



**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**  
**SECCION PRIMERA**

**Bogotá, D.C. diecisiete (17) de septiembre de dos mil quince (2015).**

**CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

**REF: Expediente núm. 2005-01294-01**  
**Apelación contra la sentencia de 26 de noviembre de 2009**  
**proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**  
**Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia del 26 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que decidió: (i) declarar la nulidad de la Resolución Sancionatoria No. 230-001738 del 6 de abril de 2005 y la Resolución No. 230-002349 del 9 de junio de 2005, proferidas por el Superintendente de Sociedades Delegado para la Inspección, Vigilancia y Control, mediante las cuales se impuso sanción, por supuesta infracción al régimen cambiario a tres fondos de pensionados administrados por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.; (ii) declarar a título de restablecimiento del derecho que ni la administradora de los tres fondos sancionados ni éstos, están en la obligación del pago de la sanción impuesta en los actos que se

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

anulen; (iii) ordenar el desglose de la póliza otorgada por BBVA Seguros No. 015004405393 (f.120), aportando la factura de pago de la prima (f.121) su entrega al apoderado del actor BBVA HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; en las copias de la póliza que queden en el expediente se dejará constancia de que la misma quedó anulada por no prosperidad de la acción garantizada.

## **ANTECEDENTES**

### **I.1.La demanda**

La empresa **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**, por medio de apoderado, presentó demanda en ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra la Superintendencia de Sociedades con el fin de que:

1. Se declare la nulidad de la actuación administrativa demandada, a través de la cual se impuso y confirmó a tres de los fondos de pensiones administrados por su representada, una sanción por la suma total de ciento dieciséis millones novecientos noventa y siete mil trescientos veintisiete pesos colombianos (COP\$116.997.327.00) por una supuesta infracción cambiaria, actuación administrativa integrada por los siguientes actos:

a. Resolución Sancionatoria No. 230-001738 del 6 de abril de 2005, proferida por el Superintendente de Sociedades Delegado para la Inspección, Vigilancia y Control, mediante la cual se impuso la mencionada sanción, por supuesta infracción al régimen cambiario.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

b. Resolución No. 230-002349 del 9 de junio de 2005, proferida por el Superintendente de Sociedades Delegado para inspección, Vigilancia y Control, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición confirmando la sanción inicialmente impuesta y agotando la vía gubernativa.

2. Que como consecuencia de lo anterior, se restablezca en su derecho a su representada, preservando los recursos de los afiliados a los fondos sancionados y administrados por ella, declarando la no procedencia total o parcial, según el caso, de la sanción pecuniaria allí impuesta a los fondos; y ordenando, si es del caso, la devolución de cualquier suma que eventualmente fuera necesario pagar a la Administración por este concepto, con los ajustes a su valor autorizados por la ley aplicable, incluyendo pero no limitado al ajuste a que se refiere el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo.

**Fundamentos de hecho y de derecho:**

El actor relaciona en la demanda los siguientes hechos:

Señala, al referirse a la personería de los Fondos, que su representada BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías -en adelante BBVA Horizonte- es una entidad de servicios financieros domiciliada en Bogotá, con permiso de funcionamiento concedido mediante Resolución #4432 de 1991, y sometida a vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Mediante Resoluciones S.B. 0614 de 1994c y oficios 94014904-9 de 1994, 970211483-7 de 1998 y 2000089319 de 2000, la Superintendencia Bancaria autorizó a BBVA Horizonte para administrar los Fondos de Pensiones (i) Horizonte, (ii) Voluntarias Horizonte Premium y (iii) Voluntarias Horizonte Plus, respectivamente.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Los actos acusados imponen una sanción a los Fondos, los cuales no son sociedades, carecen de personería jurídica propia, son patrimonios autónomos de propiedad de los afiliados e independientes del patrimonio de la sociedad administradora, en este caso BBVA Horizonte, y además, sólo responden de las prestaciones derivadas de los planes correspondientes.

De conformidad con los numerales 1 y 2 del artículo 3 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, BBVA Horizonte, por ser una sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías, es una entidad de servicios financieros y por ende, tiene el carácter de institución financiera. Por lo anterior, BBVA Horizonte, incluyendo lo relativo a la administración de los Fondos, se encuentra sometida a la exclusiva vigilancia de la Superintendencia Bancaria y no de la Superintendencia de Sociedades.

Las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y cesantías tienen por objeto exclusivo la administración y manejo de estos fondos.<sup>1</sup>

BBVA Horizonte tiene como único objeto administrar y manejar los recursos de los fondos, entre otros fondos de pensiones y cesantías cuyo manejo ha sido autorizado a su representada por la Superintendencia Bancaria; función dentro de la cual está la de efectuar las inversiones con cargo a los recursos de los fondos, de acuerdo con la ley aplicable (artículo 169, Decreto 663 de 1993) y con sus facultades estatutarias.

---

<sup>1</sup> Artículos 30 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y 1 del Decreto 656 de 1994.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

De conformidad con la Resolución 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República, las inversiones financieras o activos en el exterior son operaciones de cambio, que tienen la posibilidad de efectuarse por los residentes en el país ya sea a través del mercado cambiario o del mercado libre (art. 7 de dicha resolución).

De acuerdo con la legislación cambiaria aplicable para la época de los hechos, cuando las inversiones financieras en el exterior de un mismo residente excedieran de un monto total acumulado de USD \$ 500.000, era obligación de ese residente registrar dicha inversión ante el Banco de la República. Nótese que si hecha y registrada la inversión, el residente vendía (o redimía) su inversión y los frutos de dicha redención de la inversión financiera en el exterior originaria no eran canalizados en el país sino que eran reinvertidos en una nueva inversión financiera en el exterior, no existía obligación de registrar dicha reinversión por cuanto se considera que el registro de la operación originaria era suficiente.

En el caso particular, BBVA Horizonte en su calidad de administradora de los Fondos, y en desarrollo de su objeto social, efectúa constantemente inversiones financieras en el exterior. En algunos casos las hace girando recursos desde el país, a través de los mecanismos cambiarios permitidos, y en otros casos, efectúa las inversiones con los recursos que posee en el exterior, fruto de la redención de inversiones ya registradas en Colombia. A las primeras inversiones las podríamos llamar originarias y a las segundas derivadas, dado que provienen de recursos de las primeras.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Para el caso que nos ocupa, tanto para las operaciones originarias como para las derivadas, se solicitó el registro de las operaciones ante el Banco de la República, registro que alega la administración fue realizado extemporáneamente. Sin embargo, es necesario aclarar que para las operaciones derivadas no era necesario solicitar el registro, pues las mismas no eran nuevas inversiones en el exterior, sino simplemente era el cambio de una inversión por otra.

