



T 19/07

290

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA

Consejera Ponente: **LIGIA LÓPEZ DÍAZ**

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de dos mil siete (2007)

Referencia 110010327000 2005 00031 00 (15533)

Actor **MARÍA CLARA LÓPEZ Y OTRO**

ACCIÓN DE NULIDAD

FALLO

Corresponde a la Sección Cuarta del Consejo de Estado, decidir la demanda interpuesta por los ciudadanos **MARÍA CLARA LÓPEZ** y **JOSÉ ROBERTO SÁCHICA** en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, para que se declare la nulidad de algunos apartes contenidos en los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 1844 de 2003 y 22 del Decreto 2080 de 2000.

NORMAS DEMANDADAS

A continuación se destacan los apartes demandados de los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 1844 y del artículo 22 del Decreto 2080 de 2000.

Departamento Nacional de Planeación

DECRETO NÚMERO 1844 DE 2003

(Julio 2)

"Por el cual se modifica el Régimen de Inversiones de Capital del exterior en Colombia y de capital Colombiano en el exterior"

291

El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales, en especial de las que le confieren el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, el artículo 15 de la Ley 9 de 1991 y el artículo 59 de la Ley 31 de 1992 y oído el concepto del Consejo de Política Económica y Social, Conpes

DECRETA

(...)

Artículo 4º. *El artículo 8º del Decreto 2080 de 2000 quedará así:*
“Artículo 8º. Registro El inversionista de capital del exterior, o quien represente sus intereses, deberá registrar las inversiones iniciales o adicionales en el Banco de la República de acuerdo con el procedimiento que establezca dicha entidad y conforme a los siguientes términos:

(...)

Parágrafo 6º. El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo se considerará como una infracción cambiaria.”

(...)

Artículo 5º. *El artículo 15 de Decreto 2080 de 2000 quedará así:*
“Artículo 15. Representación de inversionistas de capital del exterior. Los inversionistas de capital del exterior deberán nombrar a un apoderado en Colombia de acuerdo a los términos previstos en la legislación Colombiana.

Los inversionistas, sus representantes legales o apoderados y las empresas receptoras de la inversión responderán solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones de registro de que trata el presente decreto.”

(...)

Artículo 9º. *El artículo 46 del decreto 2080 de 2000, quedará así:*

“Artículo 46. Obligaciones del Inversionista Colombiano. El titular de una inversión Colombiana en el exterior, o quien represente

292

sus intereses, deberá registrar las inversiones iniciales o adicionales en el Banco de la República, de acuerdo con el procedimiento que señale dicha Entidad y conforme a los siguientes términos:

(...)

Parágrafo 3º. El incumplimiento de lo dispuesto en este artículo se considerará como una infracción cambiaria.

Departamento Nacional de Planeación

DECRETO NÚMERO 2080 DE 2000

(Octubre 18)

“Por el cual se expide el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital Colombiano en el exterior”

DECRETA

(...)

Artículo 22. Registro. Los inversionistas del exterior deberán registrar su inversión de acuerdo con lo estipulado en este decreto. El no cumplimiento de lo dispuesto en este artículo se considerará como una infracción cambiaria.

(...)

DEMANDA

Los ciudadanos MARÍA CLARA LÓPEZ y JOSÉ ROBERTO SÁCHICA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandaron la nulidad de los apartes destacados anteriormente de los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 1844 de 2003 y 22 del Decreto 2080 de 2000, argumentando lo siguiente:

293

Corresponde a la Junta Directiva del Banco de la República emitir regulaciones cambiarias conforme a las previsiones de la Ley de Cambios Internacionales, mientras que al Gobierno Nacional le compete en forma exclusiva señalar el régimen de cambios Internacionales, debiendo sujetarse a los lineamientos generales que expida el Congreso en las Leyes Marco y a los del Banco de la República.

