

PATRIMONIO TECNICO Y MARGEN DE SOLVENCIA – Obligaciones disímiles

En otras palabras, si bien el margen de solvencia halla como parámetro de referencia el valor del patrimonio técnico, la valoración de este último conforma un rubro diferente que se establece en función de los sectores que las aseguradoras exploten, por lo que es innegable la diferencia conceptual que ambas definiciones patrimoniales entrañan, más aun considerando que cada una de ellas cuenta con previsión normativa independiente. De la normativa transcrita es viable puntualizar, entonces, que en el sub lite concurrieron dos obligaciones patrimoniales disímiles e independientes a ser cumplidas por parte de Confianza; de un lado, el deber consistente en acreditar un monto mínimo de patrimonio técnico para el respectivo período, determinado en razón de los ramos asegurados por parte de la Compañía; y, por el otro, la exigencia de mantener el margen de solvencia en los términos indicados por el numeral 2 del artículo 82 del E.O.S.F. Así las cosas, se concluye que le asiste razón al a quo y a la entidad demandada al señalar que ambos conceptos conforman obligaciones patrimoniales distintas, y por ende, su incumplimiento está llamado a constituir infracciones administrativas independientes sin lugar a vulnerar el principio non bis in ídem, pues como se constató, en modo alguno se trata de un mismo hecho u obligación doblemente sancionada.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTICULO 82 NUMERAL 2 / ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTICULO 82 NUMERAL 3 / DECRETO 206 DE 1999

NOTA DE RELATORIA: Diferencia entre patrimonio técnico y margen de solvencia, Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia de 21 de septiembre de 2001, Rad. 12098, MP. Juan Ángel Palacios Hincapié.

CONCURRENCIA ENTRE LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL Y LA RESPONSABILIDAD PERSONAL – Responsabilidades disímiles

Aducir que las conductas transgresoras en que incurrió Confianza deben ser ignoradas en cuanto a su consecuencia sancionatoria en razón de las decisiones adoptadas contra el Representante Legal, resulta carente de todo sentido jurídico y no cuenta tampoco con disposición legal alguna que permita tal proceder por parte de la Superintendencia. Al efecto, basta efectuar el ejercicio comparativo entre lo señalado por el artículo 209 del E.O.S.F., anteriormente transcrito, y el artículo 211 ibídem referente a la facultad sancionatoria contra el ente vigilado, para deducir que de ellas no se deriva aplicación subsidiaria alguna de una norma respecto de la otra. Así las cosas, la responsabilidad endilgada al representante legal a título personal por las faltas en que él incurrió, encarna una potestad punitiva diferente e independiente de la prevista a título institucional frente al ente controlado por motivo de las infracciones administrativas advertidas; la primera de ellas, como se anotó, se consagra en el artículo 209 del E.O.S.F., y la segunda, en el numeral 1º del artículo 211 ibídem, sin que se consagre entre ambas normas un criterio de aplicación subsidiario. De ahí, que no le corresponda al Ente de Control adentrarse en juicios valorativos no contemplados legalmente para optar por la aplicación de una u otra disposición, como son la victimización de que fueron objeto los socios o la gravedad de la infracción cometida por el representante legal, los cuales corresponderán, como bien indica el a quo, al estudio de otro proceso judicial incoado con propósitos indemnizatorios u otros que estimen pertinentes los socios afectados. No es admisible en el presente caso el acudir a la teoría del hecho de un tercero o de la fuerza mayor como eximente de

responsabilidad, pues ante la ocurrencia de las infracciones administrativas constatadas por parte de la Administración, prima la aplicación normativa que regula expresamente el proceder sancionatorio de la Superintendencia, sobre consideraciones no previstas en el ordenamiento para eximir de responsabilidad al ente vigilado. De este modo, es claro que los actos acusados no incurrieron en falsa motivación con ocasión de una desatinada imputación de responsabilidad, en los términos propuestos por el apelante.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTICULO 82 NUMERAL 209 / ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTICULO 82 NUMERAL 211

VIGILANCIA ESPECIAL DE LAS COMPAÑIAS ASEGURADORAS – objetivos disímiles entre la facultad preventiva y la facultad sancionatoria

Para la Sala, los planteamientos así expuestos por el actor tampoco están llamados a prosperar por cuanto la adopción de una medida cautelar, como es la vigilancia especial, para efectos de sanear la situación financiera de la Compañía y evitar el empeoramiento de la misma no excluye la potestad punitiva de la Superintendencia tendiente a sancionar las infracciones administrativas en que incurra el ente vigilado. Cabe considerar, además, que las disposiciones legales previstas en la Parte Séptima sobre Régimen Sancionatorio del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su versión vigente para la época de los hechos, no contemplan previsión normativa alguna que permita a la Superintendencia abstenerse de adelantar el proceso sancionatorio cuando la Compañía ha sido objeto de una medida cautelar. Tampoco se prevé legalmente la posibilidad de esperar a los resultados de aquella para establecer si hay lugar o no a aplicar la norma sancionatoria; de forma tal que no existe en el ordenamiento una condición como la sugerida por el recurrente para que la Superintendencia Bancaria desatienda su potestad punitiva cuando se ha emitido una de las medidas de salvamento previstas en el artículo 326 del E.O.S.F. Obsérvese, además, que mientras las medidas cautelares, como la de vigilancia especial, pretenden sanear una situación financiera defectuosa en el ente vigilado, la facultad punitiva sanciona las faltas administrativas cometidas por este, por lo que ambas potestades, esto es, la preventiva y la sancionatoria, envuelven objetivos disímiles.

FUENTE FORMAL: ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTICULO 82 NUMERAL 325 / ESTATUTO ORGANICO DEL SISTEMA FINANCIERO – ARTICULO 82 NUMERAL 326.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de mayo de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00913-01

Actor: COMPAÑIA ASEGURADORA DE FIANZAS S. A. CONFIANZA

Demandado: SUPERINTENDENCIA BANCARIA DE COLOMBIA (HOY SUPERINTENDENCIA FINANCIERA)

Referencia: APELACION SENTENCIA – ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. CONFIANZA, contra la sentencia de 1º de noviembre de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹, que decidió denegar las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones 1513 de 26 de diciembre de 2001, 0423 de 12 de abril de 2002 y 550 de 5 de junio de 2003, expedidas por la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera).

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, actuando por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca², tendiente a que mediante sentencia, se decretara la nulidad de la Resolución 1513 de 2001 por la cual se impuso una sanción a Confianza, 0423 de 2002, salvo en los aspectos que revoca parcialmente la Resolución 1513 y la Resolución 550 de 2003, todas proferidas por la Superintendencia Bancaria.

Solicitó que, a título de restablecimiento del derecho, se exima a Confianza del pago de la multa impuesta.

¹ Folios 239 a 266 del cuaderno principal del expediente.

² Folios 1 a 18 del cuaderno principal del expediente.

Como pretensión subsidiaria, solicita que se declare la nulidad de la decisión impugnada en cuanto al valor de la multa, y en consecuencia, esta sea reemplazada por un llamado de atención o por lo menos reducida de manera sustancial.

1.2. En apoyo de sus pretensiones señala, en síntesis, los siguientes hechos:

1.2.1.- Mediante Resolución 1513 de 2001, el Director Técnico Uno de la Superintendencia Bancaria sancionó a Confianza por vulnerar lo establecido en el numeral 2 del artículo 82 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el artículo 2 del Decreto 206 de 1999, durante los meses de marzo, abril, mayo, junio, agosto y septiembre de 1999, con la suma de \$361.600.000.

1.2.2.- Mediante Resolución 0423 del 12 de abril de 2012, la Superintendencia Bancaria modifica la Resolución anterior por encontrar que ya se había sancionado a Confianza por las inconsistencias presentadas en los meses de marzo y agosto de 1999. La sanción se redujo a \$216.700.000.

1.2.3. Mediante Resolución 550 del 5 de junio de 2003, el Superintendente Delegado para Seguros y Capitalización confirmó la Resolución 423 de 2002.

1.3. Los fundamentos de derecho invocados por el actor contra los actos acusados se sintetizan así:

1.3.1. Violación de la Ley.

Sostiene que se vulneró el derecho de defensa de Confianza, al habersele sancionado por una conducta que al momento de su comisión no constituía falta administrativa.

Al efecto, indica que se le violó el derecho de defensa, dentro del cual se encuentra el principio non bis in ídem, y el de tipicidad, los que preliminarmente define efectuando alusiones jurisprudenciales.

1.3.1.1. Frente al caso concreto se refiere a los estados financieros y al hecho ajeno, para señalar que si bien algunos de los principios del derecho penal tienen variaciones respecto de lo que se aplica en administrativo sancionatorio, las mismas nunca han llegado al punto de señalar que las compañías de seguros deban responder por los hechos de terceros, y mucho menos, por las actuaciones de la misma Entidad de Control y Vigilancia.

Advierte que si la causa eficiente e inmediata de la infracción de una norma es imputable a la Superintendencia Bancaria y que el motivo que originó el defecto no es atribuible a Confianza, no puede insistirse en que esta sea administrativamente responsable de ese resultado.

Al respecto, indica que Confianza venía llevando su contabilidad de un modo que no había sido cuestionado por la Superintendencia Bancaria y de esa manera presentó los estados financieros a diciembre de 1998. A partir de febrero de 1999, la Entidad de control comenzó un proceso para ilustrar su criterio con consideraciones que antes no había tenido. A mediados de junio la Superintendencia expresó de manera definitiva lo que en adelante sería su entendimiento de las normas que rigen los estados financieros de Confianza. Pero, no satisfechos con la variación de entendimiento, ordenaron que fuera aplicado retroactivamente a los estados financieros de 1998.

Sostiene que lo anterior fue el motivo que originó que para mediados de 1999 no se hubiera actuado respecto de un defecto que no se conocía.

1.3.1.2. Variables y control.

Informa que la Entidad de Supervisión ha manifestado durante años que la evolución de las variables del mercado no puede excusar el incumplimiento de las relaciones de solvencia o los patrimonios técnicos mínimos. Esa doctrina se ha fundamentado en el hecho que las variables del mercado no son externas a la actividad aseguradora, sino intrínsecas a su desarrollo. De ahí, que le corresponda a la aseguradora diseñar un sistema de monitoreo que le permita hacer seguimiento a la evolución de las condiciones del negocio y adoptar oportunamente las medidas que se requieran para mantenerse en cumplimiento de la ley.

En tal escenario, explica que si la compañía se desentaja habrá sido porque no auditó bien la evolución del negocio, o porque, habiendo tenido noticia oportuna de los cambios de condiciones, no reaccionó como debía ser.

Argumenta que la anterior no fue la situación de Confianza, pues los parámetros de interpretación contable con los cuales venía trabajando y con los que se prepararon los estados financieros de diciembre de 1998, fueron los mismos de mucho tiempo antes de transmitir esa información.

Sostiene que entendiendo este punto, es claro que Confianza no falló en instrumentar un esquema de auditaje de las variables del mercado asegurador ni de su propia actividad, ni falló en adoptar correctivos a tiempo.

En efecto, afirma que por más cuidadosa que hubiere sido Confianza no podía prever que la Superintendencia Bancaria, iría a cambiar su interpretación de la ley 6

meses después del corte. Así, no se podía catalogar como ausencia de diligencia el hecho que la aseguradora no hubiera reaccionado en los estados financieros de 1998 a una circunstancia que se conoció apenas en junio de 1999.