De otro lado, existe un grupo mayoritario de operaciones de inversión financiera en el exterior (originarias y derivadas), pero también se incluyó en la investigación un grupo de operaciones que no son de inversión (es decir de compra), sino que son de redención (es decir de venta de la inversión), por las cuales no tiene sentido aplicar la sanción por extemporaneidad en el registro de la inversión por el hecho de ser una redención.

Adelantada la investigación cambiaria correspondiente y agotada la vía gubernativa, la Administración decide imponer sanción a los Fondos más no a la sociedad administradora, por el registro extemporáneo de todas las operaciones de que trata este caso, sin diferenciar entre originarias y derivadas, ni entre de compra y de venta.

Lo anterior es importante por cuanto la sanción que se impone es por el registro extemporáneo de las operaciones de inversión, predicable de las

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

operaciones originarias, pero sin lugar a duda inaplicable respecto de las operaciones derivadas sin obligación de registro, ni de la venta donde tampoco la obligación de registro era aplicable.

Luego, se refiere a las operaciones objeto de la sanción en particular concluyendo que las inversiones financieras en el exterior, fueron realizadas y registradas en su momento en el Banco de la República. En consecuencia, las operaciones que con el producto de esas inversiones se efectuaron también deberán ser excluidas de la base para calcular la correspondiente sanción.

Mediante Auto No. 230-003394 proferido por la Administración, el día 29 de marzo de 2004, por la Coordinadora del Grupo de Inversiones y Deuda Externa de la Superintendencia de Sociedades y notificado personalmente el día 22 de abril de 2004, se formularon los cargos.

El día 13 de mayo de 2004, la empresa, a través de apoderado especial, presentó respuesta al auto de formulación de cargos con las razones de hecho y de derecho suficientes y conducentes para desestimar los cargos.

El día 6 de abril de 2005 el Superintendente Delegado para Inspección, Vigilancia y Control profiere la Resolución No. 230-001738, confirmando la totalidad de los cargos formulados e imponiendo equivocadamente sanción cambiaria a cada uno de los Fondos y no a BBVA Horizonte que es la

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

sociedad administradora de los fondos. Esta Resolución fue confirmada íntegramente por la Resolución No. 230-002349, a través de la cual decide el recurso interpuesto contra aquella.

**Normas violadas y concepto de la violación:**

Señala como normas violadas los artículos 29 de la Constitución Política; 35, 48, 59 y 84 del Código Contencioso Administrativo; 3(1), 3(2), 30, 168, 362(3-g) y 327(4.1.E) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero; 82 y 228 de la Ley 222 de 1995; 97 de la Ley 100 de 1993; el artículo 4(c) de la ley 90 de 1991; 15 del decreto 1080 de 1996; 1 del Decreto 656 de 1994; 2 del Decreto 1735 de 1993; 159 y 168 del Decreto 663 de 1993; 3 del Decreto 1746 de 1991; el Decreto 2116 de 1992; y la Circular Reglamentaria DCIN 23 de 2002 del Banco de la República.

Al precisar las normas violadas y concepto de la violación, el demandante planteó los siguientes cargos:

**Indebida imposición de una sanción cambiaria a los Fondos**

La decisión de sancionar a los fondos de pensiones por la supuesta violación del régimen cambiario, se encuentra viciada de nulidad por encontrarse **indebidamente motivada** en el supuesto equivocado de que

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

fueron Los Fondos quienes supuestamente violaron el régimen cambiario de inversiones financieras en el exterior.

Adicionalmente, dicha decisión está viciada de nulidad por **aplicarse indebidamente el régimen cambiario a patrimonios autónomos que no son sujetos de sanciones cambiarias.**

A lo largo de la vía gubernativa, el actor expuso ampliamente que la Administración aceptó el que los Fondos son patrimonios autónomos y no personas jurídicas; y, que por lo tanto, estos no tienen capacidad legal propia para actuar. Que si bien los recursos de los afiliados en los Fondos, fueron invertidos por su representada en su calidad de sociedad administradora, fue ésta y no los Fondos, la persona jurídica que realizó las inversiones.

Según los artículos 97 de la Ley 100 de 1993, 159 del Decreto Ley 663 de 1993 y 168 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los Fondos a los que la Administración impone sanción, son patrimonios autónomos de propiedad de los afiliados e independientes del patrimonio de la sociedad administradora. Este tipo de Fondos no son sociedades y carecen de personería jurídica propia.

Por otra parte, el artículo 168 (ordinal 5), expresamente limita la responsabilidad de los Fondos única y exclusivamente a las prestaciones

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

derivadas de los planes correspondientes, sin quedar vinculados por las obligaciones de la sociedad administradora.

Claramente la Administración ha debido direccionar sus cargos al verdadero y único sujeto cambiario que es la sociedad administradora, pero no lo hizo así y siguió adelante su actuación respecto de los Fondos que además, se resalta, nunca se hicieron parte en la vía gubernativa agotada.

Así mismo, frente a la naturaleza de los patrimonios autónomos, la misma Superintendencia de Sociedades (que adelantó la actuación administrativa demandada) ha dicho que los patrimonios autónomos carecen de los atributos que son propios de la persona natural o jurídica, pues si bien la fiducia, en los términos del artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, supone la transferencia de los bienes fideicomitados, en virtud de la celebración del contrato, los mismos se encuentran afectos a una finalidad específica, que corresponde ejecutarla al fiduciario. Entonces, a pesar de la autonomía que caracteriza los patrimonios autónomos, éstos no son sujetos de derechos y obligaciones diferentes a los establecidos en el contrato, aunque es indiscutible que la sociedad fiduciaria lleva la personería del mismo a fin de proteger y defender los bienes fideicomisitos contra actos de terceros, del beneficiario y del mismo constituyente. (Núm. 1 y 4 Art. 1234 Ibídem)<sup>2</sup> (Subrayado fuera del texto).

---

<sup>2</sup> Superintendencia de Sociedades, Concepto 220-000754 del 13 de enero de 2004.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

De lo anterior es claro que si bien los fondos de pensiones se constituyen como un patrimonio autónomo, cuyos bienes están separados de la sociedad administradora, dicha situación no deriva en que los mismos gocen de personería jurídica propia, y por lo tanto que puedan ser considerados como residentes para efectos cambiarios, ni ser susceptibles de sanción cambiaria.

La Administración, además, trata de legitimar la actuación administrativa demandada y la sanción a los Fondos, en el hecho de que la sociedad administradora, identificó como inversionista a cada uno de los mismos.

Recalca que los Fondos no son sujetos cambiarios y que respecto de ellos no se puede exigir ni predicar el cumplimiento de las obligaciones cambiarias propias del inversionista que, en este caso, es su la sociedad administradora, a la que extrañamente la Administración no formuló cargos (artículo 2 del Decreto 1735 de 1993).