El régimen legal de cambios internacionales está compuesto por las normas que lo regulan bajo la perspectiva de los artículos 150 y 371 de la Constitución Política y por aquellas normas expedidas por vía del ejercicio de la cláusula general de competencia del Congreso para hacer las leyes.

El Gobierno Nacional, sin tener competencia para ello, estableció mediante un decreto reglamentario una serie de conductas que considera atentatorias del orden público económico y asignó una responsabilidad gravosa en cabeza de personas que materialmente y jurídicamente no son titulares de la inversión de capital en el exterior, creando una responsabilidad solidaria por las acciones u omisiones del titular.

Las infracciones al régimen cambiario constituyen especies del género, hecho punible y por lo tanto, debe reconocerse que la materialidad de la infracción implica que sólo es cometida por quien estando sometido a un deber legal lo incumpla, por lo tanto quien no tiene la obligación no responde, siendo así, el apoderado de un inversionista o de la sociedad receptora de la inversión, no le asiste un deber de tutela de las acciones u omisiones de éste, como erradamente lo sostienen las normas demandadas.

294

Las normas demandadas habilitan al operador de la Ley para que traslade el centro de imputación de la responsabilidad por incumplimiento del deber legal de registro de la inversión, a terceras personas que pueden intervenir en el proceso de registro, bajo acuerdos particulares con el titular de la inversión, como mandatarios de aquél.

Al apoderado del inversionista se aplican las reglas del mandato con representación, por tanto sus actuaciones no generan responsabilidad ante terceros, salvo cuando se exceden los términos de su mandato o se incumple el mismo, pero dicha responsabilidad sólo se predica a su mandante, no ante terceros.

Además de hacer responsable de una infracción cambiaria a quien no tiene la capacidad para transgredir el ordenamiento jurídico, las normas demandadas califican dicha responsabilidad como solidaria, lo cual implica que frente a una obligación cada deudor está en la obligación de pagar la totalidad de la deuda.

Por tanto el establecimiento de un sistema de responsabilidad solidaria frente a las obligaciones de registro de una inversión, es inconstitucional e ilegal, pues sólo puede sancionarse a quien incurra en la conducta descrita en la Ley como hecho punible y no a quien simplemente actúa como ejecutor material del mismo, mandatario o apoderado del inversionista.

El demandante solicitó la suspensión provisional de los apartes de los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 1844 de 2003 y 22 del Decreto 2080 de 2000, expedidos por el Gobierno Nacional, la cual fue negada en Auto del 14 de julio de 2005, providencia contra la que no se interpuso ningún recurso.

295

OPOSICIÓN

En representación de la Nación, intervinieron los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo, Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación quienes argumentaron que el Gobierno Nacional esta facultado para fijar el régimen general de la inversión de capitales del exterior en el país y de las inversiones Colombianas en el exterior, según el artículo 15 de la Ley 9 de 1991. Así, en desarrollo de la anterior disposición el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2080 de 2000, mediante el cual se estableció *"el régimen general de inversiones de capital en el exterior en Colombia y de capital Colombiano en el Exterior"*.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-455 de 1993, resolvió que es el Gobierno Nacional quien debe ejercer directamente la función de regulación del régimen general de cambios, no un organismo asesor y de coordinación como el CONPES, ello con fundamento en el artículo 150 numeral 19, literal b) de la Carta Política.

La anterior normatividad establece un régimen compartido entre el Gobierno y el Congreso que expide las "leyes marco" en donde se fijan los criterios generales, mientras que el primero señala el régimen de cambios internacionales bajo los criterios establecidos.

Las normas demandadas son reiteración de lo dispuesto en el Decreto 1746 de 1991, que dispone que la infracción cambiaria es *la trasgresión de las disposiciones constitutivas del régimen de cambios* y que incurrir en dicha infracción *las personas naturales o jurídicas que no sean intermediarios del mercado cambiario, que infrinjan el mismo*, por ello el incumplimiento de registrar la inversión inicial o

296

adicional en el Banco de la República, por parte del titular o quien represente sus intereses constituye una infracción cambiaria.

