembre de 1997 (fl.39 c.2), la actora invirtió en la sociedad COBELSA S.A. ubicada en Caloto - Cauca (Zona Páez) cuyo objeto social corresponde a la producción, fabricación, elaboración, procesamiento, distribución, envase, adquisición, importación y exportación de productos alimenticios en general, gaseosas, cervezas, jugos, bebidas y similares (fl.66 e).

En igual forma realizó inversiones en la sociedad SODELCO S.A. en enero de 1997 y enero de 1998 (fl. 40 c.2) que según su objeto social se dedica a la promoción, construcción, montaje y administración de centros comerciales y almacenes por departamentos en Colombia y el exterior (fl. 73 e).

Como se aprecia la actividad desarrollada por las dos sociedades

citadas, no se enmarca dentro de los lineamientos descritos por el legislador financiero para que la fiduciaria estuviera autorizada para invertir en ellas, como quiera que no corresponden a entidades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, bolsas de valores, comisionistas de bolsas (art. 147 E.O.S.F.) entre otras, ni a las empresas de prestación de servicios técnicos o administrativos descritas por la Ley y el gobierno (art. 110 num. 2° ib. en armonía con la Res. 775 de 1991), necesaria para el giro ordinario de los negocios o que tengan relación directa de medio a fin con su objeto social exclusivo.

Por tanto, la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), ante un claro desconocimiento de las normas especiales que regulan las operaciones de las sociedades dedicadas a la prestación de servicios fiduciarios, en uso de las facultades de prevención y sanción, previas las explicaciones pertinentes, le impuso la respectiva sanción a la accionante (arts. 325 literal d), 326 num.5 literal i) del E.O.S.F.).

El artículo 211 del E.O.S.F. establece:

ART. 211.- Sanciones administrativas. Cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que éstos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá la establecimiento, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional no menor de (...) (Subrayas fuera de texto)

Del texto transcrito es claro que se tipifica como sanción administrativa la conducta que cualquier institución sujeta a vigilancia de la Superintendencia Bancaria viole la norma legal a la que debe estar sometida, por lo que no se trata de una interpretación extensiva por parte del órgano de control, sino de una situación prevista en la ley como sancionable.

De tal manera, que no se vulnera el principio de igualdad constitucional que alega el impugnante, puesto que a ninguna entidad fiduciaria se le permite realizar inversiones en la sociedad que desee, en la medida en que existe una normatividad especial y preferente que determina la operaciones autorizadas.

Lo anterior en armonía con las reglas de interpretación jurídica, que determinan que a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general (art. 5° de la Ley 57 de 1887), razón por la cual los preceptos tributarios o los contenidos en el ámbito comercial, carecen de la virtud de desplazar el ordenamiento financiero concebido para las sociedades fiduciarias, entre otras, entidades financieras, en caso de que llegase a contrariarlos, situación que no se advierte frente a las Leyes 218 de 1995 y 383 de 1997.

Así las cosas no se presenta ninguna discriminación con los demás contribuyentes del Impuesto de Renta y Complementarios, porque a diferencia de ellos, las sociedades fiduciarias se rigen por una

determinada compilación legal que representa la intervención del Estado en la preservación de la economía, la protección del ahorro, la garantía de un adecuado financiamiento del sector productivo, cuyos resultados redundan en el interés general.

Tampoco se presenta un asalto a la buena fe de la compañía, pues la aprobación de los estados financieros es un control simplemente contable, que no descarta la vigilancia y supervisión de la Superintendencia sobre sus operaciones, máxime sin son ajenas a los postulados legales y pueden poner en riesgo la estabilidad financiera de una entidad fiduciaria.

En cuanto a la caducidad de la acción sancionatoria (art. 38 del C.C.A.) ésta no tuvo ocurrencia, pues se trata de una infracción continuada en donde se tiene en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación, y como la actora ha mantenido las inversiones hasta cuando mediante oficio de noviembre 9 de 2000 (fl.70 e.) la Superbancaria le solicitó que procediera a desmontar tales inversiones, la Sala estima que la aplicación de la sanción con la Resolución 0461 del 9 de mayo de 2001 es oportuna.

No sobra señalar que la Sala² ha estimado que el término de caducidad se extiende hasta la notificación del acto sancionatorio, independientemente de la interposición de los recursos.

² Sentencia del 18 de septiembre de 2003, expediente 13353, M.P. Dra . Ligia López Díaz.

En conclusión, los cargos del recurso de apelación no tienen vocación de prosperidad, razón por la cual se confirmará el fallo de primera instancia.

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 apelada.

RECONÓCESE para actuar a nombre de la demandada al abogado VICTOR HERNANDO GAMEZ VILLALOBOS en los términos del poder conferido.

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

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

JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

Presidente de la Sección

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Apoderados: Álvaro Salcedo Flores
 Sandra Helena Mejía García
 Víctor Hernando Gámez Villalobos

M.P. Dr. HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS
TRIBUNAL DE CUNDINAMARCA.

TEMA: Sanción de la Superintendencia Bancaria a una entidad fiduciaria por realizar inversiones no autorizadas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

ED.