Manifiesta que el derecho sancionatorio cambiario aplicable confirma la conclusión anterior, al autorizar sólo sanciones a las personas naturales o jurídicas, no pudiendo los Fondos ser considerados como sujetos sancionables.

Finalmente, no puede (como lo pretende la Administración) predicarse de la autonomía patrimonial de los Fondos, una capacidad legal *sui generis*

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

para que éstos cuenten con atributos o cualidades propias de las personas jurídicas; capacidad que les permita actuar de manera similar a la de estas, porque las normas aplicables son claras en reconocer, única y exclusivamente, una autonomía patrimonial y no una autonomía legal.

Agrega que, de acuerdo con el objeto social de BBVA Horizonte, le corresponde, dada su calidad de sociedad administradora de los Fondos, invertir los recursos de estos patrimonios.

**Falta de Competencia de la Superintendencia de Sociedades respecto de entes legales de naturaleza no societaria.**

La Administración, al sancionar a los Fondos, ejerció indebidamente su competencia sobre entes legales de naturaleza no societaria.

Expresa que de acuerdo con el artículo 82 de la Ley 222 de 1995, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades ejercer la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales y otras entidades que determine la ley, en los términos establecidos por las normas vigentes.

Reitera que los Fondos no son sociedades comerciales; por lo tanto, la Superintendencia de Sociedades no tenía competencia cambiaria para investigarlos, formularles cargos e imponerles sanciones cambiarias.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Indica que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades, en materia cambiaria, debe ser ejercida por ésta dentro de los límites previstos por el marco legal aplicable, integrado por el artículo 3 del Decreto 1746 de 1991, y el artículo 2. Ordinal 15, del Decreto Ley 1080 de 1996, conforme a los cuales aquella puede ejercer las funciones relacionadas con el cumplimiento del régimen cambiario por parte de personas naturales o jurídicas, así como sobre operaciones de endeudamiento externo, efectuadas por empresas o sociedades públicas o privadas.

**Falta de Competencia de la Superintendencia de Sociedades sobre instituciones financieras sometidas exclusivamente a la vigilancia y control de carácter privativo de la Superintendencia Bancaria.**

Reitera que la Superintendencia de Sociedades no tenía competencia, en materia cambiaria, sobre instituciones financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, especialmente cuando las operaciones investigadas fueron realizadas en su calidad de institución financiera.

De acuerdo con el artículo 5º del Decreto 2116 de 1992, es competencia de dicha Superintendencia, ejercer las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en las materias y con el alcance que le han sido asignadas por dicha norma.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Por su parte, el artículo 2 *ibídem*, clara y expresamente prevé que el control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario de las instituciones financieras, debe ser ejercido privativamente por la Superintendencia Bancaria, sin distinguir o limitar las materias cambiarias sobre las cuales la Superintendencia debe ejercer esta competencia.

Indicó que BBVA Horizonte tiene como único objeto administrar y manejar los recursos de Los Fondos, entre otros, fondos de pensiones y cesantías cuyo manejo ha sido autorizado a su representada por la Superintendencia Bancaria, y fue en ejercicio de sus funciones que BBVA Horizonte realizó las inversiones financieras por las que se sancionó a los Fondos.

De acuerdo con el artículo 82 de la Ley 222 de 1995, le corresponde a la Superintendencia de Sociedades ejercer la inspección, vigilancia y control específicamente respecto de las sociedades comerciales, y otras entidades que determina la ley, en los términos establecidos por las normas vigentes.

Por otro lado, el artículo 228 *ídem* (ley posterior) establece claramente que todas las facultades y competencias atribuidas por la Ley a la Superintendencia de Sociedades, serán ejercidas por la superintendencia competente que ejerza vigilancia sobre la respectiva sociedad, si dichas facultades están expresamente asignadas.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Adicionalmente, transcribe los artículos 326 (numeral 3, literal g) y 327 (numeral 4.1, literal e) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, donde se establece que es competencia de la Superintendencia Bancaria, vigilar el cumplimiento de las disposiciones emanadas de la Junta Directiva del Banco de la República.

Advierte que la competencia para el control y vigilancia en materia cambiaria respecto de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, se encuentra clara, legal y expresamente radicada en cabeza de esta última no de la Superintendencia de Sociedades.

Del análisis integral de todas las normas antes citadas, concluye que cuando la Ley NO asigna expresamente competencia de control y vigilancia a otra superintendencia, la competencia será de la Superintendencia de Sociedades, y en consecuencia, es esta última quien ejercerá el control y vigilancia en materia de las operaciones de inversión y deuda externa. No obstante lo anterior, dichas normas también establecen clara y expresamente que, cuando las sociedades estén vigiladas por la Superintendencia Bancaria o de Valores, las competencia en materia cambiaria es de éstas y no de la Superintendencia de Sociedades.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Acota que siendo la sociedad administradora de los Fondos una institución financiera sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Sociedades no tenía competencia cambiaria bajo ningún punto de vista, ni siquiera en virtud de su cláusula de competencia residual, la cual como se vio, encuentra sus límites legales en las competencias asignadas a otras superintendencias.

**Nulidad por falta de notificación y de vinculación de los Fondos a la actuación administrativa.**

Indica que ante el remoto evento en que se decidiera tratar a los Fondos como sujetos de obligaciones y sanciones cambiarias, como lo ha afirmado la Administración, es forzoso concluir que la totalidad de la actuación cambiaria adelantada por la Administración está viciada de nulidad, por cuanto los actos que las comprenden, nunca fueron notificados a los Fondos, ni éstos se hicieron parte en la vía gubernativa, de acuerdo con el artículo 48 del C.C.A.

**Indebida motivación de la resolución recurrida.**

Con ocasión de la resolución sancionatoria, la Administración omitió referirse a los argumentos presentados en la respuesta a la formulación de cargos.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Sostiene que tal circunstancia fue puesta de manifiesto en el correspondiente recurso de reposición, ante lo cual en la resolución que resolvió dicho recurso, la Administración minimiza la gravedad de la omisión e indica que las contradicciones que allí se observan no serán expuestas totalmente para no hacer más extensa la Resolución.

En el *sub examine*, la estimación de los diferentes argumentos de defensa presentados por BBVA Horizonte en la respuesta a la formulación de cargos, exigía de la Administración un pronunciamiento expreso y detallado sobre cada uno de ellos, lo cual no se suple con la simple enunciación de normas.

