



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de mayo de dos diecinueve (2019)

Expediente: 11001-33-34-002-2017-00064-00
Demandante: SBME Holding B.V.
Demandado: Superintendencia de Sociedades
Tema: Pérdida de competencia de la facultad sancionatoria de la Administración

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, a dictar sentencia, de primera instancia, dentro de la demanda, que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, ha instaurado la sociedad *SBME Holding B.V.* en contra de la Superintendencia de Sociedades.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

PRIMERA: Que se declaren nulas las Resoluciones Nos. 300-001617 del 10 de mayo de 2016, y 125-002886 del 10 de agosto de 2016 expedidas por la Superintendencia de Sociedades ("Supersociedades"), por medio de las cuales se le impuso una multa a SBME.

SEGUNDA: Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad de las Resoluciones Nos. 300-001617 del 10 de mayo de 2016, y 125-002886 del 10 de agosto de 2016 y a título de restablecimiento del derecho, la Superintendencia reintegre el valor de la multa pagada por SBME el 21 de septiembre de 2016 que asciende a la suma de VEINTISIETE MILLONES

QUINIENTOS SETENTA Y OCHOS MIL PESOS (\$27.578.000), debidamente actualizada mediante la aplicación del índice de precios al consumidor.

TERCERA: Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, la Supersociedades le pague a SBME los intereses de mora sobre el valor de la multa desde la fecha en que SBME realizó el depósito, esto es, desde el 21 de septiembre de 2016, hasta la fecha en que la Supersociedades haga la devolución de la multa. (Folios 92)

2. Cargos

La parte demandante solicitó la nulidad de los actos administrativos acusados, con sustento en los siguientes cargos de nulidad (fol. 1 al 16 del cuaderno principal):

2.1. "Violación del artículo 235 de la Ley 222 de 1995"

Adujo que la Superintendencia de Sociedades transgredió lo previsto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, toda vez que ejerció su facultad sancionatoria, luego de haber acaecido el término de prescripción que señala dicha normativa, el cual, dijo, debió contabilizarse desde el momento en que acaeció la conducta reprochada, esto es, cuando se incumplió con la obligación de reportar la situación de control, al tratarse este de un acto de ejecución instantánea, o en otras palabras, que se agotaba en solo momento.

Sostuvo que en el presente caso, la sanción se impuso después de once años de ocurrido el hecho que la motivó, por lo tanto, la entidad no podía ejercer su facultad sancionatoria.

Agregó que el artículo 30 de la aludida Ley señala que las sociedades tienen la obligación de inscribir en el registro mercantil una situación de control, por lo tanto la conculcación al ordenamiento jurídico solo puede predicarse de esa omisión, pero no sobre la ejecución de actividades de la sociedad sin haber efectuado el correspondiente registro.

2.2. "Violación al principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política por desconocimiento de los principios de celeridad, legalidad y tipicidad"

Indicó que los actos acusados fueron expedidos con violación al principio constitucional al debido proceso, en la medida que le impuso una sanción aun cuando ya había fenecido su facultad sancionatoria, la cual, reiteró, debía contabilizarse desde el momento en que se hizo exigible para la sociedad registrar la situación de control, esto es, el 7 de febrero de 2005.

Expuso que la Superintendencia le sancionó después de casi 11 años luego de que efectivamente surgió la obligación de registrar la situación de control.

Agregó que la facultad de vigilancia de la entidad demandada debe ser ejercida de forma permanente, con el fin de verificar que las sociedades sometidas a su control, cumplan con lo señalado por la Ley, sus estatutos y objeto social.

Aseveró que la autoridad demandada, en virtud de lo previsto en el Decreto 4350 de 2006, le solicita a la sociedad un informe anual dentro del cual se incluye la información relativa a la participación accionaria de la empresa, por lo que la Administración tuvo acceso constante al conocimiento de la mencionada situación de control.

2.3. "Violación al principio de seguridad jurídica contenido en el preámbulo y en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 de la Constitución Política de Colombia"

Advirtió que la entidad demandada vulneró la seguridad jurídica al pretender extender su facultad sancionatoria en forma indefinida.

3. Contestación de la demanda

La Superintendencia de Sociedades indicó que la demandante desconoció lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, pues, realizó, por fuera

del término legal previsto, el registro de la situación de control que existía sobre la sociedad Sony Music Entertainment Colombia S.A.

Esbozó que la configuración de la mencionada situación de control fue el 24 de diciembre de 2004, empero, solo hasta el 21 de diciembre de 2015, la misma quedó registrada, motivo por el que es claro que la obligación contenida en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, fue incumplida durante el señalado lapso.

Afirmó que, conforme lo advertido, la caducidad para sancionar la extemporaneidad en la inscripción de la situación de control, debe contabilizarse desde el 22 de diciembre de 2015, es decir, cuando cesó la conducta irregular.

Arguyó que a la sociedad actora le fueron brindadas todas las garantías legales y procesales a lo largo de la actuación administrativa, con el fin de que procurara en debida forma su derecho de defensa y contradicción, situación de la que no se desprende vulneración alguna al debido proceso (fol. 111 al 118 del expediente).

4. Actividad procesal

El 3 de abril de 2017, fue inadmitida la demanda, con el fin de que la parte demandante corrigiera los defectos formales pertinentes. (Fol. 90)

El 10 de mayo de 2017, se admitió la demanda. (Fol. 104 y 105)

El 20 de noviembre de 2017, la Superintendencia de Sociedades contestó la demanda. (Fol. 111 al 118)

El 9 de mayo de 2018, se celebró audiencia inicial, en la que se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento. Por lo que se ordenó la presentación de alegatos de conclusión de manera escrita. (Fol. 147 a 153)

5. Alegatos de conclusión

Tanto la actora como la entidad demandada presentaron sus alegatos de conclusión, en los que ratificaron lo expuesto en la demanda y su contestación respectivamente.

Empero, se debe mencionar que la demandanté agregó que el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, avaló la tesis esgrimida en la demanda, respecto de la forma en que debe contabilizarse el término previsto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995. (Fol. 157 a 171)

II. CONSIDERACIONES

Agotados los trámites propios del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide las actuaciones surtidas hasta la fecha, se procederá a dictar sentencia dentro de la demanda promovida por la sociedad SBME Holdings B.V., contra la Superintendencia de Sociedades. Para cuyo propósito se tendrá en cuenta el siguiente derrotero: (i) hechos probados; (ii) marco legal de la facultad sancionatoria de la administración; (iii) caso concreto y (iv) condena en costas.

1. Problema jurídico

Tal y como fue establecido en la audiencia inicial del 17 de julio de 2018, las cuestiones a resolver, por este Despacho, se contraen a las siguientes preguntas:

-¿Perdió competencia la Superintendencia de Sociedades para investigar y sancionar a la empresa SBME Holdings B.V., o por el contrario al tratarse de una conducta continuada de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 el término extintivo de acción se extendió hasta cuando se cumplió el presunto deber omitido?, por esta misma razón, ¿se quebrantó el debido proceso y el principio de seguridad jurídica?

2. Marco legal de la facultad sancionatoria de la administración

Para comenzar, es preciso indicar que la Ley 222 de 1995, que modificó el libro segundo del Código de Comercio y expidió un nuevo régimen de procesos concursales, en su artículo 235 determinó un término de cinco años para la prescripción de acciones penales, civiles y administrativas, por el incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en ese aparte modificado, esto, de la forma en que sigue:

*"ARTICULO 235. TERMINO DE PRESCRIPCION. Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, **prescribirán en cinco años**, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa". (Se destaca)*

De la norma en cita, es claro que la figura de la prescripción en cuestión se referirá al vencimiento del término con que cuenta la Administración para adelantar actuaciones administrativas o, en otras palabras, a su competencia temporal, para castigar el incumplimiento de las obligaciones previstas en el Libro Segundo del Código de Comercio, mas no trata sobre la extinción de un derecho propiamente dicho.

De otro lado, es del caso mencionar que a partir de lo dispuesto en los artículos 82, 83 y 84 de la referida Ley 222 de 1995, se infiere que la Superintendencia de Sociedades tiene como función realizar labores de inspección, control y vigilancia, siendo esta última, una prerrogativa que debe ejercer de manera permanente, con el fin de velar porque las sociedades se ajusten a la ley y los estatutos, en su formación, funcionamiento y desarrollo de objeto social.

Así, es en el marco del anterior panorama normativo, que el Juzgado desarrollará el estudio del caso concreto.

3. Caso concreto

Al descender al asunto bajo estudio, se advierte que la sociedad SBME Holdings B.V. reclamó la nulidad de las resoluciones demandadas, bajo el argumento de que la Superintendencia de Sociedades habría perdido competencia para investigar y sancionarle, por haber incumplido su obligación de inscribir la situación de control que ejercía sobre la sociedad Sony Music Entertainment Colombia S.A., esto, como consecuencia del fenecimiento del término señalado en el artículo 325 de la Ley 222 de 1995.

Para sustentar lo anterior, mencionó que el plazo de 5 años, contenido en la normativa en cuestión, debe contabilizarse desde cuando la sociedad empezó a incumplir con la obligación contenida en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995; esto es, cuando vencieron los 30 días con que contaba para registrar la situación de control, lo que acaeció el 7 de febrero de 2005.

Por su parte, la autoridad demandada, adujo que el cómputo del anterior lapso, debe realizarse desde que la sociedad actora inscribió efectivamente la situación de control aludida en antecedencia, por cuanto la conducta reprochada es de carácter continuado, de manera que el incumplimiento endilgado se extendió en el tiempo hasta el momento en que la actora acató su obligación.

Al respecto, es necesario señalar que el disenso entre las partes no versa sobre la ocurrencia de la infracción, pues, ambas se encuentran de acuerdo en cuanto a la configuración de la misma, sino sobre la manera en que debió contabilizarse el término con que contaba la Administración para sancionar, dependiendo de la naturaleza de la falta.

No obstante, previo a estudiar sobre sobre dichos aspectos, el Despacho considera necesario determinar, concretamente, cuál fue la conducta infractora, por la cual fue sancionada la sociedad demandante.

Para ello, se debe tener en cuenta que el hecho que dio origen a la investigación administrativa sancionatoria, según lo prescrito en la

Resolución 300-004035 del 12 de noviembre de 2015¹ (acto a través del cual la Superintendencia formuló cargos a la demandante), fue “[...] **el incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, al no haber inscrito la situación de control en el registro mercantil de la sociedad controladora**”. (Se destaca)

Por su parte, de la Resolución que resolvió la actuación administrativa, se extrae que la infracción, por la cual se sancionó a la sociedad demandante, fue “[...] **el incumplimiento del registro de una presunta situación de control respecto de la sociedad SONY MUSIC ENTERTAINMENT COLOMBIA S.A.**”² (Se destaca)

Ahora bien, conviene analizar el contenido del artículo 30 de la Ley 222 de 1995³, así:

ARTICULO 30. OBLIGATORIEDAD DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL. Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. **Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.**

Si vencido el plazo a que se refiere el inciso anterior, no se hubiere efectuado la inscripción a que alude este artículo, **la Superintendencia de Sociedades, o en su caso la de Valores o Bancaria, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la inscripción en el Registro Mercantil, sin perjuicio de la imposición de las multas a que haya lugar por dicha omisión.**

¹ Folios 38 al 40 del cuaderno principal.

² Folio 42 del cuaderno principal, página 1 de la Resolución 300-001617 del 10 de mayo de 2016. A través de la cual el Superintendente Delegado para Inspección Vigilancia y Control impuso una multa.

³ Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones.

En los casos en que se den los supuestos para que exista grupo empresarial se aplicará la presente disposición. No obstante, cumplido el requisito de inscripción del grupo empresarial en el registro mercantil, no será necesaria la inscripción de la situación de control entre las sociedades que lo conforman.

PARAGRAFO 1o. Las Cámaras de Comercio estarán obligadas a hacer constar en el certificado de existencia y representación legal la calidad de matriz o subordinada que tenga la sociedad así como su vinculación a un grupo empresarial, de acuerdo con los criterios previstos en la presente ley.

PARAGRAFO 2o. Toda modificación de la situación de control o del grupo, se inscribirá en el Registro Mercantil. Cuando dicho requisito se omita, la entidad estatal que ejerza la inspección, vigilancia o control de cualquiera de las vinculadas podrá en los términos señalados en este artículo, ordenar la inscripción correspondiente. (Se destaca)

De la aludida normativa, se desprenden tres conclusiones:

1. Las sociedades comerciales se encuentran en la obligación de inscribir en su registro mercantil, a través de un documento privado, la configuración de las situaciones de control que lleguen a presentarse.
2. El aludido documento deberá entregarse para su inscripción dentro de los treinta (30) días siguientes a la estructuración de la respectiva situación de control.
3. Si vencido el plazo anterior, no se hubiese actuado en la forma descrita, la Superintendencia, de oficio o a solicitud de interesado, declarará la situación de vinculación y ordenará la correspondiente inscripción, esto, sin perjuicio de la imposición de las sanciones a que haya lugar por dicha omisión.

En este contexto, teniendo en cuenta el contenido de los actos administrativos mencionados, así como lo previsto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, se evidencia entonces que la compañía *SBME Holding B.V.* fue sancionada, en concreto, por haber incumplido con la carga de

inscribir, ante la autoridad competente, la situación de control que ejercía sobre la sociedad *Sony Music Entertainment Colombia S.A.*,

Dilucidado, entonces, cuál fue la conducta específica por la que la Superintendencia de Sociedades multó a la demandante, resulta necesario esclarecer el siguiente problema jurídico: ¿corresponde, la falta cometida por *SBME Holding B.V.*, con una conducta de ejecución instantánea o, por el contrario, con una de carácter continuada?

Al respecto, el Consejo de Estado ha definido que las conductas de carácter instantáneo, son aquellas en las que la ejecución de la falta se establece o se agota en un solo instante; mientras que, por el contrario, serán de naturaleza continuada o permanente, cuando el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo lapso la comisión de infracción respectiva⁴.

En este escenario, debido a que infracción en cuestión se concretó en la omisión de registrar una situación de control, se colige que se está frente a una conducta de carácter continuado, toda vez que el comportamiento contrario al ordenamiento jurídico se mantuvo vigente y se prolongó durante el tiempo que la sociedad *SBME Holdings B.V.*, incumplió con la obligación contenida en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, sobre este punto resulta imperioso explicar que, aun cuando la legislación comercial analizada en antecedencia, otorga al administrado un plazo para realizar las acciones dirigidas a inscribir una situación de control, lo cierto es que la finalización de ese término (30 días) solo: i) define el momento desde el cual el obligado ya estaría incumplido en su carga; y ii) habilita a la Superintendencia de Sociedades a declarar la situación de

⁴ Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Oswaldo Giraldo López. Bogotá D.C., seis (6) de julio de dos mil dieciocho (2018). Rad. 25000-23-24-000-2010-245-01.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá D.C., trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014). Rad. 15001-23-33-000-2013-00245-01.

control y ordenar la inscripción de la misma, sin perjuicio de las multas que corresponda.

En este sentido, aunque la contravención aquí sancionada se configuró en el mismo instante en que feneció el término con que contaba la demandante para presentar la documental para inscribir en su registro mercantil la situación de control que ejercía, sin que hubiera ejecutado acción alguna tendiente a ello, dicha infracción no se agotó en ese mismo instante, pues, se reitera, la sociedad se mantuvo incumplida mientras duró la omisión aludida, tiempo durante el cual el comportamiento dañino estuvo vigente.

La anterior interpretación se encuentra acorde con el contenido del inciso segundo del artículo 30 de la Ley 222 de 1995, pues, a la Administración no solamente se le habilita para imponer las multas a que haya lugar, sino también a declarar la situación de control y ordenar su inscripción en el correspondiente registro mercantil, escenario del cual se desprende diáfananamente que la conducta reprochable solo cesa cuando se satisface dicha carga, ya sea por parte de la sociedad comercial incumplida o la autoridad en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

Así las cosas, al ser un hecho no discutido en el presente litigio que SBME Holdings B.V., solamente hasta el 30 de diciembre de 2015 registró la situación de control que ejercía sobre *Sony Music Entertainment Colombia S.A.*, es claro que es desde esta fecha en que la falta reprochada cesó y, por lo tanto, desde cuándo debe contabilizarse el término del artículo 235 de la Ley 222 de 1995.

En efecto, dicha información puede corroborarse del Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara y Comercio de Bogotá el 4 de enero de 2016, el cual se encuentra visible en el CD que reposa a folio 121 del cuaderno principal, dentro del archivo con el nombre "BDSS01-#105487845-v1-2016-01-001775-000".

Entonces, se observa que dentro del término asignado para ejercer la potestad sancionatoria (5 años), se expidió (10 de mayo de 2016⁵) y se notificó (1 de junio de 2016⁶) el acto administrativo a través del cual se impuso una sanción⁷, la potestad sancionatoria de la Administración no caducó en la forma señalada por la demandante.

Por consiguiente, la respuesta al problema jurídico planteado se reduce a que la Superintendencia de Sociedades no perdió competencia para investigar y sancionar a la empresa SBME Holdings B.V. y, por lo tanto, tampoco quebrantó la garantía constitucional al debido proceso ni el principio de seguridad jurídica al imponer la sanción por la obligación contenida en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, por consiguiente el cargo de nulidad será denegado.

4. Conclusiones

Colofón de lo expuesto, ante la comprobada inexistencia de las causales de nulidad propuestas por la parte demandante, incluidas en el problema jurídico planteado en la fijación del litigio, el Juzgado negará las pretensiones de la demanda, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que acompaña las Resoluciones 300-001617 del 10 de mayo de 2016 y 125-002886 del 18 de agosto de 2016.

5. Condena en Costas

Según lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, el criterio subjetivo – valorativo para la condena en costas implica: i) el resultado de la derrota dentro del proceso o recurso que se haya propuesto (objetivo); y ii) que en el expediente se revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.

⁵ Fecha de expedición de la Resolución 300-001617 del 10 de mayo de 2016, visible a folios 42 a 45 del expediente.

⁶ Constancia de notificación por aviso de la Resolución 300-001617 del 10 de mayo de 2016, que reposa a folio 46 del cuaderno principal.

⁷ Resolución 300-001617 del 10 de mayo de 2016.

Por lo tanto, el Despacho considera que en el presente asunto, no hay lugar a imponer una condena en costas a la parte demandante, en la medida que, si bien se negaron las pretensiones de la demanda, no se acreditó probatoriamente su causación, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrió la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- No condenar en costas.

TERCERO.- Ejecutoriada la presente providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


Gloria Dorys Alvarez García
Juez