1.3.1.3. Hechos desconocidos.

Alude a que cuando Confianza presentó los estados financieros con corte a diciembre de 1998, se inició un largo proceso de depuración de la información por la Superintendencia Bancaria que terminaría en que la Supervisora hizo unos requerimientos en relación con la evaluación contable de la Compañía.

Señala que el itinerario comenzó el 24 de febrero de 1999, con el oficio 199906055-10 y culminó el 15 de junio de 1999 con el oficio 1999006055-59, momento en el que se formalizó la instrucción de la Superintendencia Bancaria mediante la cual ordenó a la Compañía constituir una provisión adicional para protección de cartera y reversar ingresos por recobro de siniestros a través de bienes recibidos en pago y por recobro de siniestros a siniestros no realizados.

Agrega que esa lista de órdenes se debió principalmente al desacuerdo en el tratamiento contable dado por la Compañía a los ingresos por recobro de siniestros, la clasificación y provisión de préstamos otorgados a los asegurados y la reclasificación de inversiones negociables de renta variable a no negociables.

Por lo anterior, fue necesario contabilizar una provisión adicional de cartera y reversar significativos ingresos, lo cual, afectó saldos en los estados financieros a 31 de diciembre de 1998. La utilidad que ascendía a \$1.384.5 millones pasó a pérdida de \$2.313.7 millones.

Como consecuencia de esos ajustes resultó en junio de 1999, que a diciembre de 1998 hubiera existido un defecto en el patrimonio técnico por \$120.6 millones frente a un margen de solvencia determinado en función de las primas.

Recalca que esa circunstancia hace que la Compañía no deba considerarse responsable de los desencajes, que no existían en su propio entendimiento de las figuras y que solo aparecieron luego de hechas retroactivamente las modificaciones.

Se refiere a lo ya ocurrido para señalar que a nadie se le puede exigir lo imposible. El cambio contable y la posición definitiva de la Superintendencia los vino a conocer Confianza pasado el primer semestre de 1999, cuando un número significativo de los reportes que se sancionaran se habían producido.

En cuanto a la reacción de Confianza señala que la causa eficiente de los defectos que ahora se le pretende imputar, fue el cambio en la interpretación contable de la Superintendencia y lo muy tarde que la dio a conocer a la Compañía de Seguros. Así, luego de describir la actuación iniciada mediante oficios del 11 y 30 de agosto de 1999 en que aquella solicitó explicaciones al representante legal de confianza por no mantener sus márgenes de solvencia según lo establecido en el Decreto 206 de 1999, afirma que como resultado de ello se adquirieron unos compromisos que constan en la comunicación 1999043412-15 que se han cumplido ininterrumpidamente. Ello demuestra cómo Confianza ha corregido la situación y cómo de no haber sido por el retraso de la Superintendencia en haber dado a conocer su nueva interpretación los defectos achacados a Confianza no se hubieran presentado pues la aseguradora hubiera, como lo hizo, corregido la situación rápidamente.

1.3.1.4. Non bis in ídem.

Sostiene que la estructura financiera de las compañías aseguradoras es una. Es el agregado de activos y pasivos que tiene la entidad. El patrimonio técnico es la interpretación financiera y contable de ese agregado, ponderado de acuerdo con la seguridad que le produce al estado el tipo de bien en que están representados, la confiabilidad de su valoración contable y la vocación de permanencia en la sociedad.

Por su parte, el margen de solvencia es una medición del riesgo propio de la actividad de la aseguradora, medida en primas o siniestros, que debe estar cubierto por ese mismo agregado de los activos de la sociedad.

Explica que el agregado de activos de la sociedad se mide en instantes en el tiempo y se cruza contra lo mínimo que se previó para el tipo de aseguradoras y lo requerido por margen de solvencias.

Argumenta que Confianza no está obligada a mantener dos veces sus exigencias patrimoniales, una para el patrimonio técnico y una para el requerido por margen de solvencia. Debe cumplir el más alto de los dos. Por ello, cuando al aseguradora se encuentra en defecto, ese faltante es uno sólo y no dos. Es una misma situación económica y financiera.

Por esa circunstancia, acota que la doble multa impuesta a Confianza por una misma situación patrimonial a los meses de marzo, abril, mayo, junio, agosto y septiembre de 1999 implica una contravención al principio non bis in ídem.

Adiciona que ello no significa, como sugiere la Superintendencia que el cumplimiento de una disposición excuse el incumplimiento de otra. Es sólo que se trata de relaciones financieras que miden un mismo aspecto pero de diferente manera, según se aprecia en la explicación efectuada por la Superintendencia en la Resolución 550

de 2003. Tanto es así que como allí se afirma, el fondo de garantía, para el momento de la infracción se constituía en el nivel mínimo del margen de solvencia.

1.3.2. Falsa motivación.

1.3.2.1. Alude al hecho de un tercero y a la fuerza mayor.

Afirma que si bien es cierto que las personas jurídicas actúan por intermedio de sus representantes legales, no lo es menos que no todas las actuaciones de estos comprometen a la sociedad.

Indica que Confianza tuvo hasta julio de 1999 como Presidente José Joaquín Vega Garzón, quien mantenía relaciones personales con empresas familiares, clientes de Confianza. Dicha situación produjo graves conflictos de interés y manejos en la información contable, financiera y operativa de la Compañía no transparentes.

Ello fue entendido por la propia Superintendencia en la Resolución 1179 de 1999 mediante la cual ordenó separar a Vega del cargo, por esa circunstancia.

Sostiene que como bien indica la Superintendencia mediante la resolución por la cual resolvió el recurso de reposición, las personas jurídicas como Confianza, sólo pueden actuar por medio de sus órganos, la asamblea de accionistas y el presidente. Frente a ello, arguye que si el presidente estaba armado para actuar en contra de la sociedad, sus comportamientos no pueden ser considerados como que eran de Confianza. Los accionistas y los miembros de la junta directiva fueron las víctimas, que quedaron imposibilitados para conocer la verdadera situación de la Compañía.

Acota que los defectos que se multaron se originaron en actuaciones personales del doctor Joaquín Vega no imputables a Confianza y que la Sociedad no hubiera

podido identificar ni contrarrestar esos defectos en el tiempo que sucedieron. Al efecto, trae a colación el artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en el que se señala que el Superintendente Bancario podrá sancionar a los directores cuando estos hayan autorizado o cuando hayan ejecutado actos que contraríen las disposiciones a las cuales debe sujetarse la entidad aseguradora correspondiente.

1.3.2.2. Facultad de la Superintendencia.

Indica que en el artículo 82 numeral 5 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se prevé que la Superintendencia Bancaria ordenará a las entidades que tengan insuficiencias en los márgenes de solvencia, la capitalización, fijando plazos para tal efecto, según las circunstancias.

En este orden, sostiene que no es acertada la interpretación de la Superintendencia al hacer que el más mínimo error implique una sanción y en el mismo sentido trae a colación el artículo 113 ibídem. En el presente evento, no había lugar a imponer multas ya que la Compañía de Seguros venía cumpliendo y al final cumplió a cabalidad las instrucciones que recibió para corregir la situación que temporalmente la afectó.

1.3.2.3. En vista de la orden.

Sostiene que a partir de la Constitución de 1991 a las actuaciones administrativas las debe iluminar el debido proceso.

De este modo, la orden de capitalización fue considerada por la Superintendencia como el instrumento oportuno y adecuado para que Confianza restableciera sus

condiciones, y la misma fue proferida hasta el 12 de julio de 1999 según consta en el oficio 1999043412-0.

En dicho contexto, alega que no son procedentes las multas y deben anularse ya que no se había agotado el procedimiento legalmente previsto, ni se daban los supuestos para la sanción.

Afirma que no se siguió el procedimiento, ya que el contemplado en la ley implica no solo reporte, solicitud, explicaciones y multa, sino reporte, requerimiento de corrección y plazo, desobedecimiento u obediencia tardía, solicitud, explicaciones y multas. No se daban los requisitos porque Confianza nunca recibió y por lo tanto no desatendió ninguna orden de enmendar el defecto.

1.3.2.4. Recalca que en razón de la cronología es de colegir que si la investigación iniciada el 24 de febrero de 1999 se hubiera culminado oportunamente, es decir, en fecha anterior al 15 de junio de 1999, ninguno de los desajustes para los meses subsiguientes se hubieran presentado. Por ello, no es jurídicamente sostenible que la aseguradora deba soportar las consecuencias de la demora por parte de la Superintendencia en proferir las órdenes de corrección primero, y de capitalización después.

Asimismo, se refiere a la vigilancia especial de que fue objeto la aseguradora en razón de la situación que vivía la Compañía. En este sentido Confianza presentó una propuesta a la Superintendencia para asegurar su compromiso de restablecerla patrimonialmente, plan que se ejecutó durante todo el año 2000 con la aquiescencia de la Entidad Supervisora. Por tanto, al haberse tomado las medidas sobre los hechos en cuestión por parte de la Superintendencia, no es viable la sanción.

Alega que la Superintendencia, aún dentro del plazo que concedió a la aseguradora para que depurara la situación, la está sancionando, sin esperar a los resultados del itinerario que se había aceptado como apropiado.

1.3.3. Sobre la pretensión subsidiaria señala que la multa impuesta a Confianza resulta desproporcionada teniendo en cuenta la gravedad del hecho y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el hecho.

1.3.3.1. Principio de proporcionalidad.

Señala que el artículo 36 del C.C.A., establece los parámetros que debe tener en cuenta la autoridad administrativa al momento de ejercer la potestad discrecional, como la imposición de una multa. Al efecto, trae a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se señala que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad. Significa ello que el Superintendente debe desarrollar la facultad en forma razonable y proporcionada, tomando en consideración la finalidad de la misma, esto es, que las sanciones deben ser proporcionadas a la gravedad de las faltas cometidas por los funcionarios de las entidades sometidas a control.

En cuanto al criterio para sancionar agrega que el legislador le otorgó cierta discrecionalidad a la autoridad administrativa para que graduara las sanciones según las circunstancias de cada caso, pero si a todos los investigados por las mismas causas se les va a imponer la misma sanción, que además es la máxima, se está incumpliendo con el mandato legal de discrecionalidad, por el de arbitrariedad.

Considera que deben ser otros los parámetros que se deben tener en cuenta para graduar la sanción en estos casos de veracidad y suficiencia en la publicidad.

Concluye que la Superintendencia incumplió lo consagrado en el artículo 36 del C.C.A., al sancionar a Confianza sin detenerse a escudriñar la responsabilidad de cada uno en los hechos denunciados por los propietarios y cita nuevamente jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se señala que las sanciones impuestas al infractor deben guardar proporcionalidad con la conducta sancionada.

1.5.- La Superintendencia Bancaria, por medio de apoderada, solicitó desestimar las pretensiones de la demanda, con base en los argumentos que a continuación se resumen:

1.5.1. A manera de consideración preliminar destaca que el demandante no ha desconocido, y por el contrario, ha aceptado y reconocido en todo momento la configuración de los defectos en el patrimonio técnico y en el margen de solvencia, en contravención del numeral 2 del artículo 82 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en el artículo 2º del Decreto 206 de 1999, para los meses de abril, mayo, agosto y septiembre de 1999. Al efecto, transcribe apartes de comunicaciones surtidas en la vía administrativa donde, según la demandada, ello se demuestra.