**Violación al debido proceso e indebida motivación de la resolución por falta de claridad y publicidad en los factores utilizados para determinar las sanciones cambiarias impuestas.**

Advierte que en la resolución sancionatoria, se liquidaron las sanciones a cargo de los Fondos, a partir de una particular adición de los montos de las operaciones respecto a las cuales se investiga a cada uno, sin señalar la tasa de cambio aplicada, y por ende, sin indicar las cantidades en las cuales se apoya, ni los porcentajes aplicables.

Expresa que la Administración, no cumplió con su deber de establecer de manera clara los factores necesarios para tasar la multa y las razones de

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

su tasación, por lo que la omisión de esta determinación terminó afectando el ejercicio del derecho de contradicción y de defensa del actor.

**Improcedencia de la sanción sobre re-inversiones de recursos provenientes de la redención de las inversiones previas**

Explica que consta en el certificado del revisor fiscal aportado, que los recursos para las operaciones cuya exclusión se solicitó, fueron originados en la liquidación y venta de títulos previamente adquiridos por el BBVA Horizonte con los recursos de los Fondos; y más importante aún, la compra de dichos títulos originarios ya había sido previamente registrada ante el Banco de la República.

Indica que de acuerdo con la Circular Reglamentaria DCIN 23 del 9 de mayo de 2002 del Banco de la República, una vez canalizados y registrados los recursos para la realización de una inversión financiera en el exterior, el inversionista colombiano sólo está obligado a reportar ante el Banco de la República la cancelación y reintegro de divisas provenientes de dicha cancelación de la inversión, pero no así cuando la inversión era cancelada para ser sustituida por otra en el exterior sin que hubiera reintegro, tal y como ocurrió en las operaciones efectuadas por la sociedad administradora con recursos de los Fondos y que ha debido excluir de la base para las sanción.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Solicita, reiteradamente, que en el remoto evento de aceptarse la posición equivocada de la Administración referente a que los Fondos sí son sujetos cambiarios, y que, por lo tanto, los argumentos de la demanda en este sentido no prosperan, proceda a declarar la ilegalidad parcial de la actuación demandada, excluyendo de la base para el cálculo de la sanción, las operaciones a que se hace referencia en esta sección por valor total de USD\$27,954,144.81, por las razones de hecho y de derecho antes expuestas.

## **I.2. La contestación de la demanda.**

La Superintendencia de Sociedades, por medio de apoderada, contestó la demanda con los argumentos que se resumen a continuación:

### **Las atribuciones de la Superintendencia de Sociedades en materia cambiaria y las normas que resultaron violadas.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Decreto 2116 de 1992, en armonía con el artículo 82, inciso segundo, de la Ley 222 de 1995, y 4°, numeral 25, del Decreto Extraordinario 1080 de 1996, corresponde a la Superintendencia de Sociedades ejercer funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen Cambiario en materia de inversión extranjera realizada en Colombia y de inversión realizada por sociedades colombianas en el exterior, así como las

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

operaciones de endeudamiento en moneda extranjera efectuadas por sociedades domiciliadas en Colombia.

Indica que el artículo 5 del Decreto 2116 de 1992, otorgó competencias por materias y no por sujetos, y es así como en el artículo 2º se le otorgan facultades a la Superintendencia Bancaria en relación con las entidades financieras cuando actúan como intermediarias del mercado cambiario.

Añade que para el efecto, el artículo 58 de la Resolución 8 de 2000 del Banco de la República, señala que serán intermediarios cambiarios los bancos comerciales, los bancos hipotecarios, las corporaciones financieras, las compañías de financiamiento comercial, la financiera Energética Nacional, FEN, el Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A., BANCOLDEX, las cooperativas financieras, las sociedades comisionistas de bolsa y las casas de cambio y como tales podrán realizar las operaciones de cambio de acuerdo a la clasificación señalada en el artículo 50 *ibídem*.

Del análisis de las citadas normas coligió que, dichas Entidades, como intermediarias del mercado cambiario, pueden realizar las operaciones asignadas en el citado artículo, y en tal carácter están sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria. No obstante, cuando estas Entidades actúan como sujetos activos de las operaciones de que trata el artículo 5 del Decreto 2116 de 1992, en relación con las

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

operaciones de inversión extranjera en Colombia y colombianas en el exterior, así como de endeudamiento externo, no están actuando en su carácter de intermediarios cambiarios sino como inversionistas o receptoras de estas operaciones y en tal orden están sujetos a la vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades.

Así las cosas, se tiene que respecto de las operaciones que realizan los intermediarios del mercado cambiario, la competencia de vigilancia y control le corresponde a la Superintendencia Bancaria, pero cuando actúan no ya como intermediarios sino como sujetos activos de las mismas en las materias ya señaladas, la competencia corresponde a la Superintendencia de Sociedades; como en este caso, en el que actuaron como inversionistas de capital colombiano en el exterior.

**Análisis de la documentación que reposa en el expediente.**

Expresa que la Superintendencia analizó la documentación que reposa en el expediente, circunstancia que la llevó a la verificación de la comisión de las infracciones cambiarias puestas en conocimiento por el Banco de la República, y que posteriormente dieron lugar a la sanción impuesta.

Explica que de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Resolución Externa N°. 8 de 11 de mayo de 2000 del Banco de la República, en concordancia con el numeral 7.4.5. de la Circular

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Reglamentaria DCIN-23 del 9 de mayo de 2002, emitida por la misma entidad, las operaciones cambiarias de inversión financiera en el exterior deberán ser registradas en el Banco de la República dentro de los tres (3) meses siguientes a su realización, cuando su monto acumulado sea igual o superior a quinientos mil dólares de los Estados Unidos (USD 500.000) o su equivalente en otras monedas, para lo cual deberá presentarse debidamente diligenciado al Banco de la República el formulario de registro de inversión colombiana en el exterior (formulario No. 12).

Teniendo en cuenta el momento en que se llevaron a cabo cada una de las operaciones cambiarias, observa que el plazo para registrar venció en las fechas que allí se señalan, y por ello, el registro fue realizado de manera extemporánea.

**Indebida Motivación.**

Alega que para el reconocimiento de los derechos derivados del registro (aunque este haya sido extemporáneo), el mismo debe hacerse a nombre de quien aparece inscrito como inversionista, en este caso los fondos, sin perjuicio de que los respectivos trámites sean ejecutados por su administrador, con quien existe una irremediable relación de medio a fin dada la naturaleza jurídica del patrimonio autónomo.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Arguye que está debidamente probada la violación al régimen cambiario con el registro extemporáneo de las inversiones efectuadas a nombre de los fondos. Está probado, igualmente, que la sanción fue impuesta en el ejercicio de claras y expresas atribuciones constitucionales y legales, por la transgresión a expresas disposiciones cambiarias, lo cual quedó plasmado en la misma forma en las providencias cuya nulidad se pretende.

## **II: LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal acogió las pretensiones de la demanda con base en los argumentos que se exponen a continuación.