La extensión de responsabilidad en forma solidaria del registro de la inversión a los apoderados de los inversionistas y a las empresas receptoras de la inversión, constituye sanción cambiaria, porque estos son sujetos del régimen de inversión extranjera en cuanto al deber de registro de las mismas.

Se debe señalar que conforme al artículo 4º del Decreto 1844 de 2003, que modificó el artículo 8º del Decreto 2080 de 2000, la obligación de registrar las inversiones recae en el *inversionista y en quien represente sus intereses*, es decir, sus apoderados, mandatarios y las sociedades receptoras, por ello si alguno de los agentes incumple la obligación, son responsables, pues lo que se sanciona es el incumplimiento de su obligación legal como inversionista o como representante de los intereses del mismo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora reiteró sus argumentos concluyendo que el establecimiento de un sistema de responsabilidad solidaria en materia contravencional frente a la obligación de registro de una inversión, constituye una actuación inconstitucional e ilegal, porque se desconoce que sólo se puede sancionar a quien incurra en una conducta prevista en la Ley como hecho punible y no a quien no está obligado a cumplir con el deber legal y actúa simplemente como ejecutor material, mandatario o apoderado del inversionista.

297

Los Ministerios de Comercio, Industria y Turismo y Hacienda y Crédito Público, insistieron en todos los argumentos presentados al responder la demanda, recalcando la facultad del Gobierno Nacional para regular el régimen de cambios internacionales, según el artículo 15 de la Ley 9 de 1991, regulaciones que, en todo caso, deben ser expedidas bajo los objetivos y criterios que el Congreso establezca.

MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado (E) solicitó negar las súplicas de la demanda.

En virtud del artículo 150, numeral 19, literal b) de la Constitución Política, del artículo 15 de la Ley 9 de 1991, establecen la competencia material y formal del Gobierno Nacional para expedir la regulación sobre la inversión de capitales en el exterior y de las inversiones colombianas en el exterior, además de diseñar el marco de actuación al Ejecutivo extendiéndola al señalamiento de las modalidades, la destinación, la forma de aprobación y las condiciones generales de las inversiones.

De las anteriores competencias asignadas por Ley al Gobierno Nacional se concluye que estas implican el establecimiento de conductas constitutivas de infracción como un mecanismo de control que proporcione seguridad jurídica y estabilidad al régimen de inversión, lo que hace legítimo el establecimiento de responsabilidad solidaria ante el incumplimiento del deber de registro.

298

CONSIDERACIONES DE LA SECCIÓN

Corresponde a la Sección Cuarta del Consejo de Estado decidir sobre la legalidad de los apartes demandados contenidos en los artículos 4, 5 y 9 del Decreto 1844 de 2003 y 22 del Decreto 2080 de 2000.

Se debe definir si el Gobierno Nacional tenía competencia para señalar infracciones cambiarias en los Decretos acusados y así mismo, para establecer una responsabilidad solidaria en personas distintas de los inversionistas por el incumplimiento en las obligaciones de registro de la inversión, o si por el contrario esta es un potestad exclusiva del legislador.

En lo que tiene que ver con la regulación del régimen de cambios la Constitución le otorgó al Congreso de la República la potestad de establecer los principios generales mediante leyes marco. Por su parte, de conformidad con el artículo 372 de la Constitución Política, la Junta Directiva del Banco de la República, es la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la Ley.

La Ley 9ª de 1991, estableció el marco en materia de cambios internacionales, el ámbito de competencia de la regulación cambiaria y definió las operaciones sujetas al régimen cambiario.