En lo que atañe con el manejo de la contabilidad de la Empresa, indica que es claro que el actor no desconoce que el mismo no se ajustaba a la realidad ni atendía lo dispuesto en las normas que rigen la materia, pues como lo expresa el propio actor en la demanda, tales hechos constituyeron la base no sólo de la sanción pecuniaria y la orden de remoción del doctor José Joaquín Vega a través de la Resolución 1179 de 29 de julio de 1999 y la medida de vigilancia especial que fuera impuesta mediante Resolución 1070 del 12 de julio del mismo año, sino que dio lugar a ordenar los ajustes que de conformidad con la normatividad eran necesarios.

Sostiene que lo anterior, en los términos del artículo 197 del C. de P. C., constituye una confesión.

1.5.2. El primer cargo sobre la supuesta violación de la ley, es respondido afirmando que la Superintendencia no modificó su interpretación de las normas de carácter contable sino que, luego de que se evidenciaran las irregularidades en el manejo de los registros contables, realizó la verificación correspondiente sobre la base de una información ajustada a la realidad y ordenó los ajustes del caso. Solo con una información contable ajustada a la realidad era posible detectar el incumplimiento de los controles de ley.

Recalca que hubo reconocimiento de las irregularidades en el manejo contable de la Sociedad y que ellas se dieron al interior de la Empresa y no por un cambio de postura de la Superintendencia Bancaria en su interpretación de las normas o sobre la forma en que debía llevarse la contabilidad. Al respecto, repasa las inconsistencias contables encontradas en el curso de la actuación administrativa y concluye que ello, además de implicar una sanción pecuniaria y la orden de remoción contra el representante legal, significaba ajustes a los estados financieros en la medida que las irregularidades contables impedían conocer con certeza cuál era la real situación financiera y patrimonial de la entidad.

Alude a la atribución especial de la Superintendencia Bancaria prevista en el artículo 326 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, frente a los estados financieros de sus vigiladas, relacionada con el deber de pronunciarse sobre los mismos y de publicar u ordenar su publicación a efectos de mostrar la situación de cada una de las entidades sometidas a su control y vigilancia.

Agrega que esta función conlleva la de ordenar los correctivos necesarios para subsanar cualquier anomalía de tipo contable que presente la entidad y de la cual se pueda evidenciar que no se está reflejando en real forma la situación financiera y económica de la entidad vigilada, en los términos del artículo 326 literal a) numeral 5 ibídem.

En consecuencia, y frente al caso concreto, acota que la aseguradora debía dar cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 187 ibídem y en la descripción del grupo 13 – inversiones – de la Resolución 2300 de 1990, en lo que concierne a la permanencia de las inversiones, y estaba obligada a pagar los saldos de los reaseguros dentro de los tres meses siguientes al corte de los estados financieros intermedios. Como no lo hizo, y se presentaron estados financieros “maquillados” para efectos de mostrar una situación patrimonial distinta, es claro que no podían entenderse autorizados los correspondientes a fin de ejercicio de 1998, de tal manera que procedía la retransmisión de esa información, así como la reportada por la entidad vigilada durante el año 1999.

Indica que asumir, entonces, que siendo incorrecta la información no se debe sancionar una infracción por cuenta de que con la información inicialmente considerada por la entidad ésta no resultaba evidente, sería tanto como privilegiar el error.

De este modo, señala que no es viable argumentar que los defectos en la relación de solvencia y en el patrimonio técnico, que a la postre afectó el fondo de garantía, tuvieron su origen en la conducta de la Superintendencia, en la medida, en que tal como señala el demandante, las irregularidades en los registros contables eran imputables al representante legal de la entidad para la época, y la real situación patrimonial de la Compañía era el producto de una mala gestión.

1.5.3. Afirma que la Superintendencia Bancaria no aplicó dos sanciones por el mismo hecho, sino que se trata de dos hechos diferentes verificados en la misma actuación administrativa. Así, la Superintendencia detectó el incumplimiento de dos normas diversas, esto es, una sobre el patrimonio técnico y otra sobre el margen o relación de solvencia, las cuales son de obligatorio cumplimiento por parte de la entidad aseguradora.

Así, la decisión contenida en la Resolución 1513 de 2001, no tiene nada que ver con las irregularidades evidenciadas en los registros contables, sino sobre los defectos en el margen de solvencia y en el patrimonio técnico, lo que evidencia que se trata de infracciones distintas; de un lado el numeral 2º del artículo 82 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y de otro, el artículo 2º del Decreto 206 de 1999. De ahí que no se violare el principio non bis in ídem.

1.5.4. En cuanto a la posible exoneración de la sociedad por cuenta de que las irregularidades se generaron en el representante legal, indica que las sociedades, especialmente aquellas que se dedican al sector asegurador, deben conocer y observar los deberes de transparencia. El cumplimiento de estos deberes de las sociedades corresponde a sus administradores bajo el control y responsabilidad última de la Junta Directiva y sus órganos delegados o especializado, no corresponde en exclusiva al representante legal. Al efecto, trae a colación lo señalado por el artículo 22 de la Ley 222 de 1995.

Sobre el planteamiento referente a eximir de responsabilidad a un agente por fuerza mayor, sostiene que es necesario que los hechos sean irresistibles e imprevisibles, y además, que no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, lo

cual no fue evidenciado en los argumentos propuestos por el actor para justificar el incumplimiento en el margen de solvencia y patrimonio técnico.

1.5.5. En relación con la vigilancia especial a que fue sometida la aseguradora, señala que lo que se busca con ella es la defensa de los derechos de los ciudadanos que han aportado sus ahorros y que tienen credibilidad en el sistema.

La medida pretende, entonces, salvar o recuperar a las aseguradoras. Agrega que dicha vigilancia observa dos características, una preventiva y otra represiva; esta última busca reconducir la acción equivocada o realizada por fuera del ordenamiento, por medio de una sanción.

1.5.6. Sostiene que la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria es reglada, no discrecional. Por tal razón, no puede evadir la aplicación de normas sancionatorias pues tales preceptos le indican cómo y cuándo debe actuar, según lo señala el numeral 1 del artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época de los hechos.

1.5.7. Afirma que el artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero fija un límite de sanción dependiendo de la gravedad de la falta o el beneficio pecuniario obtenido, por lo que el valor de la sanción impuesta a la aseguradora obedeció a una situación de deterioro financiero al presentar en meses consecutivos defectos en la relación de solvencia.

1.5.8. Concluye que la Superintendencia Bancaria no solo impone sanciones que reprimen conductas irregulares, sino también aquellas que tienen que ver con la violación de normas legales, de orden económico que regulan la actividad de las

entidades vigiladas, o resultan del desobedecimiento de las decisiones del organismo de control.

II.-FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo denegó las pretensiones de la demanda, por considerar, en esencia, lo siguiente:

2.1.- Precisa que lo que se debate en el caso sublite es la ilegalidad de los actos administrativos acusados, generada por la Superintendencia Bancaria al imponer una sanción pecuniaria con fundamento en un cambio repentino de interpretación de la ley, que no había sido aplicado con anterioridad frente a los estados financieros de la aseguradora, derivando de ello una doble exigencia: patrimonio técnico y margen de solvencia, frente a una misma situación económica y financiera, en detrimento del derecho al debido proceso de la demandante.

2.2. El a quo resume las conclusiones a que llegó la Superintendencia Bancaria como consecuencia de la visita efectuada a Confianza, entre el 14 de abril y el 6 de octubre de 1999 y repasa las actuaciones surtidas en el marco del proceso administrativo.

2.3. Así, frente al cargo referente al cambio repentino de doctrina que a su turno ocasionó que las cifras contables de Confianza sufrieran una modificación que la puso en situación de incumplimiento de los márgenes de solvencia y patrimonio técnico, sostiene el Tribunal que el planteamiento no está llamado a prosperar.

Al efecto, indica que para que pudiere llegarse a tal conclusión, ha debido la actora exponer cuál era la interpretación que sostenía la Superintendencia hasta enero de 1999 y cuál fue la que decidió aplicar a partir de febrero de ese mismo año. Sin embargo, la demandante repite que la Superintendencia cambió la interpretación pero no explicó en qué consistió el supuesto cambio y tampoco allegó documento alguno en el que conste la posición que tenía esa entidad hasta enero de 1999 respecto de la forma de aplicar las normas en materia de estados financieros y la que adoptó a partir de esa fecha.

Manifiesta que no puede entenderse como cambio de doctrina el hecho de que la Superintendencia haya emitido órdenes a Confianza para que ajustara las cifras contenidas en los balances a las normas vigentes. De hecho, la Compañía acató las mencionadas órdenes sin expresar inconformidad alguna o se opusiera a las mismas. Como consecuencia de las modificaciones hechas a la contabilidad los estados financieros reflejaron los defectos en el margen de solvencia y en el patrimonio técnico durante los meses de marzo a septiembre de 1999; pero, el mencionado cambio de doctrina no aparece en ninguna parte y al efecto reitera que la actora no explicó cuál fue la doctrina que supuestamente sufrió variación, a qué temas se refería esa doctrina, en qué consistió el cambio de orientación, cuáles fueron las razones aducidas para justificar el cambio de doctrina, o respecto de qué normas operó, por lo que concluye que el aludido cambio doctrinal es inexistente y falta de soporte probatorio.

Afirma que lo que se evidencia es que Confianza venía llevando mal su contabilidad, pues no estaba contabilizando de manera adecuada diferentes rubros, tales como el recobro de siniestros a través de bienes recibidos en pago, recobro de siniestros a siniestros no realizados, y como consecuencia de esos errores la Superintendencia impartió instrucciones para que Confianza constituyera provisiones adicionales para

protección de cartera. De ahí, que la contabilidad mal llevada no estaba reflejando de manera clara, completa y fidedigna la realidad económica de la empresa.

Explica que la violación de los topes mínimos sobre margen de solvencia y patrimonio técnico es una infracción que obedece a la constatación de que la aseguradora no tenía, para unas épocas específicas, el suficiente patrimonio técnico ni el suficiente margen de solvencia, según las exigencias legales.

2.4. Sobre la violación al principio non bis in ídem sostiene que no puede decirse que margen de solvencia y patrimonio técnico sean conceptos idénticos o que se refieran a un mismo hecho económico y procede a explicar en qué consiste cada uno de ellos aludiendo a lo que el mismo demandante señala al respecto.

Indica que en el sector financiero, y particularmente, en materia de las compañías aseguradoras, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero establece la obligación de mantener un patrimonio adecuado. Así para el año 1999, el Gobierno expidió el Decreto 206, en el que determinó el monto del patrimonio técnico mínimo con que debía contar la compañía aseguradora que quisiera dedicarse a ese ramo.

Además de la exigencia anterior, existe la obligación de mantener un fondo de garantía que según la Ley (hoy ley 795 de 2003) "...corresponde al 40% del margen de solvencia o patrimonio adecuado, acreditado en patrimonio técnico" y que para la fecha en que sucedieron los hechos equivalía a la tercera parte de la cuantía mínima del margen de solvencia fijado por el gobierno nacional.

Asevera que la exigencia de mantener ese fondo de garantía es diferente a la exigencia de mantener los niveles de patrimonio adecuado y encuentra justificación

porque es una forma de brindar protección a los potenciales beneficiarios de las pólizas de seguro expedidas por la Compañía.