Considera que los Fondos de Pensiones no pueden ser objeto de sanción por infracción cambiaria, por la condición de ser patrimonios autónomos distintos de sus administradores, por lo que los actos administrativos demandados deben ser anulados.

Indica que es el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero el que regula el funcionamiento de los Fondos de Pensiones, para advertir sobre la misión que debe asumir la Administradora, a quien se le encarga el desarrollo de la política de inversiones necesaria para lograr el crecimiento del fondo y de esa forma lograr que el mismo sea sostenible en el tiempo y que pueda cumplir con las obligaciones para las cuales fue constituido.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

De esa política inversionista depende el éxito del fondo, sólo que la ejecución está en manos de la Administradora y no del fondo mismo, el que por no ser persona jurídica, no se maneja por sí mismo, sino que se administra por un ente especialmente constituido para dicho propósito. La gestión de la administradora es compensada con el pago de una comisión, y por tanto, los yerros administrativos que puedan producirse en su gestión comprometen el patrimonio del administrador y no el patrimonio del fondo mismo.

Concluye que los Fondos de Pensiones no pueden ser sujetos pasivos de investigaciones administrativas, originadas en el manejo de sus administradores, quienes cobran una comisión por su correcta administración.

En cuanto a la falta de competencia de la Superintendencia de Sociedades para adelantar el proceso sancionatorio en contra de los fondos de pensiones por infracciones cambiarias, sostiene que la autoridad demandada dijo que los actos administrativos demandados fueron expedidos en cumplimiento a lo ordenado por el inciso segundo del artículo 82 de la Ley 222 de 1995, que la autoriza para ejercer inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley, de la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

*cambiarlo en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo.”*

Admite que le asiste razón a la Superintendencia de Sociedades en señalar que su competencia deviene de las reglas del comercio, y específicamente de la ley 222 de 1995, pero consideró que en lo que resulta absolutamente equivocada es en darle a la ley un alcance que no tiene, pues basta con citar el inciso segundo del artículo 82 invocado como fuente de su competencia, para concluir que el mismo no se aplica a los Fondos de Pensiones, ya que dicha norma dispone que también ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades, esto es, personas jurídicas que tengan la condición de “sociedades comerciales”, pero jamás sobre bienes, como lo es un patrimonio autónomo. Dicho de otra forma, pueden controlar y vigilar al Administrador precisamente para que ese patrimonio (fondo) no se pierda. Pero lo que aquí se hizo fue controlar un comportamiento considerado como infracción cambiaria, y se sancionó a la víctima, esto es al patrimonio puesto en riesgo con la operación.

Nuevamente resalta, que lo que la Superintendencia de Sociedades controla son las actuaciones de personas jurídicas señaladas por la ley que ejerzan actividades de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo, que para el caso específico de los fondos de pensiones se ejerce por las Administradoras, responsables de

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

las infracciones cambiarias que puedan cometerse con las operaciones de cambio.

Expone que el actor, en su condición de Administrador de los Fondos de Pensiones, ejerció operaciones cambiarias en los términos del artículo 4 literal c) de la Ley 9 de 1991.

Indica que la Administradora del Fondo de Pensiones, como persona jurídica que es, hace operaciones y compromete el patrimonio del Fondo. El residente es la Administradora del Fondo de Pensiones y no el Fondo, que reiteró, no encuadra en el concepto de residente, que para efectos cambiarios el artículo 2° del Decreto 1735 de 1993, los define como “todas las personas naturales que habitan en el territorio nacional. Así mismo, se consideran residentes las entidades de derecho público, las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que tengan domicilio en Colombia y las sucursales establecidas en el país de sociedades extranjeras”.

Señala que la norma invocada se refiere a personas y no a cosas, como en efecto lo es un patrimonio autónomo, o un fondo de pensiones.

Expresa que en el caso sometido a examen, la Administradora aceptó la ejecución de varias operaciones cambiarias, con el compromiso de los recursos del Fondo, de las que se dijo que fueron extemporáneas; sin

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

embargo, la extemporaneidad, constituye infracción imputable al residente que la ejecuta, en este caso, a la persona jurídica denominada Administradora de Fondos de Pensiones, la cual no ha sido investigada ni sancionada.

Precisa que BBVA Horizonte es una entidad de servicios financieros domiciliada en Bogotá, sometida a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, y autorizada para administrar los Fondos de Pensiones (i) Horizonte, (ii) Voluntarias Horizonte Premium, (iii) Voluntarias Horizonte Plus, los cuales son patrimonios autónomos sin personería jurídica, y por lo tanto, no podían ser sancionados. La Sala advierte que la Superintendencia de Sociedades obró sin competencia al haber adelantado una investigación administrativa de carácter sancionatorio en contra de tres Fondos de Pensiones, los mismos que por tener naturaleza jurídica patrimonial, no tienen capacidad jurídica para ser sujetos pasivos de sanciones cambiarias.

Considera que la actuación demandada revela el desconocimiento de un concepto jurídico elemental, la distinción entre personas y bienes, que de haberse tomado en cuenta hubiese al menos permitido el desarrollo de una investigación administrativa contra un sujeto de derecho y no contra un bien, un patrimonio autónomo administrado por una persona jurídica. La situación revistió mayor gravedad cuando el error ya anunciado por el actor se repite en el auto de cargos en el cual se califica a los fondos de

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

pensiones como sociedades. Así las cosas, la sanción se ha impuesto a tres Fondos de Pensiones administrados por la Administradora de Fondos de Pensiones BBVA Horizonte al considerar que los primeros están organizados como sociedades en forma contraria a la definición legal que de los mismos trae la ley 100 de 1993.

Acota que el error de derecho cometido por la autoridad demandada fue calificar indebidamente a un fondo de pensiones como una persona jurídica, es decir como a una sociedad, o si se quiere un residente sujeto a sanciones, siendo que dicha calificación sólo la tiene la administradora del fondo de pensiones que, se reitera, es un patrimonio autónomo regulado por el régimen de los bienes y no el de las personas.

Por lo anterior, el *a quo* declaró la nulidad de la Resolución demanda No. 230-001738 del 6 de abril de 2005, confirmada mediante la Resolución No. 230-002349 del 9 de junio de 2005.

A título de restablecimiento del derecho declara que ni la Administradora de los tres Fondos ni éstos, están en la obligación del pago de la sanción impuesta en los actos anulados; y ordena el desglose de la póliza otorgada por BBVA Seguros No. 051004405293, aportando la factura de pago de la prima y su entrega al apoderado del actor.