La Ley 31 de 1992 precisó en su artículo 16 las funciones de la Junta Directiva del Banco de la República, en desarrollo de los artículos 371 y 372 de la Carta Política, entre ellas: *"h) Ejercer las funciones de regulación cambiaria previstas en el párrafo 1º del artículo 3 y en los artículos 5º a 13, 16, 22, 27, 28 y 31 de la Ley 9ª de 1991."*

El párrafo 1º del artículo 16 de la Ley 31 de 1992 establece que: *"Las funciones previstas en este artículo se ejercerán por la Junta*

299

Directiva del Banco de la República sin perjuicio de las atribuidas por la Constitución y la ley al Gobierno Nacional."

Sobre la manera de hacer efectivas las funciones del Banco de la República y del Gobierno Nacional en cuanto a la regulación cambiaria, esta Sección ha acogido los planteamientos del exconstituyente Carlos Lleras de la Fuente quien manifestó:

"La nueva Constitución asigna al Banco de la República la función básica de regular los cambios internacionales; simultáneamente confía al Gobierno el señalamiento del régimen de cambios internacionales, con sujeción a las normas generales mediante las cuales el legislador establezca los objetivos y criterios por seguir en este campo (artículo 150, 19-b). Estos dos mandatos constitucionales sólo podrán conciliarse, en el entendido de que la atribución gubernamental debe desenvolverse en el marco de las disposiciones de carácter general de la junta directiva del Banco Central dictadas para controlar la cantidad, costo y disponibilidad del dinero y del crédito. Tales disposiciones abarcan materias como el manejo de la tasa de cambio, el funcionamiento del mercado cambiario, los plazos, intereses, finalidad y demás condiciones del endeudamiento externo y, el régimen general de operaciones de cambio internacional y de obligaciones en moneda extranjera"¹.

En cuanto a las competencias específicas del Gobierno Nacional relacionadas con la regulación del régimen cambiario, se insiste en

¹ LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y otros. Interpretación y Génesis de la constitución de Colombia. Editorial Carrera 7a. 1992, pág. 612. Citado en las Providencias de la Sección cuarta del 20 de mayo de 1994, exp. 5185, M.P. Guillermo Chaín Lizcano, y recientemente en la Sentencia del 22 de febrero de 2007, exp. 14802, M.P. María Inés Ortiz Barbosa.

que éstas derivan del literal b) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, según el cual:

"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

b). Regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional, en concordancia con las funciones que la Constitución consagra para la Junta Directiva del Banco de la República."

Los Decretos del Gobierno Nacional que se dictan en desarrollo de la ley marco proferida por el Congreso de la República, no corresponden al ejercicio de su potestad reglamentaria asignada en el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política. Se trata de una función administrativa más amplia, en la medida que le atribuye una facultad reguladora que desarrolla las pautas generales fijadas por el legislador con la finalidad de concretar la normatividad jurídica de los cambios internacionales.²

El Gobierno expide una regulación que debe sujetarse a la Constitución y a lo dispuesto por el Congreso en la ley marco correspondiente, en concordancia con las competencias de la Junta Directiva del Banco de la República. Pero, como ha señalado la

² En ese sentido se ha pronunciado la Sección Primera de esta Corporación, al analizar la potestad reguladora del Gobierno Nacional en materia aduanera, argumentos que puedan aplicarse también en cuanto al régimen cambiario. Consejo de Estado Sección Primera, Sentencia del 17 de septiembre de 2004, exp. 8624, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planetá.

301

jurisprudencia constitucional,³ en este campo las competencias del Congreso son muy precisas y limitadas a indicar las pautas generales del régimen de cambios, sin que pueda sobrepasar ese límite, porque es al Presidente de la República a quien le corresponde desarrollar dicho marco.

En el caso concreto, el Gobierno Nacional a través de las normas acusadas reguló el régimen de inversiones de capital del exterior en Colombia y del capital colombiano en el exterior y señaló la obligación de registro ante el Banco de la República, precisando que su incumplimiento se consideraría una infracción cambiaria. Con esta actuación, el Presidente no usurpó funciones privativas del Congreso de la República.

Dentro de los objetivos del régimen cambiario señalados por el Congreso en la Ley 9ª de 1991 figuran en su artículo 2º:

"c) Facilitar el desarrollo de las transacciones corrientes con el exterior y establecer los mecanismos de control y supervisión adecuados;

(...)

e) Aplicar controles adecuados a los movimientos de capital;"

Las disposiciones acusadas hacen parte del régimen de cambios internacionales que le corresponde señalar al Gobierno Nacional con sujeción a la Ley Marco dictada por el Congreso de la República, de acuerdo con lo dispuesto por el literal b) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política. Con ellas se desarrollan los objetivos previstos por el Congreso de establecer adecuados mecanismos de

³ Al respecto, la Corte Constitucional se ha pronunciado en las sentencias C-140 del 28 de febrero de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y la C-339 del 9 de mayo de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

302

control a las transacciones con el exterior y a los movimientos de capital.

Por las mismas razones, también el Presidente de la República es competente para señalar una responsabilidad solidaria por el cumplimiento de las obligaciones de registro que se establecen en el Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000, modificado por el Decreto 1844 del 2 de julio de 2003.

La responsabilidad de los representantes legales de la sociedad tiene su origen en el artículo 200 del Código de Comercio, como también está prevista la de los apoderados de las sociedades extranjeras en el artículo 482 ib.

También el artículo 21 del Decreto Extraordinario 1746 de 1991, por medio del cual se estableció el régimen sancionatorio y el procedimiento administrativo cambiario, dispuso:

“La responsabilidad por infracción cambiaria en que incurran las personas jurídicas, corresponde también a los representantes legales, socios, administradores y en general, a las personas naturales con poder decisorio para haberlas obligado o cuya concurrencia haya sido necesaria estatutariamente para ejecutar los actos o los hechos constitutivos de tales infracciones, siempre y cuando estas personas hayan actuado en contravención a los límites fijados estatutariamente y hayan participado en la decisión. En todo caso durante la actuación administrativa se deberá demostrar la participación activa de las personas naturales con poder decisorio en la adopción de la determinación.”

303

En esa medida, el Gobierno Nacional desarrolló las anteriores previsiones, en cuanto a la solidaridad por el incumplimiento de las obligaciones de registro de inversión extranjera, en el entendido que las empresas receptoras de la inversión tienen injerencia en el acatamiento del inversionista de sus deberes o pueden participar en dichas actuaciones.

No pueden existir obligaciones sin que se establezcan las consecuencias que genera su incumplimiento, pues ello haría nugatorias todas las disposiciones. La solidaridad fue señalada en otras disposiciones que la norma demandada simplemente desarrolla, es en los artículos 200 y 482 del Código de Comercio y en el Decreto Ley 1646 de 1991 que se estableció que los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros y que quienes actúen en nombre y representación de personas extranjeras sin dar cumplimiento a las normas respectivas, responderán solidariamente por las obligaciones que contraiga en Colombia.

Debe advertirse que en todo caso, para la vinculación solidaria, debe atenderse al procedimiento establecido en las regulaciones pertinentes, de tal manera que se respete el debido proceso y se tenga en cuenta la responsabilidad que con relación al registro tenga cada una de estas personas, para así determinar, de acuerdo con las pruebas pertinentes, si los representantes legales o apoderados del inversionista, así como de las empresas receptoras de la inversión deben ser sancionados.

En consecuencia, toda vez que no se demostró la ilegalidad de las normas acusadas, la Sala negará por las razones expuestas las pretensiones de la demanda de nulidad.

304

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

FALLA

NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

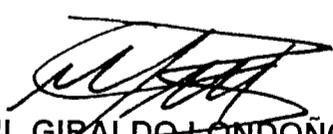
La anterior providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.


JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ
PRESIDENTE DE LA SECCIÓN


LIGIA LÓPEZ DÍAZ


MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA
Saludo a todos.


HECTOR J. ROMERO DÍAZ


RAÚL GIRALDO LONDOÑO
SECRETARIO