Para la época en que sucedieron los hechos, según el artículo 82 del E.O.S.F., existía la obligación de mantener y acreditar ante la Superintendencia Bancaria, como margen de solvencia, un patrimonio técnico en la cuantía que señalare el gobierno nacional; pero, por otra parte, el mismo Estatuto establecía que, además de mantener el patrimonio técnico en la cuantía indicada, también existía la obligación de mantener el llamado "fondo de garantía" que no podía ser inferior a los patrimonios técnicos mínimos señalados por el gobierno nacional. Por ende, cuando se violan los topes mínimos en uno y otro caso, se trata de dos infracciones administrativas diferentes, que por la misma razón, ameritan la imposición de dos sanciones, una por cada infracción.

2.5. En cuanto al cargo de falsa motivación, indica que el hecho de que los socios de la Compañía no tuvieran conocimiento de las actuaciones ilegales ejecutadas por el representante legal, no puede constituir eximente de responsabilidad ante el Estado, pues lo cierto es que ese mismo representante legal fue elegido por los mismos socios y por ende, a ellos y a los demás órganos de control de la sociedad correspondía vigilar la tarea de la administración de los negocios sociales.

Además, advierte que los actos del representante legal afectan directamente a la sociedad; y, si los socios consideraron que los actos de su representante le causaron perjuicios de índole patrimonial, podrían haber acudido a las instancias judiciales pertinentes, pero en el expediente no hay constancia de que se hubiere presentado demanda alguna contra el señor Joaquín Vega para reclamarle los supuestos perjuicios sufridos, lo que desvirtúa la seriedad del cargo.

2.6. En lo que se refiere a la violación al debido proceso sostiene que no hay norma que le imponga a la Superintendencia Bancaria la obligación de requerir a las sociedades que estén incumpliendo las normas sobre margen de solvencia o patrimonios adecuados para que se ajusten a esas normas, y que solamente después de ese primer requerimiento pueda la entidad, ahí sí, imponer multas en caso de que la sociedad sea renuente a aceptar el requerimiento. Al efecto, indica que la demandante no señaló cuál es la norma que establece que el debido proceso para este caso específico es el que ella ha señalado, es decir, no dice qué norma dice que ese requerimiento debía preceder a la sanción.

Afirma, de otra parte, que no se advierte una violación de las garantías fundamentales que integran el debido proceso, esto es, no hay evidencia de que se hubiera vulnerado el derecho de defensa, o de que se hubieran adoptado las decisiones administrativas con fundamento en pruebas ilícitas u ocultas o que no se hubiera dado oportunidad para controvertir las pruebas allegadas al proceso.

2.7. El cargo referente a la violación al principio de proporcionalidad tampoco prospera y al efecto transcribe el artículo 211 del E.O.S.F., el cual preveía la facultad en cabeza de la Superintendencia Bancaria para imponer sanciones a todas las instituciones sometidas a su vigilancia.

Acota que en el presente caso la Superintendencia Bancaria aplicó la multa por el máximo permitido por la Ley, con fundamento, en esencia, en la gravedad de la infracción debido a que se trata de indicadores que tienen que ver con la operación de la sociedad como compañía de seguros y con su solidez desde el punto de vista financiero.

Concluye que los márgenes de solvencia y los niveles de patrimonio adecuado y de fondo de garantía, son elementos fundamentales en la operación adecuada y segura de la Compañía. La violación de esos topes durante varios meses del año 1999 (entre marzo y septiembre) es un conjunto de infracciones que ponen en grave peligro tanto la operación segura, como la garantía de pago de los acreedores y que por tanto ameritaba la imposición de la sanción más drástica.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza, mediante apoderado, apeló la decisión de primera instancia en los siguientes términos:

3.1. Comienza por señalar que la sentencia de primera instancia no analizó todos los argumentos y hechos que se presentaron en la demanda y se probaron durante el proceso.

3.2. Sobre los fundamentos de hecho y de derecho para revocar la sentencia de primera instancia se refiere nuevamente al tema tratado en la demanda con respecto a la violación de la ley y al hecho ajeno.

Al efecto, reitera que el itinerario empezó el 24 de febrero de 1999, con el oficio 1999006055-10, y que culminó el 15 de julio de 1999 con el oficio 1999006055-59. En ese momento y no antes, se formalizó la instrucción de la Superintendencia mediante la cual ordenó a la administración de la Compañía constituir una provisión adicional para protección de cartera y reversar ingresos por recobro de siniestros a través de bienes recibidos en pago, por recobro de siniestros a siniestros no realizados.

Sostiene que esa lista de órdenes se debió principalmente al desacuerdo en el tratamiento contable dado por la Compañía a los ingresos por recobro de siniestros, la clasificación y provisión de préstamos otorgados a los asegurados y la reclasificación de inversiones negociables de renta variable a no negociables.

Afirma que por lo anterior, fue necesario contabilizar una provisión adicional de cartera y reversar significativos ingresos, lo que, obviamente, afectó saldos en los estados financieros al 31 de diciembre de 1998. Así, la utilidad que inicialmente ascendía a \$1.384,5 millones pasó a pérdida de \$2.312,7 millones.

Repite lo señalado en la demanda, en el sentido que como consecuencia de esos ajustes resultó en junio de 1999, que a diciembre de 1998 hubiera existido un defecto en el patrimonio técnico por \$120.6 millones frente a un margen de solvencia determinado en función de primas.

3.3. Reitera que las resoluciones demandadas deben anularse, en la medida en que la causa eficiente para que se hubiera presentado el defecto sancionado y, sobre todo para que Confianza no hubiera podido hacer nada para prevenirlo, fue el cambio de doctrina de la Superintendencia que fue comunicada a Confianza cuando esta ya había transmitido hacía tiempo los estados financieros que se sancionaron.

El recurrente trae a colación jurisprudencia de esta Corporación en la que se señala que la Superintendencia Financiera no puede ordenar retroactivamente que se modifiquen estados financieros para que con base en las retransmisiones calcular relaciones financieras y sancionar por exceso o defecto. (Sección Cuarta, Sentencia del 11 de diciembre de 2007, Exp. No. 15724, M.P. Dra. Ligia López Díaz; Sentencia de 6 de abril de 2006, Exp. No. 13883 M.P. Dr. Héctor Romero Díaz).

En ese orden, si se reconoce que la causa eficiente e inmediata de la infracción de una norma es imputable a la Superintendencia Bancaria y que el motivo que originó el defecto no es atribuible a Confianza, no puede insistirse en que ésta sea administrativamente responsable de ese resultado.

Posteriormente, el recurrente repite lo expuesto en la demanda sobre las variables sujetas al control de las entidades vigiladas para recalcar que Confianza no falló en instrumentar un esquema de auditaje o seguimiento de las variables del mercado asegurador ni de su propia actividad, ni tampoco falló en adoptar correctivos a tiempo; y agrega, que sería un absurdo ratificar que dentro de los elementos que Confianza debía haber previsto está el que la Entidad de Control cambiaría de doctrina o que se catalogue como ausencia de diligencia el hecho que la aseguradora no hubiera reaccionado en los estados financieros de 1998 a una circunstancia que conoció apenas en junio de 1999. Al efecto, cita nuevamente jurisprudencia de la Sección Cuarta de esta Corporación, en la que afirma, se admite que *cualquier error u omisión se salvará con un nuevo asiento en la fecha en que se advierte*.

3.4. Describe de nuevo lo señalado en la demanda sobre la reacción de confianza para demostrar cómo Confianza corrigió la situación y que de no haber sido por el retraso de la Superintendencia en haber dado a conocer su sorpresiva interpretación, los defectos achacados a Confianza no se hubieran presentado, pues la aseguradora hubiera corregido la situación rápidamente.

3.5. En cuanto al cargo de falsa motivación, el recurrente repite que la Superintendencia incurrió en esta al imputar responsabilidad de lo sucedido a

Confianza, la cual no era el centro de imputación de la responsabilidad por los hechos por los cuales se le sancionó.

Alude al artículo 209 del E.O.S.F., en el cual se previó que el Superintendente Bancario podrá sancionar, además de la sociedad, a los directores, cuando estos hayan autorizado o cuando hayan ejecutado actos que contraríen las disposiciones a las cuales debe sujetarse la entidad aseguradora correspondiente.

De este modo, recalca que la conducta sancionada en las resoluciones cuya nulidad se pide, sólo es atribuible al director y no a la aseguradora, lo cual se reconoció por la Superintendencia en la Resolución 1179 de 1999, por la que ordenó la separación del cargo de representante legal del señor Vega.

El recurrente nuevamente se refiere con exactitud a lo señalado en la demanda sobre el hecho de un tercero y fuerza mayor, para aludir a las actuaciones del representante legal, que según el recurrente, afectaron la información contable de la Compañía por haber sido adulterada; a lo que agrega que la Sociedad no hubiera podido identificar, ni contrarrestar esos defectos en el tiempo que sucedieron.

3.6. Sobre la pretensión subsidiaria expuesta en la demanda, vuelve a referirse a las facultades de la Superintendencia Bancaria para la generalidad de los temas. Al respecto advierte, que en los términos del artículo 82 numeral 5 del E.O.S.F., se prevé que la Superintendencia Bancaria ordenará a las entidades que tengan insuficiencias en los márgenes de solvencia, la capitalización, fijando plazos para tal efecto, según las circunstancias. Así, y al haber venido cumpliendo la Compañía de Seguros las instrucciones de la Superintendencia, no había lugar a imponer las multas cuya nulidad se pide.

3.7. Recalca lo indicado en la demanda en el sentido que no se siguió el procedimiento, ya que el contemplado en la ley implica no solo reporte, solicitud, explicaciones y multa, sino reporte, requerimiento de corrección y plazo, desobedecimiento u obediencia tardía, solicitud, explicaciones y multas. De este modo, no se daban los requisitos, en la medida que Confianza nunca recibió y por lo tanto no desatendió ninguna orden de enmendar el defecto.

3.8. Se refiere otra vez al tema de la vigilancia especial, respecto de la cual indica que la Superintendencia había tomado medidas sobre los hechos en cuestión y por tanto no era viable la sanción. Indica que la Superintendencia aún dentro del plazo que concedió a la aseguradora para que depurara la situación la está sancionando, sin esperar a los resultados del itinerario que se había aceptado como apropiado.

3.9. En cuanto a los puntos relacionados con el principio de proporcionalidad, criterio para sancionar, sanción y non bis in ídem es del caso remitirse a lo expuesto en la demanda, por obedecer lo anotado en el recurso, prácticamente a una transcripción de lo allí señalado al respecto.

3.10. El recurrente plantea unos argumentos frente a la contestación de la demanda, y alude nuevamente a los estados financieros y al hecho ajeno. En este aspecto, contesta una sugerencia de la Superintendencia referente al decaimiento de los vistos buenos que se habían dado en relación con los estados financieros de 1998, para recalcar que las órdenes de modificar los estados financieros debieron darse para que fueran efectivos a partir del segundo semestre de 1999 sin tocar lo correspondiente a 1998, y en tal condición los defectos sancionados jamás debieron aparecer.