### **III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

El apoderado de la Superintendencia de Sociedades sustentó el recurso de apelación, con los argumentos que se resumen a continuación:

Señala que la actuación de la Superintendencia de Sociedades se basó en lo que indica la Ley, para lo cual tuvo en cuenta las declaraciones de cambio donde aparece la identificación de los inversionistas así: FONDO DE PENSIONES VOLUNTARIAS HORIZONTE PREMIUM (NIT 930.046.831-3); VOLUNTARIAS HORIZONTE PLUS (NIT- 830.015.621-0) y HORIZONTE (NIT 800.231.967-1), todos domiciliados en esta ciudad, las cuales fueron suscritas por el señor Carlos Alberto Amador, en calidad de representante legal.

Manifiesta que en los reportes enviados por el Banco de la República los fondos aparecen mencionados para efectos del reconocimiento de los derechos derivados del registro (aunque este haya sido extemporáneo), sin perjuicio de que los respectivos trámites sean ejecutados por su administrador, con quien existe una irremediable relación de medio a fin dada la naturaleza jurídica del patrimonio autónomo.

Transcribe los artículos 1, 3 y 4 del Decreto 2578 de 1991, para precisar que en estos casos las sanciones son impuestas por la Superintendencia de Cambios con sujeción a lo dispuesto en el Decreto 1746 de 1991 y demás normas que lo adicionen y reformen.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Anota que en materia de régimen cambiario, las funciones y el procedimiento administrativo aplicables, están regulados por el artículo 2 del Decreto 2116 de 1992, mediante el cual se suprimió la Superintendencia de Cambios, en donde se otorgaron competencias por materias y no por sujetos; y es así como en el artículo 2 se le otorgaron facultades a la Superintendencia Bancaria en relación con las entidades financieras cuando actúan como intermediarias del mercado cambiario.

Puntualiza que para el efecto, el artículo 58 de la Resolución 8 de 2000 del Banco de la República señala quiénes son intermediarios cambiarios, y como tal, estos podrán realizar las operaciones de cambio cuya vigilancia y control corresponde a la Superintendencia Bancaria.

Agrega que, no obstante lo anterior, cuando estas Entidades actúan como sujetos activos de las operaciones de que trata el artículo 5 del Decreto 2116 de 1992, esto es, en relación con las operaciones de inversión extranjera en Colombia y colombianas en el exterior, así como de endeudamiento externo, no están actuando en su carácter de intermediarios del mercado cambiario sino como inversionistas o receptores de estas operaciones y en tal carácter están sujetos a la vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Expresa que la Superintendencia de Sociedades no ha ejercido en este caso las facultades de inspección, vigilancia y control de que trata el artículo 82, inciso primero, y siguientes de la Ley 222 de 1995, en concordancia con el Decreto 1080 de 1996, sino que la sanción impugnada está fundada en la función asignada por la ley en el inciso segundo del artículo 82 *íbidem* y demás normas concordantes, que se refieren al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo.

#### **IV- ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El Ministerio Público guardó silencio en la oportunidad procesal pertinente.

#### **V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

1.- Según la potestad que tiene el *ad quem* para resolver la alzada, de conformidad con los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso<sup>3</sup>, la Sala se limitará a conocer solamente de los puntos o cuestiones a los cuales se contrae el recurso de apelación, pues los mismos definen el marco de la decisión que ha de adoptarse en esta instancia.

2. La Superintendencia de Sociedades cuestiona el fallo de primera instancia por considerar, en esencia, que este no debió declarar la nulidad

---

<sup>3</sup> Antes, artículo 357 del C. de P. C.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

de los actos acusados, por cuanto la Superintendencia sí contaba con competencia para sancionar a los Fondos administrados por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., en los términos expuestos en el resumen que antecede.

Por su parte, el *a quo*, declaró la nulidad de los actos acusados por estimar, en síntesis, que la Superintendencia de Sociedades no era competente para investigar y sancionar a entes sin personería jurídica, como son los Fondos de Pensiones y de Cesantías. Afirma que la competencia de dicha entidad, se limita a personas naturales y jurídicas como sujetos de derechos y obligaciones, por infracciones al régimen cambiario en los términos indicados en la Ley.

3. Así las cosas, el estudio de la alzada se circunscribirá a establecer; por un lado, si la Superintendencia de Sociedades era competente para investigar y sancionar a los fondos de pensiones y de cesantías por infracciones al régimen cambiario en materia de inversión extranjera, como entes administrados por sociedades cuyo control y vigilancia corresponde a la Superintendencia Financiera; y, por el otro, y en caso tal que la respuesta a tal cuestionamiento resulte afirmativa, se ha de dilucidar si dichos fondos son pasibles de sanción considerando que los mismos son patrimonios autónomos sin personería jurídica.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

4. Pues bien, sea lo primero considerar que, en efecto, los Fondos de Pensiones y de Cesantías, son patrimonios autónomos administrados por sociedades dedicadas al manejo de los mismos, vigiladas por la Superintendencia Financiera (antes Bancaria). Al respecto, se trae a colación lo señalado en el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, cuyo texto original es el siguiente:

*“Artículo 97. Fondos de Pensiones como Patrimonios Autónomos. Los fondos de pensiones, conformados por el conjunto de las cuentas individuales de ahorro pensional y los que resulten de los planes alternativos de capitalización o de pensiones, así como los intereses, dividendos o cualquier otro ingreso generado por los activos que los integren, constituyen patrimonios autónomos, propiedad de los afiliados, independientes del patrimonio de la administradora.”*

*La contabilidad de los mismos, se sujetará a las reglas que para el efecto expida la Superintendencia Bancaria.”*  
(Subrayado fuera de texto).

En este mismo sentido, el artículo 159 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, al precisar la figura jurídica de los Fondos de Cesantía, dispone en su numeral 1º lo siguiente:

*“Artículo 159.-Aspectos Generales.*

- 1. Definición. El fondo de cesantía es un patrimonio autónomo independiente del de la sociedad administradora, constituido con el aporte del auxilio de cesantía previsto en el capítulo VII, título VIII, parte primera, del Código Sustantivo del Trabajo, en los artículos 98 a 106 de la Ley 50 de 1990 y en el presente capítulo de este Estatuto”.*

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Ahora, en cuanto a la administración de tales fondos y respecto de la vigilancia y control de las sociedades que los administran por parte de la Superintendencia Financiera, es pertinente transcribir lo dispuesto en los numerales 1º y 4º del artículo 168 del E.O.S.F.:

*“Artículo 168.-Reglas relativas a las sociedades que administran fondos de pensiones.*

*1.- Sociedades con capacidad de administrar fondos de pensiones. Los fondos de pensiones de jubilación e invalidez sólo podrán ser administrados por sociedades fiduciarias y compañías de seguros, previa autorización de la Superintendencia Bancaria, la cual se podrá otorgar cuando la sociedad acredite capacidad técnica de acuerdo con la naturaleza del fondo que se pretende administrar.*