3.11. Alude al tema de variables y control, respecto del cual controvierte los señalamientos de la Superintendencia en la contestación de la demanda y concluye que para Confianza era impredecible y fue irresistible caer en el engaño de Vega, como lo fue la necesidad de acatar las órdenes de la Superintendencia, de manera que se cumplen las condiciones del artículo 1 de la Ley 95 de 1890, sobre fuerza mayor.

3.12. Se refiere de nuevo al aparte que denomina en la demanda como “lo ya ocurrido” y a “la reacción de Confianza”, donde indica que lo que se demostró en el proceso es que la causa eficiente de los desencajes que superaron diciembre de 1998 no fue la negligencia de Confianza, sino la cortina de humo creada por el antiguo presidente y la dilación de la Superintendencia en ordenar las correcciones.

Ahora, Confianza corrigió los supuestos defectos en sus relaciones patrimoniales en un mes a partir de la orden de la Supervisora. Luego, si la orden hubiera llegado en enero de 1999, no se habría presentado el defecto ni las sanciones.

Asimismo, se refiere reiteradamente a lo señalado con respecto al non bis in ídem, falsa motivación e imputabilidad, pero en respuesta a lo expuesto por la Superintendencia en la contestación de la demanda.

3.13. Luego de exponer repetitivamente los cargos señalados en la demanda contra los actos acusados, continúa refiriéndose al análisis de los aspectos relevantes de la sentencia impugnada.

Así, en cuanto al cambio de doctrina no aceptado por el Tribunal por no haber sido probado, indica que el mismo sí se acreditó a través de los oficios Nos. 19990060055-10, 19990060055-59, 1999050797-0, 1999054823-0 y 1999078877-0,

los cuales reposan en el proceso y fueron pasados por alto por el Tribunal al momento de desechar el cargo. Además, tampoco tuvo en cuenta lo que al respecto señaló en la contestación de la demanda la Superintendencia pues esa Entidad nunca pretendió que no habían existido pronunciamientos previos, ni que los mismos hubieran sido radicalmente distintos de los posteriores, sino que trató de justificar esa variación en la teoría de que los primeros habrían decaído expresa o tácitamente.

Sobre la violación al principio non bis in ídem sostiene que el Tribunal confunde los conceptos y pretende hacer ver una situación de insolvencia y de iliquidez en la Compañía. Anota que siendo cierto que se trata de dos conceptos, no lo es menos que estos se refieren a varios modos de medir la misma realidad económica y que, en esa medida, los defectos que se hayan presentado se reducen a uno solo en un mismo momento y que sobre éste sólo se encontró un interés jurídicamente protegido.

En lo que se refiere a la falsa motivación, afirma que el Tribunal no llega al fondo del asunto que se le planteó y recalca que lo pretendido fue advertir que en ocasiones las gestiones que se adelantan por parte de los administradores dista tanto de lo legal que las consecuencias de sus hechos no pueden ser achacadas a la persona jurídica.

Indica que la respuesta del Tribunal es superficial y desconoce la realidad fáctica y jurídica de lo ocurrido. Así, recalca que ni se argumentó ni planteó que todos los actos de los gerentes que puedan acarrear efectos negativos sean desligados de la sociedad. Lo que se hizo fue recordar que la responsabilidad administrativa de las sociedades por los actos de sus directores tiene límites y que uno de ellos se

encuentra en las oportunidades en que estos han obrado de un modo groseramente ilegal y máxime si esa ilegalidad implica victimizar a los mismos socios.

Indica que es sorpresivo que el a quo pretenda señalar un prerrequisito no escrito en la ley consistente en que se deba demandar judicialmente al director culpable de los perjuicios ocasionados a la Empresa, como una presunción indicativa de que efectivamente los actos del director lo comprometen solo a él.

Finalmente, sostiene que el Tribunal no se pronunció sobre los puntos relacionados con la facultad de la Superbancaria, criterios para sancionar y sanción, por lo que solicita que los mismos sean analizados por parte de esta Corporación.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público en la oportunidad procesal correspondiente guardó silencio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- De la lectura del recurso de apelación, la Sala observa que éste formula nuevamente los cargos de ilegalidad expuestos en la demanda contra los actos administrativos acusados, y además, propone algunos planteamientos de desacuerdo específicos frente a los razonamientos que llevaron al Tribunal a denegar las pretensiones de nulidad. Igualmente, controvierte la contestación de la demanda presentada en el marco de la primera instancia por parte de la Superintendencia Bancaria.

Así las cosas, cabe señalar que aun cuando el recurso de apelación se concibe como un mecanismo procesal tendiente a evaluar concretamente los puntos de discrepancia que frente al fallo de primera instancia exponga el recurrente, es de entender que al reiterarse en este los cargos de la demanda, la discordancia del apelante versa sobre la manera en que el Tribunal abordó el estudio y la decisión de los mismos en su integralidad.

De este modo, la solución del recurso debe circunscribirse tanto a la evaluación de los cargos replanteados ante esta instancia, como a los aspectos concretos de discordancia señalados contra el fallo del Tribunal, pues en lo que hace a los cuestionamientos adicionales que esboza el recurrente frente a la contestación de la demanda, es de advertir que los mismos se considerarán, en lo pertinente, como parte de su desacuerdo frente a la sentencia del a quo, en la medida que el recurso de alzada no constituye una vía procesal para retomar lo que debió ser objeto de debate entre las partes en el marco de la primera instancia.

2.- Preciado lo anterior, la Sala abordará el estudio del presente recurso de apelación, en torno a los siguientes aspectos esenciales:

(i) Se requiere establecer, en primer lugar, si las multas irrogadas a Confianza se generaron en un cambio de doctrina de la Superintendencia Bancaria, en virtud de la cual los estados financieros mostraron unos desequilibrios negativos en materia de patrimonio técnico y margen de solvencia. En tal sentido, es de determinar si las conductas sancionadas se materializaron a causa de la misma Entidad de Control.

De resultar admisible el aludido cambio de doctrina, es del caso verificar dos aspectos: por un lado, si la modificación doctrinal le fue aplicada a la demandante

retroactivamente, esto es, para los estados financieros de 1998, haciéndola incurrir en las infracciones cuestionadas; y, por el otro, si la Superintendencia erró al comunicar el mencionado cambio tardíamente, generándole las falencias contables advertidas en los períodos sancionados de 1999.

(ii) Es de evaluar si los actos acusados vulneraron el principio non bis in ídem, al sancionar doblemente un mismo hecho económico que consta de dos métodos de medición, como son el patrimonio técnico y el margen de solvencia. Al respecto, se debe determinar si las falencias advertidas en las cifras relacionadas con dichos ítems constituyen infracciones administrativas independientes o, si por el contrario, se trata de una sola, que, equívocamente fue doblemente multada.

(iii) Se requiere esclarecer si los actos acusados estuvieron viciados de falsa motivación, por cuanto, según el actor, las falencias contables advertidas por la Superintendencia no son imputadas a Confianza sino a su representante legal. Ello, comporta la aceptación del hecho ajeno en la realización de la conducta infractora y de la fuerza mayor.

(iv) Se debe determinar si las sanciones eran inaplicables, considerando que en virtud de la vigilancia especial a que fue sometida Confianza, la Superintendencia le proporcionó a esta un plazo para efectuar los ajustes patrimoniales del caso, habiendo la Entidad, no obstante, procedido a sancionar a la aseguradora sin verificar previamente el cumplimiento de los respectivos acuerdos.

En este mismo punto, se debe revisar si la Superintendencia no cumplió el trámite de ley para sancionar a la aseguradora, en atención a la ausencia de un requerimiento previo para el efecto, seguido del incumplimiento o del cumplimiento tardío por parte de Confianza.

(v) En lo que respecta a las pretensiones subsidiarias, el actor propone verificar temas sobre los que, a su entender, no se pronunció el a quo; como son las facultades de la Superintendencia, las cuales, para el caso, se refieren a que el Ente de Control ordena la capitalización a sus vigiladas con insuficiencias en los márgenes de solvencia, fijando plazos para el efecto, en los términos del artículo 82 numeral 5º del E.O.S.F. Por ello, estima el apelante que el más mínimo error no debe implicar sanciones, sino instrucciones para evitar un perjuicio a sus asociados y a terceros.

Asimismo, es del caso referirse al principio de proporcionalidad de la sanción, que según el actor, no fue observado en el presente caso si se considera que la aseguradora venía cumpliendo las instrucciones impartidas por la Superintendencia. En este mismo aparte se hará alusión a lo que el recurrente especifica como criterio para sancionar y sanción, por obedecer estos planteamientos a un mismo asunto temático referido a la mencionada proporcionalidad.

3. Pues bien, procede la Sala a evaluar los puntos anotados en su orden, comenzando por establecer si, en efecto, lo ocurrido con la información contable objeto de sanción fue el producto de un inesperado cambio de doctrina por parte de la Superintendencia Bancaria.

Al respecto, el Tribunal afirmó que la alegada modificación doctrinal no existió, puesto que el demandante no explicó en qué consistió la misma, ni sobre qué aspectos o normas contables versó y tampoco allegó documentos en los que aquella constara. Frente a tal aseveración, el recurrente trajo a colación unos oficios que relaciona en el escrito de apelación, que en su entender, contienen la aludida modificación de posición doctrinal.

A fin de clarificar si hubo aspectos respecto de los cuales se presentó un cambio de doctrina que devinieron en la transgresión legal referente a los topes sobre patrimonio técnico y margen de solvencia, es del caso puntualizar los aspectos sobre los que recae la sanción, en los términos de la Resolución 1513 de 2001³.

De acuerdo con la Superintendencia Bancaria, Confianza vulneró lo establecido en el numeral 2 del artículo 82 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 2 del Decreto 206 de 1999. Al efecto, la mencionada Resolución señala:

“Según lo ordenado por el numeral 2 del artículo 82 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, las compañías de seguros deberán mantener y acreditar ante la Superintendencia Bancaria, como margen de solvencia, un patrimonio técnico saneado equivalente como mínimo, a las cuantías que determine el Gobierno Nacional. El margen de solvencia se determinará en función del importe anual de las primas o de la carga media de siniestralidad en los tres (3) últimos ejercicios sociales; de entre ellos el importe que resulte más elevado.

En el último inciso del precitado numeral 2 se establece que el fondo de garantía, constituido en la forma establecida en dicha norma, no podrá ser inferior a los patrimonios técnicos mínimos que cada año señala el Gobierno Nacional, que para el año 1999 fue establecido en el artículo 2 del Decreto 206 de 1999, el cual determinó que las compañías de seguros generales deben mantener durante el año 1999 un patrimonio técnico no inferior a \$1.042 millones, cuando se encuentren autorizadas para explotar los ramos diferentes automóviles, incendio, terremoto y lucro cesante y de \$747 millones para explotar el ramo de seguros de personas. Por lo anterior, la compañía, en razón de los ramos aprobados, debía mantener durante el año 1999 un patrimonio técnico saneado para operar por ramos equivalente a la suma de los valores anteriormente mencionados, es decir, \$1.789 millones...” (Subrayado fuera de texto).

Luego, la Resolución describe la situación ocurrida en los meses comprendidos entre marzo a septiembre de 1999, verificando al efecto que la Compañía registró valores muy inferiores de los exigidos legalmente en los rubros correspondientes al

³ Folios 58 y siguientes del cuaderno principal del expediente.

patrimonio técnico y margen de solvencia, lo cual, desencadenó la sanción inicialmente impuesta en la Resolución referenciada por valor de \$361.600.000⁴.

La anterior situación, fue expresamente aceptada por la Compañía, pues tal como se resume en el mismo acto administrativo y sostuvo el actor en el curso del proceso judicial, la Aseguradora procedió a subsanar los defectos encontrados mediante una recapitalización⁵ que permitiera ajustarse a lo ordenado por el numeral 2 del artículo 82 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Ahora, es menester verificar si las infracciones administrativas se generaron en un cambio doctrinal, para lo cual es preciso acudir a los oficios mencionados por el actor en el recurso de apelación, pues tal como advierte el a quo, en el texto de la demanda no se precisa con exactitud en qué consiste la aludida modificación doctrinal causante de las infracciones administrativas, y tampoco se infiere ello del contenido del recurso presentado ante esta instancia.

Pues bien, en lo que hace al oficio 19990060055-10 de 24 de febrero de 1999⁶, la Sala encuentra que el mismo se refiere a una solicitud de explicaciones a la Aseguradora sobre precisos aspectos de los estados financieros de la Compañía con corte a 31 de diciembre de 1998. Varios de ellos hacen alusión a una indebida aplicación de las instrucciones contables señaladas en la circular externa 100 de 1995, por ejemplo, en lo que respecta al manejo de provisiones, entre otras.

⁴ Este monto fue reducido en la suma de \$216.700.000., mediante Resolución 0423 de 12 de abril de 2002, toda vez que se revocó la sanción pecuniaria impuesta por los meses de marzo y junio de 1999. De este modo, la sanción se impuso por los meses de abril, mayo, agosto y septiembre del mismo año.

⁵ Para los meses de marzo, abril y mayo la Compañía efectuó una recapitalización con un primer aporte de \$3.000 millones (...). Asimismo, el defecto de patrimonio presentado a junio de 1999 fue subsanado en razón al ingreso de 3.000 millones de pesos que los accionistas aportaron como aumento de capital..."

⁶ Folio 289 del cuaderno de antecedentes administrativos carpeta 1/3.

En cuanto al oficio 1999006055-58 de 15 de junio de 1999⁷, la Sala da cuenta de que este corresponde a los comentarios de la Superintendencia Bancaria frente a la respuesta dada por la Aseguradora a las observaciones formuladas a los estados financieros con corte a 31 de diciembre del año 1998. El Ente de Control, le solicita nuevamente explicaciones a Confianza con respecto al manejo contable de varios rubros, como son, a grandes rasgos, las cuentas de inversiones; cartera de créditos otros conceptos, la cual se refiere al otorgamiento de préstamos con garantía en los términos del Decreto 1916 de 1996 y el artículo 187 del E.O.S.F.; y en lo concerniente a lo establecido en el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 2360 de 1993 sobre la realización de operaciones de crédito que conjunta o separadamente no excedan el 25% del patrimonio técnico. En tal orden, la Superintendencia insta a la Aseguradora a explicar las razones por las cuales la Compañía contravino las normas e instrucciones señaladas en los precisos puntos que se estipulan en el referenciado oficio, los cuales, a su turno, aluden a la inobservancia de normas legales que regulan los aspectos contables advertidos.

El oficio 1999050797-0 de 11 de agosto de 1999⁸ se refiere también a la solicitud de explicaciones a la Aseguradora en relación con la contravención del numeral 2 del artículo 82 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el artículo 2 del Decreto 206 de 1999 frente la situación encontrada en la Compañía a 31 de marzo de 1999, 30 de abril de 1999 y 31 de mayo del mismo año.

Por su parte, el oficio 1999054823-0 de 30 de agosto de 1999⁹, atañe a la solicitud de explicaciones relacionadas con el incumplimiento de las normas anotadas en el mismo oficio anterior, pero con respecto al 30 de junio de 1999.

⁷ Folios 270 y siguientes del cuaderno de antecedentes II carpeta 3/3.

⁸ Folios 8 a 10 del cuaderno antecedentes I del expediente.

⁹ Folios 13 y 14 ibídem.

Finalmente, el oficio 1999078877-0 de 21 de diciembre de 1999¹⁰ concierne a las explicaciones requeridas a Confianza en razón del mismo incumplimiento normativo advertido en relación con los meses de agosto y septiembre de 1999.

Según sostiene el actor en el recurso de apelación, la modificación doctrinal que a su entender, generó las infracciones sancionadas, se hallaba contemplada en el texto de los oficios por él señalados y revisados por la Sala. No obstante, del examen efectuado a estos, no se encuentra que ellos reflejen una posición doctrinal con respecto a algún aspecto de los estados financieros o de las normas contables que esté siendo modificada; y menos aún, se advierte una instrucción o sugerencia por la cual la Aseguradora deba sujetarse a nuevas interpretaciones doctrinales proferidas por el Ente de Control. Al contrario, lo que se observa en los oficios referenciados por el recurrente, es una serie de solicitudes de explicación y de ajustes referentes a varias inconsistencias halladas en los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1998, y otras en relación con el incumplimiento normativo que generó las sanciones contempladas en los actos acusados respecto de sendos períodos del año 1999, todo lo cual, como se anotó, entraña la inobservancia de regulaciones legales referentes a la manera de contabilizar algunas cuentas asociadas con inversiones, préstamos y provisiones, entre muchas otras.

Así las cosas, es claro que el planteamiento alusivo a un cambio doctrinal causante de los incumplimientos advertidos y por ende de la sanción irrogada a la Aseguradora carece de todo fundamento fáctico y jurídico, pues por un lado, los oficios invocados no aluden a posiciones doctrinales; y, por el otro, no se acreditó la existencia ni la modificación de interpretaciones referentes a normas contables que

¹⁰ Folios 1 y 2 *ibídem*.

con anterioridad a los mencionados oficios, se hubieren cumplido satisfactoriamente por Confianza.

Lo anotado conlleva a desechar, por contera, el planteamiento referente a que el alegado cambio doctrinal se hubiere aplicado retroactivamente, esto es, frente a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1998, pues por sustracción de materia, ello no era de posible ocurrencia.

En efecto, las advertencias proferidas en relación con los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 1998 obedecieron a la constatación de falencias en el registro contable de varios rubros de ese año, que afectaron directamente los márgenes de solvencia y de patrimonio técnico. Ahora, los actos acusados no se refieren a la contabilidad de 1998, sino a unos períodos de 1999 respecto de los cuales se encontraron los defectos contables materia de incumplimiento legal; situación que evidentemente es válida con independencia de las incidencias que un manejo equívoco en los estados financieros del año 1998 hubiere podido producir sobre períodos subsiguientes.

Igualmente, tampoco procede el cuestionamiento relativo a la comunicación tardía de los cambios doctrinales, dada, como se anotó, la falta de constatación fáctica y jurídica de aquellos. Al contrario, desde comienzos de 1999 la Administración venía advirtiendo constantemente las irregularidades encontradas con miras a lograr su pronta corrección.

4. Habiendo establecido el que la sanción impuesta a Confianza no se generó en cambio doctrinal alguno, es preciso ahora proceder a definir si los actos acusados vulneraron el principio non bis in ídem, al sancionar doblemente un mismo hecho

económico que consta de dos métodos de medición, como son el patrimonio técnico y el margen de solvencia.

En este punto, el a quo sostuvo que los conceptos mencionados son diferentes y como tal corresponden a disímiles infracciones administrativas, pues uno es el patrimonio técnico mínimo que debe acreditar una compañía de seguros para funcionar, y otro, es el fondo de garantía, que para la época en que ocurrieron los hechos, no podía ser inferior a los patrimonios técnicos fijados por el Gobierno Nacional.

A fin de precisar lo anotado, es del caso hacer alusión directa a las normas que regulan cada uno de estos conceptos.

Así, el artículo 82 numeral 2º establecía, con anterioridad a la modificación introducida por el artículo 17 de la Ley 795 de 2003, lo siguiente sobre el margen de solvencia:

“Margen de solvencia y fondo de garantías de las entidades aseguradoras. En las fechas previstas para el efecto, las compañías y cooperativas de seguros deberán mantener y acreditar ante la Superintendencia Bancaria, como margen de solvencia, un patrimonio técnico saneado equivalente, como mínimo, a las cuantías que determine el Gobierno Nacional.

El margen de solvencia se determinará en función del importe anual de las primas o de la carga media de siniestralidad en los tres (3) últimos ejercicios sociales; de entre ellos el importe que resulte más elevado.

La tercera parte de la cuantía mínima del margen de solvencia, fijada en la forma prevista en el artículo anterior, constituye el fondo de garantía, que no podrá ser inferior a los patrimonios técnicos mínimos a que alude el numeral siguiente del presente artículo.”

Por su parte, el numeral 3º ibídem disponía:

Patrimonio técnico de entidades aseguradoras. Las compañías y cooperativas de seguros y las reaseguradoras deberán mantener un patrimonio técnico saneado, de acuerdo con su naturaleza, de cuantía no inferior a la que señale cada año el Gobierno Nacional, dentro de los dos primeros meses. Este determinará los rubros y ponderaciones que conforman el patrimonio técnico. Así mismo, podrá establecer montos de patrimonio técnico para los eventos en que, tratándose de compañías de seguros generales, solamente se explote una clase o grupo de riesgos.

La actualización que disponga el Gobierno Nacional, sobre los montos de patrimonio técnico saneado, no podrá ser mayor a la variación anual que registre el promedio ponderado del índice de precios al consumidor.”
(Subrayado fuera de texto).

De los numerales transcritos del artículo 82 del E.O.S.F., es posible inferir, de un lado, que el margen de solvencia cuenta con un criterio de medición que alude a los topes de patrimonio técnico fijados anualmente por el Gobierno Nacional y se determina en función del valor que resulte más elevado entre el importe anual de las primas o de la carga media de siniestralidad en los tres (3) últimos ejercicios sociales. Por su parte, el patrimonio técnico se refiere al rubro mínimo que por tal concepto deben cumplir las compañías aseguradoras en razón del ramo de seguros a ser explotado cada año y el mismo, a su turno, engloba, el valor mínimo correspondiente al fondo de garantía.

En otras palabras, si bien el margen de solvencia halla como parámetro de referencia el valor del patrimonio técnico, la valoración de este último conforma un rubro diferente que se establece en función de los sectores que las aseguradoras exploten, por lo que es innegable la diferencia conceptual que ambas definiciones patrimoniales entrañan, más aun considerando que cada una de ellas cuenta con previsión normativa independiente.

Ahora, para continuar ahondando en los mencionados conceptos, es del caso acudir al Decreto 206 de 1999, por el cual, el Gobierno fijó para ese año los montos del patrimonio técnico saneado que deben acreditar las entidades aseguradoras y

reaseguradoras que operan en el país, el cual, como se observa, es concebido como un rubro patrimonial adicional y distinto frente al margen de solvencia. Así, los artículos 1 y 2 disponían en lo pertinente:

Artículo 1º. Obligatoriedad. En forma adicional al cumplimiento de las normas vigentes sobre el cálculo del margen de solvencia, durante el año 1999, las entidades aseguradoras, reaseguradoras y las cooperativas de seguros deberán acreditar ante la Superintendencia Bancaria, en forma previa a la operación de nuevos ramos de seguros y mantener para la explotación de los ya autorizados, un patrimonio técnico saneado igual o superior a los montos establecidos en el presente decreto.