*(...)*

*4. Vigilancia. Corresponde a la Superintendencia Bancaria ejercer la inspección y vigilancia sobre las sociedades que administran fondos de pensiones de jubilación e invalidez para que dicha administración se ajuste a lo dispuesto por la Constitución, la ley, los reglamentos del fondo y los planes de pensiones.*

Asimismo, el artículo 325 del E.O.S.F., al precisar en su numeral 2º literal a), las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), determina lo siguiente:

*“Artículo 325. 1. Naturaleza y objetivos. La Superintendencia Bancaria es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control sobre las personas que*

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

*realicen la actividad financiera y aseguradora, y que tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:*

*(...)*

*2.-Entidades vigiladas. (Modificado por el art. 72, Ley 795 de 2003) Corresponde a la Superintendencia Bancaria la vigilancia e inspección de las siguientes instituciones:*

- a) *Establecimientos bancarios, corporaciones financieras, compañías de financiamiento comercial, sociedades fiduciarias, almacenes generales de depósito, organismos cooperativos de grado superior de carácter financiero, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantía, sociedades administradoras de fondos de pensiones, cajas, fondos o entidades de seguridad social administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida (...)*.  
(Subrayado fuera de texto).

Establecido lo anterior, es menester dilucidar si, aunque la inspección y vigilancia de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantías corresponde a la Superintendencia Financiera; tal facultad, en tratándose de infracciones al régimen cambiario en relación con operaciones de inversión extranjera en Colombia y colombianos en el exterior, esta radica en la Superintendencia de Sociedades, según se expone en la apelación.

Nótese que de acuerdo con la Entidad recurrente, tal potestad corresponde a la Superintendencia de Sociedades cuando las entidades financieras no son intermediarias del mercado cambiario – IMC -, pues en caso contrario, la competencia sancionadora se traslada a la

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Superintendencia Financiera. Así, como en el presente caso la infracción versó sobre el régimen de inversión extranjera, la potestad para el efecto le correspondía a la Superintendencia de Sociedades, al no pertenecer dicha actividad a la de los mencionados intermediarios.

Pues bien, para la Sala la afirmación de la recurrente no resulta valedera, por cuanto la competencia para investigar y sancionar las infracciones al régimen cambiario en que incurran las entidades sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera corresponde a ésta, sin lugar a distinguir si se actúa o no como intermediario del mercado cambiario, o si se trata de la vulneración a determinadas normas de dicho régimen, como las concernientes a la inversión extranjera.

Lo anterior, por cuanto si bien la competencia en cuestión se concibió inicialmente para la Superintendencia de Sociedades, al haberse dispuesto así en el Decreto 2116 de 1992 y en la Ley 222 de 1995, tal normativa fue modificada por la Ley 510 de 1999, para ubicar la potestad en comento en la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), en relación con todas sus vigiladas.

Así, el artículo 5º del Decreto 2116 de 1992, por el que se suprimió la Superintendencia de Cambios y se distribuyó la competencia respecto del control cambiario entre la DIAN, la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Sociedades, fijaba en esta última entidad la potestad

REF: Expediente No. 2005-01294-01

Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS

para ejercer vigilancia y control en materia de inversión extranjera realizada en Colombia y de inversión realizada por sociedades colombianas en el exterior, en los siguientes términos:

*“Artículo 5o. La Superintendencia de Sociedades, organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico, ejercerá las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del Régimen Cambiario actualmente asignadas a la Superintendencia de Cambios, en materia de inversión extranjera realizada en Colombia y de inversión realizada por sociedades colombianas en el exterior, así como las operaciones de endeudamiento en moneda extranjera realizadas por sociedades domiciliadas en Colombia, sin perjuicio de las competencias asignadas a las Superintendencias Bancaria y de Valores”.* (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Asimismo, el artículo 82 de la Ley 222 de 1995, en su momento, dispuso:

*“Artículo 82. Competencia de la Superintendencia de Sociedades.*

*El Presidente de la República ejercerá por conducto de la Superintendencia de Sociedades, la inspección, vigilancia y control de las sociedades comerciales, en los términos establecidos en las normas vigentes.*

*También ejercerá inspección y vigilancia sobre otras entidades que determine la ley. De la misma manera ejercerá las funciones relativas al cumplimiento del régimen cambiario en materia de inversión extranjera, inversión colombiana en el exterior y endeudamiento externo”* (Subrayado fuera de texto).

La normativa hasta aquí expuesta permite señalar que, en efecto, la competencia referente al cumplimiento del régimen cambiario fue radicada, inicialmente, en la Superintendencia de Sociedades, en

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

tratándose de infracciones asociadas a la inversión extranjera, y frente a entidades financieras no calificadas como intermediarias del mercado cambiario.

En este orden, el régimen de vigilancia y control así asignado a la Superintendencia de Sociedades, correspondía al general frente a todas las personas naturales y jurídicas que realizaran operaciones cambiarias de inversión extranjera en los términos allí expuestos; y, en lo que hacía a entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, se establecía un régimen especial de vigilancia en cabeza de esta, para cuando aquellas ostentaren la condición de intermediarias del mercado cambiario.

Sin embargo, según se anotó, el anterior régimen fue modificado en virtud de la Ley 510 de 1999 *“por la cual se dictan disposiciones en relación con el sistema financiero y asegurador, el mercado público de valores y las Superintendencia Bancaria y de Valores”* al radicar en la Superintendencia Bancaria (hoy financiera) la potestad de vigilar el cumplimiento de las normas del régimen cambiario frente a todas sus vigiladas, y dentro de ellas se encuentran, desde luego, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantías.

En efecto, el artículo 35 de la mencionada Ley, modificó el literal b) del inciso 1º del artículo 325 del E.O.S.F., en lo que se refiere a las funciones

REF: Expediente No. 2005-01294-01

Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS

de la Superintendencia Bancaria, en los términos que a continuación se transcriben:

*“Artículo 325. Naturaleza y objetivos. La Superintendencia Bancaria (...) tiene a su cargo el cumplimiento de los siguientes objetivos:*

*(...)*

*b) Supervisar de manera Integral la actividad de las entidades sometidas a su control y vigilancia no sólo respecto del cumplimiento de las normas y regulaciones de tipo financiero, **sino también en relación con las disposiciones de tipo cambiario**”.* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Asimismo, el literal g) *ibídem* señala:

*g) Procurar que en el desempeño de las funciones de inspección y vigilancia se dé la atención adecuada **al control del cumplimiento de las normas que dicte la Junta Directiva del Banco de la República**.* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Obsérvese que las normas transcritas, en modo alguno, restringen las operaciones del régimen cambiario cuyo cumplimiento compete vigilar a la Superintendencia Bancaria, sino que la función de inspección y vigilancia a ella atribuida se estatuyó con vocación de integralidad. Y respecto de todas sus vigiladas.

Dicho en otros términos, resulta evidente que en la normativa expuesta no se excluyeron de la competencia de la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), funciones que, por ejemplo, hubieren sido anteriormente

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

asignadas a la Superintendencia de Sociedades, o las relativas a la inversión extranjera ni tampoco se establecieron limitantes relacionadas con el hecho de que la actividad de la entidad vigilada sea la de inversión en moneda extranjera, o cualquier otra. De allí que las normas en comento entrañen una clara transferencia de las competencias que sobre control cambiario se habían radicado inicialmente en la Superintendencia de Sociedades a la Bancaria (hoy Financiera).

Nótese, además, que el literal g) antes transcrito, indica que corresponde a la Superintendencia Bancaria, verificar el cumplimiento por parte de sus vigiladas de las normas emitidas por el Banco de la República, y es esta institución la encargada de regular los cambios internacionales, según se dispuso en la Constitución Política<sup>4</sup>, por lo que al pertenecer las normas sobre inversión extranjera al régimen cambiario<sup>5</sup>, no cabe duda en que compete a la mencionada Superintendencia, velar por su observancia respecto de todas las entidades sometidas a su vigilancia.

Así las cosas, es más que evidente que la Superintendencia de Sociedades no era competente para emitir los actos acusados, en razón a que desde la vigencia de la Ley 510 de 1999, la potestad para vigilar y controlar el cumplimiento del régimen cambiario, que dio origen a aquellos, correspondía a la Superintendencia Financiera.

---

<sup>4</sup> Artículo 371.

<sup>5</sup> Resolución 8 del 2000, o Estatuto Cambiario, artículo 7º.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

Por su parte, es de advertir que la asignación de la competencia en comento en cabeza de la Superintendencia Financiera, cobra especial sentido práctico y jurídico, en tratándose de la verificación del cumplimiento de las normas cambiarias en materia de inversión extranjera, pues en esa Entidad reside también la facultad de supervisar el acatamiento de las normas de orden financiero; y, en este punto, el artículo 170 del E.O.S.F<sup>6</sup>., establece expresamente las operaciones de inversión que pueden ser realizadas por los fondos de pensiones; por lo que resultaría incoherente fijar en una superintendencia la facultad de vigilar el que las inversiones colombianas o en el exterior se realicen

---

<sup>6</sup> "Artículo 170.-Operaciones del Fondo

1. *Inversiones autorizadas. Los recursos de los fondos de pensiones de jubilación o invalidez se invertirán en:*

a. *Valores emitidos o garantizados por la Nación, los Departamentos, los Municipios, el Banco de la República o el Fondo Nacional del Café;*

b. *Acciones o bonos inscritos en una bolsa de valores, en no menos del diez por ciento (10%) del activo total del fondo;*

c. *Valores emitidos por los establecimientos financieros sometidos a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Bancaria;*

d. *Inmuebles urbanos, previa autorización de la comisión de control del fondo, y cédulas hipotecarias;*

e. *Depósitos en cuentas corrientes o de ahorros en bancos o corporaciones de ahorro y vivienda;*

f. *Derechos en carteras colectivas y fiducias de inversión administradas por sociedades fiduciarias, en las condiciones que determine el Gobierno Nacional, y*

g. *Otros valores que ofrezca el mercado en las condiciones que autorice el Gobierno Nacional.*

2. *Inversiones en acciones y bonos. Las inversiones en acciones y bonos sólo podrán realizarse cuando éstos se encuentren inscritos en una bolsa de valores y por conducto de la respectiva bolsa. Sin embargo, cuando se trate de adquisición en el mercado primario será suficiente que los títulos estén inscritos en una bolsa de valores.*

3. *Inversiones en entidades patrocinadoras y sus vinculadas. Salvo autorización de la Superintendencia Bancaria, previo concepto de la Superintendencia de Valores, los fondos de pensiones de jubilación e invalidez no podrán invertir en títulos emitidos por la sociedad patrocinadora, sin matriz o sus subordinadas.*

*Tampoco podrán realizar otras operaciones con las entidades mencionadas en el inciso anterior sin previa autorización de la Superintendencia Bancaria.*

4. *Inversiones forzosas. Los fondos de pensiones no estarán sujetos al régimen de inversiones forzosas previstos para las sociedades que los administren. En consecuencia, el monto de los aportes al fondo de pensiones no se tomará en cuenta para determinar la cuantía de las inversiones forzosas de las mismas".*

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**

**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

conforme a la legalidad; y en otra, establecer la potestad para verificar que el régimen cambiario sobre ese mismo asunto sea obedecido.

Igualmente, es claro que la actividad financiera precisa la existencia de un régimen especial en materia de la vigilancia y control del cumplimiento de las normas inherentes a su actividad, dada la prioritaria protección del interés público inmersa en aquella; de modo que desde esa perspectiva, tampoco resultaría adecuado aplicar al sector financiero el régimen general antes estatuido en cabeza de la Superintendencia de Sociedades, y asignar a esta entidad del control y cumplimiento de las normas cambiarias sobre inversión extranjera, pues para ello se ha instituido la Superintendencia Financiera, con funciones técnicas y especializadas en relación con dichas materias.

De otro lado, cabe anotar, en todo caso, que la Superintendencia de Sociedades incurrió en un claro desacierto al sancionar a los fondos y no a su sociedad administradora, por cuanto aquellos, en efecto, no se hallan dotados de personería jurídica, tal como indicó el *a quo*. Sin embargo, es pertinente advertir que para la Sala no es este el fundamento específico de incompetencia de esa Superintendencia para la emisión de los actos demandados, pues por sustracción de materia, es lógico que ninguna entidad de la Administración cuenta con facultades para investigar y sancionar a entes carentes de capacidad legal propia.

**REF: Expediente No. 2005-01294-01**  
**Actor: BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**

En este punto, conviene precisar que si bien se aprecia una irregularidad en la expedición de las Resoluciones demandadas, al dirigirse equívocamente a los Fondos de Pensiones y de Cesantías, el sustento de ilegalidad de aquellas por falta de competencia del funcionario que las profirió, estriba en que no era la Superintendencia de Sociedades la entidad facultada jurídicamente para sancionar el incumplimiento de las normas cambiarias relacionadas con las operaciones de inversión extranjera cuestionadas, según se explicó.

Así las cosas, la Sala habrá de confirmar la sentencia recurrida en apelación, pero no por los planteamientos aducidos por el *a quo*, sino por las razones señaladas en este proveído.

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

**F A L L A:**

**CONFÍRMASE** la sentencia recurrida en apelación.

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