Artículo 2º. Cuantía mínima de patrimonio técnico saneado para compañías y cooperativas de seguros generales. El monto del patrimonio técnico saneado que las compañías y las cooperativas de seguros generales deberán acreditar y/o mantener para los siguientes ramos de seguros no podrá ser inferior al que a continuación se señala:

(...)

Parágrafo primero: Las compañías y cooperativas de seguros generales que se encuentren autorizadas para explotar o pretendan explotar alguno de los ramos de seguros de personas deberán acreditar y/o mantener un patrimonio técnico saneado no inferior a setecientos cuarenta y siete millones de pesos (\$747.000.000.00), en adición a los montos señalados para los demás ramos autorizados.

Parágrafo segundo: Las compañías y cooperativas de seguros generales que se encuentren autorizadas para explotar o pretendan explotar el ramo de seguro del crédito deberán mantener y/o acreditar un patrimonio técnico saneado no inferior a un mil trescientos cincuenta y nueve millones de pesos (\$1.359.000.000.00), en adición a los montos señalados para los demás ramos autorizados.” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De la normativa transcrita es viable puntualizar, entonces, que en el sub lite concurren dos obligaciones patrimoniales disímiles e independientes a ser cumplidas por parte de Confianza; de un lado, el deber consistente en acreditar un monto mínimo de patrimonio técnico para el respectivo período, determinado en razón de los ramos asegurados por parte de la Compañía; y, por el otro, la exigencia de mantener el margen de solvencia en los términos indicados por el numeral 2 del artículo 82 del E.O.S.F.

Sobre la diferencia obligacional anotada, no sobra traer a colación lo expuesto por la Sección Cuarta de esta Corporación¹¹, de donde se vislumbra que, efectivamente, el desconocimiento de cualquiera de dichos rubros, o de ambos, implica incumplimientos autónomos:

“...En consecuencia, contrario a lo expresado por la recurrente, la aplicación del artículo 211 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se ajustó a derecho, pues dicha disposición señala que “Cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que éstos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, impondrá al establecimiento, por cada vez, una multa a favor del tesoro nacional...”. En consecuencia el desconocimiento que aduce la Superintendencia a esta orden, consistió en que la compañía aseguradora no “enmendó” el defecto patrimonial y que la hacía incurrir en la violación al artículo 82 numeral 2º del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y al artículo 2º del Decreto 125 de 1997¹², sobre lo cual se insiste, sí se solicitaron las correspondientes explicaciones.”

Así las cosas, se concluye que le asiste razón al a quo y a la entidad demandada al señalar que ambos conceptos conforman obligaciones patrimoniales distintas, y por ende, su incumplimiento está llamado a constituir infracciones administrativas independientes sin lugar a vulnerar el principio non bis in ídem, pues como se constató, en modo alguno se trata de un mismo hecho u obligación doblemente sancionada.

5. Procede ahora la Sala a esclarecer si los actos acusados se hallan viciados de falsa motivación en razón de que las conductas sancionadas no debieron imputarse a Confianza sino a su representante legal, lo cual, implicaría, según sugiere el recurrente, que las infracciones se generaron en el hecho ajeno, y por tanto, bajo la configuración de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

¹¹ Sentencia de septiembre 21 de 2001, Expediente número 12098, M.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié.

¹² Este Decreto establecía para el año 1997 los montos de patrimonio técnico saneado para las aseguradoras y reaseguradoras.

El a quo, por su parte, afirma que las actuaciones del representante legal no eximen de responsabilidad a la sociedad ante el Estado, pues sus actos la afectan directamente. Además, indicó que si la actuación de aquel hubiere generado los perjuicios que alega Confianza, se debió formular la respectiva demanda en su contra.

Ahora, el recurrente alega que el a quo evaluó superficialmente lo planteado, pues lo que se pretende es demostrar que frente a casos en que la actuación del administrador es tan groseramente contraria a la ley que victimiza a los socios de la compañía, esta no debe ser declarada responsable, sino únicamente su representante legal. Al respecto, invoca el artículo 209 del E.O.S.F., y la Resolución 1179 de 1999 por la cual se ordena la remoción del cargo de Representante Legal al señor José Joaquín Vega.

Pues bien, al revisar el contenido de la Resolución 1179 de 2009¹³, la Sala encuentra que las constataciones fácticas allí consignadas se generaron en una visita general realizada por parte del Ente de Control a la Aseguradora, y que efectivamente, mediante aquella, se le impuso al Representante Legal una sanción pecuniaria, además de la orden de ser removido del cargo. Ahora, entre las conductas por las cuales la Superintendencia adopta tales decisiones sancionatorias se encuentran, el no pago oportuno de saldos de reaseguros que datan de los años 1996, 1997 y 1998, el incumplimiento de las normas relativas a reservas técnicas, entre otras irregularidades.

Asimismo, dentro de las disposiciones legales invocadas por la Superintendencia para sancionar al Representante Legal, se encuentra el artículo 209 del E.O.S.F., norma que precisamente invoca el recurrente para defender el que la

¹³ Folios 51 a 65 del cuaderno de antecedentes administrativos denominado Respuesta Oficio No. 1676.

responsabilidad en estos casos radica en el administrador. La mencionada norma, en su versión vigente para la época de ocurrencia de los hechos disponía:

“Cuando cualquier director, gerente, revisor fiscal u otro funcionario o empleado de una entidad sujeta a la vigilancia del Superintendente Bancario, autorice o ejecute actos violatorios del estatuto de la entidad, de alguna ley o reglamento, o de cualquier norma legal a que el establecimiento deba sujetarse, el Superintendente Bancario podrá sancionarlo, por cada vez, con una multa hasta de un millón de pesos (\$1.000.000.00) a favor del Tesoro Nacional. El Superintendente Bancario podrá, además, exigir la remoción inmediata del infractor y comunicará esta determinación a todas las entidades vigiladas. Esta suma se ajustará anualmente, a partir de la vigencia del Decreto 2920 de 1982, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE...” (Subrayado fuera de texto).

Del texto normativo transcrito, es de inferir que la Superintendencia Bancaria desplegó, en su momento, su facultad sancionatoria contra el Representante Legal, por las conductas que a título personal infringieron la normativa contable y financiera advertida. Ahora, es del caso precisar si el ejercicio de dicha facultad tiene la potencialidad de suplir la potestad sancionatoria contra la institución vigilada, por consideraciones como las invocadas por el actor, como son la evidente violación legal por parte del administrador y la victimización a los socios mediante la conducta infractora.

Para la Sala los planteamientos del actor en tal sentido no son de recibo, y menos aún, cuando el Ente de Control constata la clara ocurrencia de situaciones constitutivas de infracciones administrativas en los estados financieros de la Aseguradora como fueron, en el presente caso, los defectos en el margen de solvencia y patrimonio técnico; los cuales, son objeto de sanción con independencia de la responsabilidad personal atribuible al administrador por las faltas o vulneraciones legales respecto de él verificadas.

De este modo, aducir que las conductas transgresoras en que incurrió Confianza deben ser ignoradas en cuanto a su consecuencia sancionatoria en razón de las decisiones adoptadas contra el Representante Legal, resulta carente de todo sentido jurídico y no cuenta tampoco con disposición legal alguna que permita tal proceder por parte de la Superintendencia. Al efecto, basta efectuar el ejercicio comparativo entre lo señalado por el artículo 209 del E.O.S.F., anteriormente transcrito, y el artículo 211 ibídem referente a la facultad sancionatoria contra el ente vigilado, para deducir que de ellas no se deriva aplicación subsidiaria alguna de una norma respecto de la otra. Así, esta última disposición en su versión vigente para la época establecía:

*“Régimen general. Cuando el Superintendente Bancario, después de pedir explicaciones a los administradores o a los representantes legales de cualquier institución sometida a su vigilancia, se cerciore de que éstos han violado una norma de su estatuto o reglamento, o cualquiera otra legal a que deba estar sometido, **impondrá al establecimiento**, por cada vez, una multa a favor del Tesoro Nacional no menor de quinientos mil pesos (\$500.000) ni mayor de dos millones de pesos (\$2.000.000), graduándola a su juicio, según la gravedad de la infracción o el beneficio pecuniario obtenido, o según ambos factores. Estas sumas se ajustarán anualmente, a partir de la vigencia del Decreto 2920 de 1982, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el índice de precios al consumidor que suministre el DANE. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Como se observa, la facultad sancionatoria a título institucional desatada contra Confianza en los actos acusados, se fundamentó en esta disposición legal por advertirse la ocurrencia de las infracciones consistentes en la violación del numeral 2º del artículo 82 del E.O.S.F., y el artículo 2 del Decreto 206 de 1999; y, las sanciones impuestas al representante legal, tuvieron como sustento legal el plurimencionado artículo 209 del E.O.S.F., con ocasión de las irregularidades por él suscitadas y que se detallan en la Resolución 1179 de 1999.

Así las cosas, la responsabilidad endilgada al representante legal **a título personal** por las faltas en que él incurrió, encarna una potestad punitiva diferente e

independiente de la prevista a **título institucional** frente al ente controlado por motivo de las infracciones administrativas advertidas; la primera de ellas, como se anotó, se consagra en el artículo 209 del E.O.S.F., y la segunda, en el numeral 1º del artículo 211 ibídem, sin que se consagre entre ambas normas un criterio de aplicación subsidiario. De ahí, que no le corresponda al Ente de Control adentrarse en juicios valorativos no contemplados legalmente para optar por la aplicación de una u otra disposición, como son la victimización de que fueron objeto los socios o la gravedad de la infracción cometida por el representante legal, los cuales corresponderán, como bien indica el a quo, al estudio de otro proceso judicial incoado con propósitos indemnizatorios u otros que estimen pertinentes los socios afectados.

Sobre la concurrencia entre estos dos tipos de responsabilidad, esto es, la personal del administrador y la institucional que corresponde al ente vigilado, se ha pronunciado esta Corporación en los siguientes términos¹⁴:

“Al solicitar la Superintendencia explicaciones a "título personal e institucional" para los efectos previstos en los artículos 209 y 211 del estatuto Orgánico del Sistema Financiero, está vinculando al proceso administrativo no solo a la entidad financiera, sino también al Presidente del Banco, teniendo en cuenta responsabilidad que a él pueda corresponder por las infracciones sancionadas. En efecto, el "régimen sancionatorio" a que se refiere el citado Estatuto hace distinción entre "Régimen Personal" artículo 209 y "Régimen Institucional" artículo 211. El primero está dirigido a los administradores, directores o funcionarios de entidades vigiladas y el segundo a las entidades vigiladas. En uno y otro régimen los supuestos de hecho que hacen procedente su aplicación están referidos a violación de las disposiciones legales y estatutarias a las cuales deba sujetarse la entidad financiera, lo cual implica que son destinatarios de las mismas disposiciones tanto los administradores a título personal como la entidad financiera a título institucional...”
(Subrayado fuera de texto).

Lo anterior, permite colegir que no es admisible en el presente caso el acudir a la teoría del hecho de un tercero o de la fuerza mayor como eximente de

¹⁴ Sección Cuarta, Sentencia de 13 de marzo de 1998, Expediente No. 8570, M.P. Dr. Germán Ayala Mantilla.

responsabilidad, pues ante la ocurrencia de las infracciones administrativas constatadas por parte de la Administración, prima la aplicación normativa que regula expresamente el proceder sancionatorio de la Superintendencia, sobre consideraciones no previstas en el ordenamiento para eximir de responsabilidad al ente vigilado. De este modo, es claro que los actos acusados no incurrieron en falsa motivación con ocasión de una desatinada imputación de responsabilidad, en los términos propuestos por el apelante.

6. El siguiente aspecto de discrepancia contra los actos acusados y la sentencia del a quo, se refiere a la vigilancia especial a que fue sometida la Aseguradora, en el sentido que ésta había suscrito unos acuerdos con la Superintendencia para saldar la situación financiera de la Empresa, y de acuerdo con el recurrente, la sanción se impuso sin una previa verificación de su resultado.

Igualmente, indica que el procedimiento administrativo fue ilegal al no haberse formulado un requerimiento con anticipación al acto sancionatorio.

Para la Sala, los planteamientos así expuestos por el actor tampoco están llamados a prosperar por cuanto la adopción de una medida cautelar, como es la vigilancia especial, para efectos de sanear la situación financiera de la Compañía y evitar el empeoramiento de la misma no excluye la potestad punitiva de la Superintendencia tendiente a sancionar las infracciones administrativas en que incurra el ente vigilado.

Cabe anotar que las disposiciones legales sobre vigilancia especial se hallan dentro del Capítulo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que trata sobre las medidas de salvamento y la confianza pública, de modo que a aquella se le atribuye el propósito último de proteger y solventar situaciones que comprometan el interés general asociado a la confianza del público en el sistema financiero, en concordancia

con las funciones asignadas a la Superintendencia en el artículo 325 del E.O.S.F., que al efecto dispone sobre la naturaleza y objetivos del Ente de Control:

a) Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velar porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficientes de liquidez apropiados para atender sus obligaciones.

(...)

c) Supervisar las actividades que desarrollan las entidades sometidas a su control y vigilancia con el objeto de velar por la adecuada prestación del servicio financiero, esto es, que su operación se realice en condiciones de seguridad, transparencia y eficiencia.

(...)

e) Prevenir situaciones que puedan derivar en la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y, particularmente, el de terceros de buena fe... (Subrayado fuera de texto).

Para efectos de lograr los objetivos señalados, el E.O.S.F., dotó a la Superintendencia Bancaria de las siguientes atribuciones, en su artículo 326:

“Funciones y facultades de la Superintendencia Bancaria. Para el ejercicio de los objetivos señalados en el artículo anterior, la Superintendencia Bancaria tendrá las funciones y facultades consagradas en los numerales siguientes, sin perjuicio de las que por virtud de otras disposiciones legales le correspondan:

(...)

5. Facultades de prevención y sanción. La Superintendencia Bancaria tendrá las siguientes facultades de prevención y sanción:

(...)

c) Adoptar cuando lo considere pertinente y según las circunstancias, cualquiera de las siguientes medidas cautelares para evitar que una institución vigilada incurra en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla:

*-Establecer una **vigilancia especial**, en cuyo caso la entidad vigilada deberá observar los requisitos que para su funcionamiento establezca la Superintendencia Bancaria con el fin de enervar, en el término más breve posible, la situación que le ha dado origen...*

Es de recalcar, entonces, que la vigilancia especial comporta una medida cautelar dirigida a evitar que la Compañía incurra en una causal de toma de posesión según estipula la norma transcrita, pero sin que tal herramienta preventiva entrañe una exoneración sancionatoria por las irregularidades constitutivas de infracción constatadas por el Ente de Control.

Cabe considerar, además, que las disposiciones legales previstas en la Parte Séptima sobre Régimen Sancionatorio del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en su versión vigente para la época de los hechos, no contemplan previsión normativa alguna que permita a la Superintendencia abstenerse de adelantar el proceso sancionatorio cuando la Compañía ha sido objeto de una medida cautelar. Tampoco se prevé legalmente la posibilidad de esperar a los resultados de aquella para establecer si hay lugar o no a aplicar la norma sancionatoria; de forma tal que no existe en el ordenamiento una condición como la sugerida por el recurrente para que la Superintendencia Bancaria desatienda su potestad punitiva cuando se ha emitido una de las medidas de salvamento previstas en el artículo 326 del E.O.S.F. Obsérvese, además, que mientras las medidas cautelares, como la de vigilancia especial, pretenden sanear una situación financiera defectuosa en el ente vigilado, la facultad punitiva sanciona las faltas administrativas cometidas por este, por lo que ambas potestades, esto es, la preventiva y la sancionatoria, envuelven objetivos disímiles.

De otra parte, en lo que hace a la no formulación de un requerimiento previo a la imposición de la sanción, la Sala encuentra que la omisión de una formalidad como la reclamada, no está llamada a viciar el procedimiento por una eventual vulneración al debido proceso. De hecho, es verificable que en el marco del procedimiento administrativo hubo sendas comunicaciones entre las partes, por las cuales

Confianza tuvo la oportunidad de controvertir las faltas advertidas, aportar las pruebas necesarias para su defensa, y de ejercer los recursos de ley en la vía gubernativa contra los actos acusados.

Vale la pena traer a colación lo que ha señalado esta Sección sobre el alcance del debido proceso¹⁵, por resultar aplicable en el sub lite:

"El debido proceso se encuentra consagrado en el art. 29 de la C.P., cuyo primer párrafo prescribe que "...se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales administrativas". No es, como en ocasiones se piensa, un culto a la ritualidad que es menester observar en los diversos procedimientos, sino un precepto básico en cualquier estado de derecho que protege la defensa de quienes aspiran a que la administración o la justicia se pronuncie en uno u otro sentido. Pero no es cualquier irregularidad u omisión la que puede constituir quebranto de la citada norma constitucional, sino aquella que ponga en peligro o cause desmedro a los intereses de los sujetos que contienden o respecto de los cuales se inquiera sobre ciertos hechos. Es decir, debe tratarse de un vicio con carácter trascendente." (Subrayado fuera de texto). (Subrayado fuera de texto).

En el presente caso, es incuestionable, entonces, que la falta de un requerimiento no cuenta con la entidad suficiente para viciar el procedimiento administrativo, toda vez que la Superintendencia le dirigió a Confianza sendas comunicaciones solicitando las explicaciones de que trata el artículo 211 numeral 1º del E.O.S.F., con anterioridad al proferimiento del acto sancionatorio, el cual, como se anotó, fue también controvertido mediante los recursos ante la vía gubernativa.

7. En lo que respecta a los argumentos soporte de la pretensión subsidiaria, por la que el actor solicita una graduación de la sanción impuesta, y que tienen que ver fundamentalmente con las facultades de la Superintendencia establecidas en el artículo 82 numeral 5º del E.O.S.F., y con la proporcionalidad de la sanción, la Sala

¹⁵ Sentencia de 8 de mayo de 1997, radicación No 4032, M.P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola.

observa, que, contrario a lo anotado por el recurrente, el a quo sí emitió un pronunciamiento sobre ellas.

Pues bien, en lo que hace al primero de los planteamientos, se observa que si bien el Tribunal no se refiere con precisión al asunto denominado por el actor, como “facultades de la Superintendencia”, sí hace alusión a estas para desarrollar el tema de la proporcionalidad de la sanción, y al efecto afirma que las faltas encontradas por el Ente de Control revisten la suficiente gravedad para imponer la máxima sanción, en la medida en que los márgenes de solvencia y los niveles de patrimonio adecuado y de fondo de garantía, son elementos fundamentales en la operación adecuada y segura de la compañía.

Ahora, la Sala responde el asunto referenciado por el actor específicamente como “facultades de la Superintendencia”, bajo los razonamientos esbozados en el punto anterior, en el sentido que los programas u órdenes por los cuales se procura sanear la situación financiera del ente vigilado en modo alguno desplaza la potestad para sancionar las faltas administrativas encontradas. Ello, incluso, se deriva de la norma que trae a colación el recurrente así:

Artículo 82.- Disposiciones relativas a los márgenes de solvencia o niveles de patrimonio adecuado:

(...)

*5. Ordenes de capitalización de entidades aseguradoras. **Aparte de las acciones o sanciones legalmente admisibles, la Superintendencia Bancaria puede ordenar las ampliaciones de capital indispensables para que una entidad aseguradora enerve la insuficiencia del margen de solvencia, fijando un plazo para el efecto...*** (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, es evidente que la norma invocada por el apelante, impone a la Superintendencia el deber de entablar las acciones sancionatorias procedentes, con independencia de las órdenes de capitalización orientadas a la corrección de los defectos o desequilibrios encontrados en la situación financiera del ente vigilado, por lo que el cuestionamiento formulado por el actor no es de posible aceptación para la Sala.

Finalmente, el asunto concerniente a la proporcionalidad de la sanción impuesta y a los criterios que debió tener en cuenta la Superintendencia al dosificarla, alusivos a que la Aseguradora venía observando las instrucciones de capitalización emitidas por aquella, no cuenta tampoco con opción para prosperar. Ello, por cuanto, como advierte el a quo, las infracciones encontradas referentes al incumplimiento en los niveles mínimos de garantía son razonablemente calificadas como graves al atentar contra la confianza pública hacia el sistema financiero y lesionar los intereses de los terceros que de buena fe han contratado los servicios de la Aseguradora.

En este punto, cabe agregar que no se vislumbra un planteamiento preciso por el que el recurrente desvirtúe el hecho de que los defectos en el margen de solvencia y patrimonio técnico no constituyan una falta lo suficientemente grave como para imponer la multa objeto de controversia. Al efecto, el apelante se limita a defender los cumplimientos de la Empresa frente a unas órdenes de capitalización, que debía obligatoriamente satisfacer, so pena de comprometer la continuidad de su actividad aseguradora.

Asimismo, se reitera lo indicado anteriormente en el sentido que las medidas preventivas de saneamiento o las tendientes a superar los defectos patrimoniales de la empresa, en modo alguno enervan la potestad sancionatoria de la Superintendencia, la cual, al valorar la dosificación punitiva correspondiente ha de

considerar, como se anotó, la gravedad de la infracción en si misma, con independencia de los progresos ocurridos en el marco de las órdenes emitidas al ente vigilado para que solvente las situaciones de incumplimiento normativo o de desequilibrio financiero encontradas.

En todo caso, es de anotar que la Sala da cuenta de una debida motivación en los actos acusados con respecto a la dosificación punitiva impuesta en los términos del artículo 59 del C.C.A., pues por un lado, hubo una reducción de la multa inicialmente propuesta de \$361.600.000 a 216.700.000¹⁶, atendiendo la solicitud que en tal sentido elevó el actor; y, por el otro, la multa pertenece a dos infracciones administrativas que en su conjunto resultan evidentemente perjudiciales para el interés público asociado al sistema financiero en el sector asegurador.

De este modo, la Sala comparte la apreciación del a quo en el sentido que la sanción impuesta se encontró acorde con la gravedad de los efectos de las infracciones cometidas, aunado a una precaria exposición argumentativa por parte del apelante, que permita aducir lo contrario.

Consecuente con lo anterior, debe la Sala confirmar la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A

¹⁶ Resolución 0423 de 12 de abril de 2002. Folios 41 y siguientes del cuaderno principal del expediente.

CONFÍRMASE la sentencia recurrida en apelación.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior Sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO