

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Niega

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / FALLA EN EL SERVICIO – Inspección, control y vigilancia de sobre las operaciones financieras de Interbolsa SCB / **SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACIÓN DEL MERCADO DE VALORES** – Función de preventiva y supervisión del sistema / **OPERACIONES DE REPORTO** – Operaciones repo / **CARTA COMPROMISO** – Requisito de las operaciones repo / **SUSPENSIÓN DE OPERACIONES EN EL MERCADO DE VALORES** – Medida preventiva para proteger el mercado en general y no para controlar o asegurar la rentabilidad de las negociaciones particulares / **FALLA EN EL SERVICIO** – La omisión de suspensión de operaciones por sí sola no constituye configuración de responsabilidad del Estado / **TEMOR FUNDADO** – Regulación normativa / **RESPONSABILIDAD DEL ESTADO** – No configurada por omisión del deber de vigilancia, intervención y control / **DAÑO ANTIJURÍDICO** – No se configura por la pérdida en el proceso de liquidación administrativa

SÍNTESIS DEL CASO: Tomás León Darío Ramírez Rojas sufrió pérdidas en operaciones repo que realizó a través de Interbolsa, Sociedad Comisionista de Bolsa vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. En criterio del demandante, la omisión de esa superintendencia, al no tomar las medidas de suspensión de operaciones, constituyó un daño antijurídico que el Estado le debe reparar, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política.

EL CASO CONCRETO: El problema jurídico planteado en la segunda instancia se concreta en la siguiente forma: ¿Se configuró la responsabilidad de la Superintendencia Financiera de Colombia por el no pago de las operaciones repo que adelantó la demandante a través de Interbolsa SCB, con subyacente en la especie Fabricato?

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Con fundamento en los artículos 104 y 140 del CPACA, se reafirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto, dado que el litigio versa sobre la responsabilidad por posibles omisiones en el servicio de inspección control y vigilancia de las entidades públicas demandadas.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 104 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 140

COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA – Factor objetivo

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente caso, por tratarse de un proceso de doble instancia en virtud de la cuantía de la pretensión mayor, de conformidad con los artículos 150, 152 y 157 del CPACA, la cual fue estimada en la suma de \$1.018'873.009, que excede los 500 salarios mínimos mensuales vigentes a la fecha de la presentación de la demanda.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 150 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 152 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 157

CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – Oportunidad de interponer la acción antes de la terminación del proceso de liquidación

Se reafirma la oportunidad de la presentación de la demanda, dado que fue interpuesta dentro del término de dos años fijado en el artículo 164 del CPACA, tal como se reseñó en la sentencia de primera instancia. Para el efecto, se tiene en

cuenta que en la Resolución 0035 de marzo 7 de 2014, expedida por el liquidador de Interbolsa SCB en liquidación, se determinó el valor de las acreencias reconocidas al señor Tomás León Darío Ramírez, monto que fijó el límite susceptible de ser pagado en el procedimiento de liquidación y, por ello, a partir de ese momento el demandante tuvo conocimiento cierto de que no recuperaría el valor total de las operaciones repo incumplidas, al paso que presentó la demanda el 30 de octubre de 2014, dentro del término de dos años, de manera que no operó la caducidad de la acción. Se observa, por otra parte, que el demandante cumplió con el requisito de procedibilidad, dado que solicitó la conciliación extrajudicial el 14 de marzo de 2014 y que la misma se declaró fallida, según consta en el acta de 22 de abril de 2014 levantada por la Procuraduría 143 Judicial II para asuntos administrativos. Acerca de la posibilidad de presentar la demanda antes de la terminación del procedimiento de liquidación, debe tenerse en cuenta lo siguiente: En providencia del 25 de marzo de 2015, esta Subsección reiteró que, tratándose de hechos u omisiones en la toma de posesión, en la liquidación obligatoria o en el incumplimiento del control, vigilancia e inspección por parte de la Superintendencia Financiera, demandables en ejercicio de la acción de reparación directa, ya no era preciso que hubiere concluido la liquidación de la entidad vigilada para que existiera el supuesto del daño cierto y demandable. [...] Por tal razón, la Sala estima que, en casos como el que ahora se examina, la acción de reparación directa resulta procedente, aunque la liquidación de Interbolsa SCB no hubiera terminado para la fecha en que se presentó la demanda, por cuanto la causa petendi de la demanda busca como fin la declaratoria de responsabilidad del Estado por la falla en el servicio de vigilancia y supervisión por parte de la Superintendencia Financiera, que en este caso habría conducido a que el demandante se viera afectado en sus derechos como inversionista, cosa que se conoció cuando se establecieron los valores reconocidos dentro del procedimiento de liquidación.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL - Interbolsa

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, denegó las pretensiones de los demandantes en sentencia de segunda instancia proferida el 29 de enero de 2018, en el proceso instaurado en ejercicio del medio de control de reparación directa interpuesto por Andrés Enrique Abella, Javier Ricardo Sáenz Gutiérrez, Julián Andrew Pino Dávila y Alejandro Forero Marulanda, trabajadores de Interbolsa que tenían acreencias reconocidas, por bonificaciones laborales, dentro de la masa de la liquidación. En ese proceso, la decisión de negar las pretensiones de los demandados se fundó en el hecho exclusivo de las supuestas víctimas, por el grave incumplimiento de las obligaciones legales y reglas de autorregulación de los demandantes que laboraban como asesores comerciales de la comisionista de bolsa, lo cual determinó “que el daño antijurídico producido se debe a sus actuaciones de manera determinante, única y exclusiva”. Se trae a colación esta sentencia, por cuanto fue invocada por el demandante en razón de las consideraciones generales que destacan las responsabilidades de la Superintendencia Financiera de Colombia como supervisor del sistema financiero y bursátil, las facultades de intervención sobre las entidades sometidas a vigilancia y control y la potestad sancionatoria sobre los agentes del mercado. Sin embargo, se advierte que el caso concreto de ese litigio difiere del actual, por cuanto el demandante en este proceso no era empleado de Interbolsa SCB sino cliente y, por otra parte, el tratamiento de las acreencias de los trabajadores era diferente al de las operaciones de reporto que se examinarán en este caso.

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / DAÑO ANTIJURÍDICO – Presupuestos

Esta Subsección ha advertido que en los procesos de reparación directa debe analizarse, en primer lugar, el daño antijurídico [...] Se resalta que el daño

antijurídico se configura cuando el Estado vulnera un interés jurídicamente tutelado, que el afectado –el demandante en este caso- no tiene el deber de soportar.

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA - Competencia y regulación normativa / MERCADO DE VALORES / SUPERINTENDENCIA FINANCIERA – Facultades

La cuestión que se examina se sitúa en el marco del artículo 90 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 6º de la Ley 964 de 2005, la cual regulaba las funciones de la Superintendencia Financiera en el mercado de valores. Es importante observar que la Ley 964 de 2005 se refirió a la Superintendencia de Valores, órgano rector del mercado, con facultades de intervención y de supervisión sobre los emisores e intermediarios de valores, que funcionó de manera separada de la Superintendencia Bancaria, encargada de la inspección, vigilancia y control de las entidades financieras, de servicios financieros y del sector asegurador, bajo las reglas de la Ley 45 de 1923, la Ley 45 de 1990 y el Decreto 663 de 1993, entre otras disposiciones. La Superintendencia Financiera de Colombia surgió de la fusión de la Superintendencia Bancaria de Colombia y la Superintendencia de Valores, prevista en el Decreto 4327 de 2005 expedido en desarrollo de la Ley 790 de 2002, modificado posteriormente por el Decreto 2555 de 2010. La entidad es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. Las facultades del artículo 6 que reseña el demandante se ubican en el ámbito de la supervisión asignada a la Superintendencia Financiera de Colombia, en el título segundo de la Ley 964 de 2005, las cuales, es bueno aclararlo, tienen un alcance distinto de las facultades de intervención y control reguladas en el título primero de la misma Ley. Precisamente, en el presente litigio se admite que la Superintendencia Financiera desplegó las facultades de intervención y las potestades sancionatorias en el caso de Interbolsa SCB y de sus funcionarios, pero se plantea que omitió el ejercicio de facultades preventivas, frente a las alertas que tenía y, en criterio del demandante, por ello se le causó un daño antijurídico.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 90 / LEY 964 DE 2005 – ARTÍCULO 6 / LEY 45 DE 1923 / LEY 45 DE 1990 / DECRETO 4327 DE 2005 / DECRETO 2555 DE 2010

SUPERVISIÓN DEL SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACIÓN DEL MERCADO DE VALORES Y DE LAS CONTRIBUCIONES – Función de preventiva / MERCADO DE VALORES – La suspensión de valores debe motivarse en la consideración del temor fundado sobre la protección debida a los inversionistas y al mercado en general en materia de información

El literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005 trata de una función preventiva y temporal, que está orientada a generar un lapso en el cual permanecen suspendidas las operaciones, con el fin de que el mercado obtenga mayor información y pueda tomar sus decisiones de inversión. Nótese que este artículo 6 no consagra una medida dentro de un proceso sancionatorio, por ejemplo, para decidir sobre la intervención o no de la comisionista; dado que la Ley 964 de 2005 establece una medida preventiva “de la supervisión del sistema integral de información del mercado de valores”, de manera que se encuentra establecida para proteger a los partícipes del mercado en la debida información para sus decisiones. Puede agregarse que la decisión de suspensión de operaciones está prevista como un mecanismo que debe ser motivado en la consideración del “temor fundado” sobre la protección debida a los inversionistas y al mercado en general, en materia de información.

FUENTE FORMAL: LEY 964 DE 2005 – ARTÍCULO 6 LITERAL C

OPERACIÓN DE REPORTO – Definición

Otro aspecto que resulta de interés para la comprensión de presente litigio es el concepto de las operaciones de reporto o repo, que, desde el punto de vista jurídico, se corresponden con el contrato de venta de valores con pacto de recompra y, desde el punto de vista financiero, constituyen un mecanismo de apalancamiento con garantía en la especie o título objeto del contrato. Existe una operación de entrada, en la cual una parte vende los valores y recibe recursos y otra operación de regreso en la que esa parte recompra los valores y paga el precio convenido. En la dinámica normal de un intermediario de valores, a diario, los repos que se vencen se sustituyen por otros, con recursos de los mismos intermediarios o de clientes, para mantener el nivel de apalancamiento, sin exceder los márgenes permitidos de acuerdo con el sistema de administración de riesgo. El precio que registran las transacciones de cada especie en la bolsa va marcando el valor de mercado de la respectiva especie (títulos o valor).

OPERACIÓN DE REPORTO – Reglamentación / OPERACIÓN DE REPORTO – Requisitos / INTERVENCIÓN DEL ESTADO – Improcedencia

Aunque ya existía reglamentación anterior en las circulares de las Superintendencias Bancaria y de Valores, al expedirse la Ley 964 de 2005, el Decreto 4432 de 2006 reglamentó la definición de los repos y delimitó los requisitos financieros de las operaciones, en la misma forma que fueron definidas posteriormente en el artículo 2.36.3.1.1 del Decreto 2550 de 2010, norma en la que se dispuso que, en principio, no podían tener plazo superior a un año y podían realizarse a descuento, hasta un porcentaje del precio en el mercado de valores de la especie entregada en garantía. Como los repos eran operaciones permitidas para las comisionistas de valores y se estaban reportando como realizadas dentro de los porcentajes establecidos y los indicadores de solvencia de la comisionista no se encontraban excedidos para cuando se realizó la visita de inspección –en septiembre de 2011- se reseñó en la sentencia de primera instancia que esas operaciones no eran calificadas como irregulares o ilegales, por lo cual no cabía proceder a una intervención inmediata.

FUENTE FORMAL: LEY 964 DE 2005 / DECRETO 4432 DE 2006 / DECRETO 2550 DE 2010

OPERACIÓN DE REPORTO – Efectos jurídicos

deben tenerse en cuenta los efectos jurídicos que la Ley 964 de 2005 dispuso para las operaciones de reporto incumplidas, en especial frente al evento de la toma de posesión, dado que en ese supuesto estaba previsto que se liquidaran las garantías y se pagara la diferencia que resultara entre el precio acordado y el precio de mercado del valor en la fecha del incumplimiento, tal como se dispuso en el artículo 14.

FUENTE FORMAL: LEY 964 DE 2005 – ARTÍCULO 14

DAÑO ANTIJURÍDICO – Menor valor de operaciones de regreso o de garantías / VARIACIÓN DEL PRECIO

Con fundamento en las disposiciones legales referidas se puede reiterar que no hay un daño jurídico por el menor valor de las operaciones de regreso o de las garantías, que resulta de aplicar las normas del mercado de valores, en tanto el inversionista debe soportar la liquidación de sus operaciones o contratos y está sometido a la variación del precio de la especie subyacente que él mismo decidió como objeto y garantía de su operación. Sin embargo, el caso concreto en el presente litigio sugiere un análisis adicional sobre la actuación de la Superintendencia Financiera, puesto que el demandante sostiene que esa entidad habría tenido información suficiente para suspender las operaciones de la especie Fabricato, antes de que, en su caso particular, empezara a realizar repos sobre

esta especie y, por ello, plantea que existió un daño por omisión en las funciones de supervisión, supuestamente por no haber suspendido las operaciones del mercado de valores sobre esa acción.

DAÑO ANTIJURÍDICO – No sólo se prueba con ausencia de activos en la liquidación / EXCEDENTES FINANCIEROS – Ausencia en el proceso liquidatorio / LIQUIDACIÓN – Es un proceso concursal

Antes de entrar al caso concreto, vale la pena puntualizar que la insuficiencia de activos en la liquidación no constituye prueba de un daño antijurídico en sí mismo, toda vez que puede corresponder a las reglas del proceso liquidatorio. El proceso de liquidación es concursal, y a este deben comparecer todos los acreedores que pretendan reclamar derechos, una vez se identifica el inventario de los bienes que conforman la masa y los que se califican como “no masa”, con la venta de los bienes afectos a la liquidación y en forma separada para los patrimonios de la “no masa”, se pagan los gastos de administración y las acreencias respectivas, en el orden de prelación de créditos. En ese supuesto, la ausencia de excedentes es un resultado económico consecuente con la situación del patrimonio liquidable y no puede invocarse un detrimento patrimonial respecto de un derecho económico cuyo valor resulta igual a cero, porque equivale al resultado financiero de la liquidación, bajo las reglas del proceso y del contrato subyacente.

CARTAS DE COMPROMISO / CONTRATO DE REPORTO - Acreditación

Se encuentran acreditadas en el proceso cuatro cartas compromiso suscritas por el señor Ramírez Rojas (Comitente) a favor de Interbolsa (Comisionista) para facultarla en la realización de operaciones de “venta con pacto de recompra de acciones”, de acuerdo con los reglamentos de la Bolsa de Valores de Colombia.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE DEL ESTADO – No toda falta disciplinaria genera responsabilidad del Estado / MERCADO DE VALORES – La suspensión de operaciones no protege de la pérdida o procura la ganancia / MERCADO DE VALORES – La suspensión de operaciones procura la debida información para los inversionistas en las operaciones subsiguientes

En el proceso está probado que la Superintendencia Financiera de Colombia sí hizo uso de la medida del literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005 sobre las acciones de Fabricato, pero después de haber decretado la toma de posesión de Interbolsa SCB y en esa oportunidad se apoyó en la ruptura del margen de solvencia, circunstancia que se entiende, puesto que se había decretado la liquidación de la sociedad y se realizaron las operaciones de cesión de otros activos y pasivos en favor de intermediarios interesados, de manera que Interbolsa SCB no estaba en condiciones de operar en el mercado. [...] En otras palabras, el informe de AMV fue una alerta importante para iniciar los requerimientos e investigaciones correspondientes, mas, por sí solo, no era suficiente para concluir un “temor fundado” acerca de la situación del mercado y decidir en ese momento la suspensión de las operaciones de la especie Fabricato. [...] [D]ebe analizarse de manera independiente la configuración de la responsabilidad del Estado por la conducta de sus funcionarios, pues no toda falta disciplinaria genera daño antijurídico a los administrados. Es pertinente advertir que la suspensión de operaciones siempre origina algún grado de afectación individual, porque las operaciones en curso no pueden cumplirse en el día convenido, aunque las condiciones entre las partes se mantienen. Como se ha expuesto en esta providencia, la facultad de la Superintendencia Financiera para suspender temporalmente operaciones en el mercado de valores no tiene por objeto proteger de la pérdida o procurar la ganancia, para una determinada operación o grupo de inversionistas. Se trata de una facultad de suspensión temporal con el propósito de lograr la debida información para los inversionistas en las operaciones subsiguientes.

CARTA COMPROMISO / CONTRATO DE REPORTO – Requisito de las operaciones repo

[E]n el ámbito individual, uno de los requisitos para que el cliente pueda acceder a las operaciones repo en el mercado de valores es la carta compromiso en la que se establece que asumirá las consecuencias de la suspensión de operaciones, tal como la había suscrito el demandante en este caso.

MERCADO DE VALORES – La suspensión de operaciones es una medida preventiva para proteger el mercado en general y no para controlar o asegurar la rentabilidad de las negociaciones particulares / MERCADO DE VALORES – Efectos de la suspensión de operaciones / MERCADO DE VALORES – La omisión en suspender las operaciones por sí sola no constituye configuración de responsabilidad del Estado / RIESGO EN EL MERCADO DE VALORES – Regulación normativa del temor fundado

A juicio de la Sala, siendo la suspensión una medida preventiva para proteger el mercado en general y no para controlar o asegurar la rentabilidad de las negociaciones particulares, se debe concluir que los efectos adversos de la suspensión de negociaciones -o del aplazamiento de esa decisión- se resuelven bajo los acuerdos de la respectiva negociación y las leyes aplicables en el evento de toma de posesión o de liquidación, en su caso. En el mismo sentido, la omisión en la suspensión de operaciones no constituye por sí misma la base para configurar un daño antijurídico, pues las partes deben soportar los efectos de sus negociaciones contractuales cuando se desatan con arreglo a la ley, sin que sea dable trasladar a la Superintendencia Financiera el efecto adverso de una negociación particular que no estuvo bajo el análisis individual de esa entidad y que, en todo caso, tenía riesgo de ganancia o pérdida para ambas partes del contrato de reporto. [...] Si se tiene en cuenta el alcance de la función de la Superintendencia Financiera, cuya omisión en un aspecto puntual originó la sanción disciplinaria a los funcionarios de la Superintendencia Financiera de Colombia por la falla en el estudio acerca de las facultades del artículo 6 de la Ley 964 de 2005, con anterioridad a la toma de posesión, se concluye que esa sanción no significó un precedente para atribuir responsabilidad por las pérdidas del demandante. Aunque el Superintendente y sus delegados no analizaron el supuesto del “temor fundado”, a que se refirió el literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005, en las operaciones de la especie Fabricato -y ello fue una falta cometida con culpa grave a juicio de la Procuraduría General de la Nación- desde la perspectiva del daño antijurídico que se estudia en este proceso, la falta fue temporal, puesto que la Superintendencia sí asumió ese estudio y tomó la decisión correspondiente, imponiendo un plazo para la valoración independiente de la empresa Fabricato S.A. orientada a apoyar las decisiones de inversión y llevar a que el precio de la acción se estabilizara de acuerdo con las decisiones informadas. La omisión en la oportunidad de análisis y en la decisión de suspensión de la especie Fabricato no fue la causa de la intervención de Interbolsa SCB, ni de la afectación al demandante, dado que la toma de posesión se originó en el incumplimiento de Interbolsa SCB que afectó a sus clientes inversionistas como el demandante y no porque se hubiera dejado de suspender la operación sobre la especie Fabricato, antes de la intervención. Como consecuencia, no se configuró un daño antijurídico frente al demandante por la actividad de la Superintendencia Financiera de Colombia, ni por la falta disciplinaria de sus funcionarios, razonamiento que impone la confirmación de la sentencia apelada.

CONDENA EN COSTAS - Procedencia

Habida cuenta de que para este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, en la presente providencia se impondrá la condena en costas a cargo de la parte vencida. En el

presente caso se encuentra acreditada la gestión de los apoderados de las entidades demandadas (Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Superintendencia Financiera de Colombia), frente a la interposición del recurso de apelación, a través de la defensa ejercida por cada una de las entidades en sus escritos de alegatos en segunda instancia. Dicha gestión la estima la Sala como suficiente para que se disponga la fijación de agencias en derecho en la liquidación de las costas, de acuerdo con lo previsto en los mencionados artículos 365 y 366 del CGP. Adicionalmente, debe señalarse que, bajo las reglas del código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, “siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”. La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 188 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 365 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 366

FIJACIÓN DE AGENCIAS EN DERECHO

En observancia de la regla contenida en el artículo 3 del Acuerdo 1887 de 2003, al apreciar la gestión procesal en la segunda instancia, se advierte que la cuantía de las pretensiones era importante y se tiene en cuenta la calidad de la argumentación de la defensa, en la medida en que fue exitosa. Con fundamento en lo anterior, se fijan las agencias en derecho en la suma de \$10'000.000 a favor de las demandadas, \$5'000.000 para cada entidad, cifra que se liquida con base en la relación porcentual del 0,9814% de las pretensiones que fueron presentadas en este proceso por la parte demandante (en la suma de \$1.018'873.009). Se observa que el valor fijado como agencias en derecho se encuentra dentro del límite establecido en el Acuerdo 1887 de 2003.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 1887 DE 2003 DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-36-000-2015-00445-02(59713)

Actor: TOMAS LEÓN DARÍO RAMÍREZ ROJAS

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA – Interbolsa SCB – repos Fabricato - apreciación de la sanción disciplinaria en el proceso de reparación directa (...) se tiene en cuenta que la sanción que se impuso a los funcionarios de la Superintendencia Financiera se fundó en la omisión de un análisis específico sobre la facultad del artículo 6º de la Ley 964 de 2005 que se les imputó a título de culpa grave, lo cual es un hecho probado en el proceso y en este escenario no se puede desconocer ni controvertir la legalidad del fallo disciplinario. // Debe analizarse de manera independiente la configuración de la responsabilidad del Estado por la conducta de sus funcionarios pues no toda falta disciplinaria genera daño antijurídico a los administrados. / SUSPENSIÓN DE OPERACIONES EN EL MERCADO DE VALORES / (...) la suspensión siempre origina algún grado de afectación individual, porque las operaciones en curso no pueden cumplirse en el día convenido, aunque las condiciones entre las partes se mantienen. // (...) la facultad de la Superintendencia Financiera para suspender temporalmente operaciones en el mercado de valores no tiene por objeto proteger de la pérdida o procurar la ganancia, para una determinada operación o grupo de inversionistas // Se trata de una facultad de suspensión temporal con el propósito de lograr la debida información para los inversionistas en las operaciones subsiguientes // DAÑO ANTIJURÍDICO – no se configura por la pérdida en el proceso de liquidación administrativa.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 31 de mayo de 2017, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera - Subsección B, mediante la cual se dispuso (se transcribe de forma literal, la negrilla y las mayúsculas sostenidas son del texto original):

“PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro del proceso de la referencia.

“SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

“TERCERO: Condenar en costas en esta instancia a la parte demandante, razón por la cual deberá pagar a favor de la demandada la suma de ciento un mil ochocientos ochenta y siete pesos (\$101.887)¹.

“CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación, en los términos dispuestos en el artículo 243 y 247 del C.P.A.C.A.².

I. ANTECEDENTES

¹ Agencias en derecho fijadas en la suma equivalente al 0.01% del valor de las pretensiones negadas.

² Página 799 vuelto del cuaderno principal de la segunda instancia

1. Síntesis del caso

Tomás León Darío Ramírez Rojas sufrió pérdidas en operaciones repo que realizó a través de Interbolsa, Sociedad Comisionista de Bolsa³ vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia. En criterio del demandante, la omisión de esa superintendencia, al no tomar las medidas de suspensión de operaciones, constituyó un daño antijurídico que el Estado le debe reparar, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política.

2. La demanda

Mediante demanda presentada el 30 de octubre de 2014⁴, en ejercicio del medio de control de reparación directa⁵, Tomás León Darío Ramírez Rojas solicitó que se realizaran las siguientes declaraciones y condenas en contra de la Nación – Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Financiera de Colombia⁶ (se transcribe de forma literal, la negrilla es del texto original):

“PRIMERA. *Que se declare que el Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Financiera son administrativa y solidariamente responsables del descalabro económico que sufrió mi representado como consecuencia de la falla del ejercicio de Vigilancia y control en el caso de la Comisionista de Bolsa INTERBOLSA.*

“SEGUNDA: *Como consecuencia de lo anterior se asuma por parte del Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Financiera, el pago a mi representado de la suma de (\$1.018'873.009) millones de pesos.*

“TERCERA: *Que el Ministerio de Hacienda y la Superintendencia Financiera, asuman el pago de intereses de mora desde el momento de la reclamación hasta la fecha que se verifique el pago, que se tenga en cuenta para establecer los intereses de mora la certificación trimestral de la Superintendencia Financiera como mecanismo idóneo para calcular el detrimento patrimonial que sufrió el convocante.*

“CUARTA: *Condénese a las demandadas en costas y agencias en derecho”⁷.*

3. Los hechos

En el escrito de demanda, la parte actora narró los siguientes hechos:

3.1. Interbolsa SCB era la firma comisionista más grande del país, que operaba bajo la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia.

³ En adelante se denominará Interbolsa SCB.

⁴ Página 1 de la demanda, cuaderno 1.

⁵ En adelante CPACA.

⁶ En adelante se denominará Superintendencia Financiera.

⁷ Página 4 de la demanda, cuaderno 1.

3.2. El demandante expuso que Interbolsa SCB llevó a cabo operaciones cruzadas y convenidas con el fin de apalancar posiciones por medio de operaciones repo, las cuales solo se podían realizar sobre acciones calificadas como líquidas.

3.3. El 2 de noviembre de 2012 la Superintendencia Financiera ordenó la toma de posesión de Interbolsa SCB, como consecuencia de la suspensión en el pago de las obligaciones.

3.3. Tomás León Darío Ramírez Rojas, dentro de sus prácticas financieras, tenía como política “*colocar su plata en inversiones seguras y con rentabilidades normales*”⁸, pero fue engañado por Interbolsa a través de las operaciones “*tipo repo*”, las cuales fueron realizadas de manera fraudulenta por la comisionista con ausencia de inspección, control y vigilancia por parte de la Superintendencia Financiera⁹.

3.4. Puntualizó que el dinero de sus inversiones solo benefició a los dueños de Interbolsa “*en una especulación con acciones de Fabricato*” y que las operaciones sobre esa especie no fueron consentidas ni autorizadas por él.

3.5. El demandante indicó que Interbolsa SCB le quedó debiendo \$1.018'873.009 millones como consecuencia de las operaciones repo.

3.6. Reseñó que la Superintendencia Financiera conoció, desde septiembre de 2011, la manipulación de las acciones de Fabricato que se estaba realizando a través de las operaciones de Interbolsa SCB y “*no propuso, como era su deber, la adopción de cualquiera de las medidas preventivas*” a su alcance, para evitar la pérdida de la confianza del público y el perjuicio a los inversionistas del mercado de valores.

3.7. Igualmente, afirmó que la Superintendencia Financiera retrasó la denuncia relacionada con las acciones de Fabricato y omitió la denuncia sobre la manipulación de la liquidez de los valores de la Bolsa Mercantil Colombiana, especie que debió ser clasificada como ilíquida.

4. Fundamentos jurídicos

La parte actora invocó el artículo 90 de la Constitución Política, el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), señaló la falla del servicio en el control y vigilancia sobre las operaciones de Interbolsa SCB, que se habría configurado frente a las funciones y obligaciones asignadas a las entidades demandadas en el artículo 2

⁸ Hecho décimo de la demanda, folio 3 del cuaderno 1.

⁹ Hecho décimo primero de la demanda, folio 3 del cuaderno 1.

de la Constitución Política, la Ley 45 de 1990¹⁰ y el artículo 6º de la Ley 964 de 2005¹¹.

El demandante afirmó que, por no tomar medidas y no impedir las operaciones repo que resultaron incumplidas, las entidades públicas demandadas le ocasionaron un daño por la suma de \$1.018'.873.009.

Destacó que la Procuraduría General de la Nación declaró disciplinariamente responsable al Superintendente Financiero y a los superintendentes delegados, afirmó que al Superintendente Financiero se le impuso sanción de destitución e inhabilidad general por 12 años.

5. Actuación procesal

5.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda a través del auto de 16 de febrero de 2015¹².

5.2. Contestación de la demanda

5.2.1. En la contestación de la demanda¹³, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público destacó que, según manifestó el demandante, este habría sufrido un daño *como cliente de Interbolsa SCB*, por los hechos que se narraron allí, sobre los cuales ese Ministerio no tuvo conocimiento ni injerencia alguna.

Se opuso a las pretensiones, invocó la inexistencia del daño antijurídico, puesto que se solicitó la indemnización como consecuencia de una inversión realizada a través de Interbolsa SCB, cuyo resultado el demandante está en la obligación de soportar.

5.2.2. La Superintendencia Financiera de Colombia se opuso a las pretensiones y a la forma como se plantearon los hechos, dado que el demandante expuso que quien le adeuda a él una suma de dinero es Interbolsa SCB y, en ese sentido, reseñó que el crédito del demandante fue reconocido en la intervención y liquidación de la sociedad comisionista, dentro de aquellos que se pagan con los bienes que constituyen la “*no masa*”, por los cuales responde Interbolsa SCB.

Resaltó la suma final reconocida y aceptada en la Resolución No. 035 del 7 de marzo de 2014, expedida por el liquidador de Interbolsa SCB - en liquidación- en

¹⁰ “Por la cual se expiden normas en materia de intermediación financiera, se regula la actividad aseguradora, se conceden unas facultades y se dictan otras disposiciones”.

¹¹ “Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones”.

¹² Folios 159 a 162 del cuaderno 1.

¹³ Folios 274 a 286 del cuaderno 1.

favor del demandante. Con base en el anexo contenido en dicha resolución, detalló el valor de cada operación de regreso y el monto que se liquidó por la Bolsa de Valores de Colombia en razón de las garantías y la acreencia final reconocida.

En las razones de la defensa, la Superintendencia Financiera invocó que la demanda obedeció a hechos de terceros y narró que los administradores, directores, miembros de la junta directiva y funcionarios de Interbolsa SCB desarrollaron y aprobaron posibles operaciones irregulares, actuaciones que no son imputables a la Superintendencia Financiera.

Se refirió a la sentencia No. 42012 del 11 de marzo de 2015 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se condenó al empleador como tercero civilmente responsable por las conductas de sus trabajadores, en el caso de Interbolsa.

Expuso el deber de sometimiento prevalente al procedimiento de liquidación de Interbolsa SCB, en el cual el demandante hizo valer sus derechos.

Analizó el ejercicio de la facultad de suspensión de negociación respecto de la acción de Fabricato S.A. y expuso que el literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005, consagra una medida preventiva, “*cuando hubiera temor fundado de que se pueda causar daño a los inversionistas*”. Afirmó que la información que tenía la Superintendencia Financiera “*no permitía en manera alguna considerar la existencia de temor fundado*”¹⁴ sobre el mercado de valores.

Resaltó el principio de legalidad en las competencias de la Superintendencia Financiera y relató que las desplegó mediante múltiples actuaciones administrativas que llevaron a imponer sanciones a esa sociedad y a otras relacionadas, así como a varios de sus representantes, asesores comerciales y miembros de junta directiva.

Agregó que la Superintendencia Financiera también cumplió sus deberes y obligaciones al ordenar la toma de posesión y la liquidación de Interbolsa SCB.

Finalmente, invocó la inexistencia de los requisitos del artículo 90 de la Constitución Política para hacer exigible la responsabilidad del Estado y negó la configuración del daño antijurídico y del nexo de causalidad.

5.3. Audiencia inicial

¹⁴ Folio 248 vuelto, cuaderno 1.

El 1º de septiembre de 2015, en la audiencia inicial, se negaron las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la indebida representación del demandado.

Contra esa decisión se interpuso recurso de apelación por las entidades demandadas, el cual fue resuelto por el Consejo de Estado mediante auto de 16 de febrero de 2016, providencia que confirmó el auto del 1º de septiembre de 2015¹⁵, dado que, en aras de garantizar el derecho fundamental a la administración de justicia, el estudio correspondiente debía abordarse al momento de proferir la sentencia.

La audiencia inicial continuó en sesión del 10 de mayo de 2016, el Tribunal *a quo* realizó la fijación del litigio y decretó las pruebas¹⁶.

El litigio se fijó de la siguiente manera (se transcribe de forma literal):

*“Establecer si debe declararse la responsabilidad patrimonial de la Superintendencia Financiera de Colombia y la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por los presuntos daños ocasionados al demandante por el incumplimiento de sus funciones de inspección y vigilancia sobre la sociedad comisionista de bolsa Interbolsa S.A. En el evento de que le asista responsabilidad a la demandada debe establecerse lo relacionado con la indemnización de perjuicios”*¹⁷.

5.4. Audiencia de pruebas

La audiencia de pruebas se llevó a cabo en las sesiones de 30 de junio de 2016¹⁸, 29 de noviembre de 2016¹⁹ y 18 de abril de 2017²⁰.

El 30 de junio de 2016 se recibió el interrogatorio de parte del señor Tomás León Darío Ramírez Rojas y los testimonios de Sandra Milena Villota y Jorge Alexander Castaño Villota, quienes declararon acerca de las actividades de inspección, control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia en el mercado de valores²¹, dado sus conocimientos técnicos de la entidad y del caso Interbolsa.

6. La sentencia impugnada

En la sentencia de primera instancia, el Tribunal *a quo* declaró la falta de legitimación por pasiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

¹⁵ Folios 343 a 354 del cuaderno 1.

¹⁶ Folios 369 a 378 del cuaderno 1.

¹⁷ Folio 370 del cuaderno 1.

¹⁸ Folio 532 a 540 del cuaderno 1.

¹⁹ Folios 669 a 652 del cuaderno 2.

²⁰ Folios 715 a 718 del cuaderno 2. En esta audiencia se verificó la prueba otorgada por la Superintendencia Financiera sobre la relación de 492 acreedores cuyos créditos fueron reconocidos como “*no masa*”, es decir, excluidos de los pagos que se hacen con los bienes que conforman la masa de liquidación, y en esa prueba se relacionaron los pagos realizados hasta el 4 de octubre de 2016 a 133 acreedores, entre ellos el demandante. Folios 719 a 726 del cuaderno 2.

²¹ Folio 342 del cuaderno 1.

Para resolver el litigio consideró lo siguiente:

En primer lugar, observó que el daño podía presentarse en cuanto procediera de una actuación que el ciudadano no esté en el deber de soportar. En ese orden, el Tribunal *a quo* observó en la sentencia que la antijuridicidad del daño se estudiaría de manera conjunta con la imputación.

En el caso concreto consideró que la “*única prueba que, al menos, podría considerarse conducente*”²² para determinar si se presentó una omisión, era el fallo disciplinario proferido por la Procuraduría General de la Nación.

Advirtió que el fallo disciplinario no era una fuente de derecho ni tenía el carácter de jurisprudencia, no obstante lo cual, observó que la sanción impuesta al Superintendente Financiero en el caso de Interbolsa SCB había sido reseñada en otra sentencia del mismo Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro de un litigio relacionado con Interbolsa, por lo cual, en aras de garantizar el acceso a la debida administración de justicia, decidió tener en cuenta un aparte de la sentencia de ese proceso, referida a la decisión de la Procuraduría General de la Nación²³.

La sentencia de primera instancia observó que en este proceso se tiene certeza de la manipulación que sufrió la especie Fabricato, con un incremento de su valor en un 214%, el cual, a juicio del demandante, debió poner en alerta a la Superintendencia Financiera.

No obstante, el Tribunal *a quo* observó que la intervención del Estado es una medida excepcional y que no se demostró que las operaciones en sí mismas fueran ilegales no autorizadas o inseguras.

Agregó que la consecuencia de evidenciar prácticas no autorizadas o inseguras era la imposición de sanciones administrativas por parte de la Superintendencia Financiera, cosa que realizó esa entidad, para que de manera correlativa se pudiera hacer efectiva la responsabilidad civil a que hubiere lugar.

Expuso que, en el presente caso, no se presentó el “*temor fundado*” a que se refirió la Ley 964 de 2005, elemento que debe ser predicable respecto de la protección de los inversionistas o del mercado en general. Estimó que esa situación no se probó en el presente litigio y consideró que en esas circunstancias no tenía lugar la exigencia de la intervención del Estado en la economía.

²² Folio 787 vuelto, cuaderno principal de la segunda instancia.

²³ Citó la siguiente sentencia: “*Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B. 15 de febrero de 2017. demandante: Julián Andrew Pino Dávila y otros, demandado: Nación Superintendente Financiero de Colombia, referencia: 25000233600020150040500*”.

Finalmente, la sentencia de primera instancia estudió las reglas del contrato de comisión y concluyó que la responsabilidad que alega el demandante solo puede atribuirse a la sociedad comisionista de bolsa, que era la encargada de decidir, por virtud del contrato de comisión, en qué podía invertir o no.

En su análisis del caso concreto, el Tribunal *a quo* indicó que el riesgo era del inversionista y que la Superintendencia no podía intervenir de manera diferente a como lo hizo²⁴.

Por último, la sentencia de primera instancia estimó que no se configuraron los elementos de la responsabilidad estatal, por cuanto no puede concluirse que el daño sea antijurídico ni que el Estado haya tenido participación alguna en su causación.

7. El recurso de apelación

La parte demandante presentó y sustentó el recurso de apelación el 20 de junio de 2017, el cual le fue concedido por el Tribunal *a quo* a través del auto de 28 de junio de 2017²⁵.

El Consejo de Estado admitió el recurso mediante auto del 30 de agosto de 2017, notificado al Procurador delegado el 27 de septiembre de 2017²⁶.

En su apelación, el demandante expuso: **1)** la existencia de una prueba válida sobre la imputación jurídica a la Superintendencia Financiera de Colombia de acuerdo con el acervo probatorio; **2)** la notoriedad de la sanción disciplinaria, que la convirtió en un hecho que no requiere ser probado; **3)** la falla en el servicio de inspección vigilancia y control de la Superintendencia Financiera; **4)** la imposibilidad para la Superintendencia Financiera de excusar su omisión en la supuesta posibilidad de agravación del daño y **5)** la inexistencia de causales eximentes de responsabilidad para liberar la responsabilidad de la Superintendencia.

El primer argumento consistió en destacar que, a pesar de que se decretó la copia de la investigación del fallo disciplinario, no se allegó por la Procuraduría General de la Nación sin culpa alguna del demandante.

El segundo argumento se orientó a desvirtuar la supuesta falta de prueba sobre la sanción disciplinaria en este proceso.

²⁴ Folio 79 vuelto, cuaderno de segunda instancia.

²⁵ Folio 829 del cuaderno de segunda instancia.

²⁶ Folio 391 del cuaderno de segunda instancia.

Se advierte desde ahora que los dos aspectos antes reseñados han sido superados, por cuanto en la segunda instancia se allegó al proceso la prueba del expediente de la Procuraduría General de la Nación y las copias de los fallos disciplinarios, los cuales se pusieron en conocimiento de las partes, por lo cual dicha prueba será analizada en la presente providencia.

En relación con la falla del servicio, el apelante argumentó que la gravedad de la omisión del Superintendente Financiero se concretó desde el momento en que tuvo conocimiento de los supuestos del literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005²⁷, dado que en el proceso no se probó que los funcionarios públicos hubieran realizado un test de proporcionalidad o un análisis de la supuesta agravación del daño si ordenaban la suspensión de las negociaciones.

Por ello, en el cuarto argumento, afirmó que las consideraciones de la sentencia de primera instancia acerca de que la medida que estaba al alcance del Superintendente Financiero no se realizó, por cuanto podía afectar un núcleo constitucional de la intervención del Estado, no pueden aceptarse.

El apelante afirmó que los funcionarios de la Superintendencia Financiera fueron sancionados disciplinariamente por conductas dolosas y que resulta innegable que esa omisión dolosa le causó un daño al demandante.

Finalmente, observó que, con independencia de las obligaciones de la comisionista de bolsa, la Superintendencia Financiera de Colombia tiene funciones de inspección, vigilancia y control, y era su deber iniciar medidas preventivas ante el conocimiento que tuvieron el Superintendente Financiero y los Superintendentes delegados, en relación con la manipulación de la especie Fabricato.

Por ello, concluyó que se debe revocar la sentencia de primera instancia, puesto que, en su criterio, están probados los elementos de la responsabilidad del Estado.

8. Otras actuaciones en segunda instancia

8.1. Mediante auto de 24 de noviembre de 2017, se decretó como prueba el documento contentivo del expediente del proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación contra Gerardo Alfredo Hernández, en su calidad de

²⁷ Ley 964 de 2005. “Artículo 6º. *Funciones adicionales de la Superintendencia de Valores* (hoy Superintendencia Financiera de Colombia). *La Superintendencia de Valores tendrá, en adición a las funciones que actualmente le han sido asignadas, las siguientes: (...) c) Suspender preventivamente cuando hubiere temor fundado de que se pueda causar daño a los inversionistas o al mercado de valores, una oferta pública en cualquiera de sus modalidades; la negociación de determinado valor, la inscripción de valores, o de los emisores de los mismos en el Registro Nacional de Valores y Emisores; la inscripción de determinada persona en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores; la inscripción de determinada persona en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores*”.

Superintendente Financiero, y contra otros funcionarios de la citada Superintendencia. Esta Corporación observó que la prueba fue decretada en primera instancia y que en su momento ese expediente se encontraba en préstamo en la Sección Segunda del Consejo de Estado. Igualmente, se ordenó librar oficio a la Procuraduría General de la Nación, para que allegara la copia de la actuación disciplinaria.

Una vez recibida la documentación²⁸, a través del auto de 26 de abril de 2018, se puso en conocimiento de las partes la copia del expediente US 2012-430271-IUC-D-2012-792-566614 de la Procuraduría General de la Nación; ambas partes guardaron silencio en su oportunidad²⁹.

8.2. En auto de 1º de junio de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión en segunda instancia y al Ministerio Público para que procediera de conformidad³⁰.

8.3. Alegatos en segunda instancia

En sus alegatos, la parte demandante reseñó la importancia de la Superintendencia Financiera de Colombia en el mercado de valores, relató que Interbolsa SCB representaba casi el 35% del mercado y que era la primera firma del país en el mercado bursátil; destacó que esa comisionista, aprovechando la posición accionaria en Fabricato S.A. movió las acciones a través de operaciones repo y produjo el alza del precio, apalancándose en los recursos de las mismas operaciones.

Reseñó que la Superintendencia Financiera recibía la información del mercado de valores y tuvo conocimiento, por más de un año, de que la comisionista de bolsa mantuvo operaciones por un valor muy similar a su patrimonio, escenario en el que era previsible que empezaría a presentar problemas de liquidez, los cuales, en efecto, se concretaron el 1º de noviembre de 2012, cuando la comisionista quedó incumplida en \$20.000 millones de pesos con el banco BBVA y fue necesario tomar la posesión de sus bienes y haberes, mediante Resolución No. 1795 de 2012, expedida por la Superintendencia Financiera, lo cual causó un daño a los inversionistas.

Reiteró que se encuentra probado en el proceso que la Superintendencia Financiera hizo caso omiso de las alertas que le presentó el sistema financiero.

²⁸ Se allegaron 15 cuadernos principales y 30 anexos. Véase folio 865 del cuaderno de segunda instancia.

²⁹ Informe secretarial al folio 868 del cuaderno de segunda instancia.

³⁰ Ibídem.

Invocó una sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección C del Consejo de Estado, en cuanto presentó un recuento de la responsabilidad de la Superintendencia Financiera de Colombia en el mercado de valores³¹.

Agregó que el demandante no pudo conocer ni informarse de las conductas de la intermediaria, ni comprender el alcance del riesgo de liquidez que se estaba produciendo en esa comisionista de valores, por la actitud omisiva y tolerante de la Superintendencia Financiera.

Afirmó que existió el supuesto para el “*temor fundado*” a que se refirió el literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005 en las operaciones de la comisionista y que se configuró la falla en el servicio por omisión de la Superintendencia Financiera, al no haber tomado las medidas a su alcance.

Finalmente, el demandante en sus alegatos reiteró los argumentos acerca de los elementos estructurales de la responsabilidad del Estado.

8.4. La Superintendencia Financiera de Colombia, en sus alegatos, destacó que la medida de suspensión de la negociación de acciones de Fabricato está probada en el proceso y que se tomó el 19 de noviembre de 2012, cuando se tuvo información verificable y veraz del posible daño a los inversionistas.

Argumentó que se configuraron dos circunstancias que rompen el nexo causal de la imputación al Estado: **i)** el hecho de un tercero, puesto que fue la conducta de Interbolsa SCB la que generó el daño y **ii)** la culpa de quien alega ser víctima, por cuanto está probada la celebración voluntaria del contrato de comisión y la asunción de los riesgos inherentes a las operaciones del mercado de valores por parte del ahora demandante.

8.5. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en su alegato de conclusión, realizó un análisis del régimen aplicable a la Superintendencia Financiera y afirmó que la sentencia de primera instancia estuvo ajustada al marco legal del presente asunto litigioso.

Agregó que el apelante no desvirtuó las valoraciones del Tribunal *a quo* sobre la inexistencia de la imputación y que se concentró en argumentos generales acerca de la responsabilidad del Estado y del régimen de imputación.

Reiteró que el origen del daño no fue la actividad de la Superintendencia Financiera de Colombia y solicitó que se confirme el fallo de primera instancia.

³¹ Citó las consideraciones generales de la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente; Jaime Orlando Santofimio Gamboa, radicado 25000233600020150040502 (59179), sentencia del 29 de enero de 2018.

8.6. El Ministerio Público guardó silencio en esta oportunidad³².

II. CONSIDERACIONES

Para resolver la segunda instancia de la presente litis, se abordarán los siguientes temas: **1)** jurisdicción y competencia del Consejo de Estado; **2)** oportunidad en la presentación de la demanda; **3)** legitimación en la causa; **4)** antecedente jurisprudencial en el caso de Interbolsa SCB; **5)** consideraciones generales sobre el daño antijurídico; **6)** cuestión previa – del marco legal de las funciones de la Superintendencia Financiera en el caso las operaciones repo - concepto de las operaciones repo – contexto en el caso de Interbolsa; **7)** las pruebas allegadas al proceso; **8)** el caso concreto y **9)** costas.

1. Jurisdicción y competencia del Consejo de Estado

1.1. Jurisdicción competente

Con fundamento en los artículos 104 y 140 del CPACA, se reafirma la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer del presente asunto, dado que el litigio versa sobre la responsabilidad por posibles omisiones en el servicio de inspección control y vigilancia de las entidades públicas demandadas.

1.2. Competencia por el factor de la cuantía

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente caso, por tratarse de un proceso de doble instancia en virtud de la cuantía de la pretensión mayor, de conformidad con los artículos 150, 152³³ y 157 del CPACA,³⁴ la cual fue

³² Folio 928 del cuaderno de segunda instancia.

³³ CPACA. *Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia (...). El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos (...). Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.* Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos (...) 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

³⁴CPACA “*Artículo 157. Competencia por razón de la cuantía. Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. (...) // Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor. // En las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento. // La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses,*

estimada en la suma de \$1.018'873.009³⁵, que excede los 500 salarios mínimos mensuales vigentes³⁶ a la fecha de la presentación de la demanda³⁷.

2. Oportunidad en la presentación de la demanda

Se reafirma la oportunidad de la presentación de la demanda, dado que fue interpuesta dentro del término de dos años fijado en el artículo 164 del CPACA³⁸, tal como se reseñó en la sentencia de primera instancia.

Para el efecto, se tiene en cuenta que en la Resolución 0035 de marzo 7 de 2014, expedida por el liquidador de Interbolsa SCB en liquidación, se determinó el valor de las acreencias reconocidas al señor Tomás León Darío Ramírez³⁹, monto que fijó el límite susceptible de ser pagado en el procedimiento de liquidación y, por ello, a partir de ese momento el demandante tuvo conocimiento cierto de que no recuperaría el valor total de las operaciones repo incumplidas, al paso que presentó la demanda el 30 de octubre de 2014, dentro del término de dos años, de manera que no operó la caducidad de la acción.

Se observa, por otra parte, que el demandante cumplió con el requisito de procedibilidad, dado que solicitó la conciliación extrajudicial el 14 de marzo de 2014 y que la misma se declaró fallida, según consta en el acta de 22 de abril de 2014 levantada por la Procuraduría 143 Judicial II para asuntos administrativos⁴⁰.

Acerca de la posibilidad de presentar la demanda antes de la terminación del procedimiento de liquidación, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

En providencia del 25 de marzo de 2015⁴¹, esta Subsección reiteró que, tratándose de hechos u omisiones en la toma de posesión, en la liquidación obligatoria o en el incumplimiento del control, vigilancia e inspección por parte de la Superintendencia Financiera, demandables en ejercicio de la acción de

multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella”.

³⁵ Folio 13 del cuaderno 1.

³⁶ A la fecha de presentación de la demanda (año 2014), 500 SMMLV equivalían a: \$616.000 x 500 = \$308'000.000.

³⁷ De conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, la competencia se determina según la norma vigente al momento de la presentación de la demanda.

³⁸ CPACA “Artículo 164 Oportunidad para presentar la demanda. *La demanda deberá ser presentada: (...) i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”.*

³⁹ Folio 17 a 19, 41 y 42 del cuaderno 1.

⁴⁰ Folio 49 del cuaderno 1.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 25 de marzo de 2015. exp. 25000 23 26 000 2000 02312 01 (29944). CP: Hernán Andrade Rincón.

reparación directa, ya no era preciso que hubiere concluido la liquidación de la entidad vigilada para que existiera el supuesto del daño cierto y demandable.

Igualmente, citando providencia anterior sobre un caso similar, se indicó:

“...que, a pesar de que la entidad financiera esté intervenida y su liquidación aún no haya terminado, los usuarios -ahorradores o depositantes–, e **incluso la misma entidad objeto de dicho procedimiento**, pueden sufrir daños ciertos que generan perjuicios materiales e inmateriales”⁴² (subraya y negrillas de la providencia citada).

Por tal razón, la Sala estima que, en casos como el que ahora se examina, la acción de reparación directa resulta procedente, aunque la liquidación de Interbolsa SCB no hubiera terminado para la fecha en que se presentó la demanda, por cuanto la causa *petendi* de la demanda busca como fin la declaratoria de responsabilidad del Estado por la falla en el servicio de vigilancia y supervisión por parte de la Superintendencia Financiera, que en este caso habría conducido a que el demandante se viera afectado en sus derechos como inversionista, cosa que se conoció cuando se establecieron los valores reconocidos dentro del procedimiento de liquidación⁴³.

3. Legitimación

En este proceso el demandante y las demandadas detentan legitimación de hecho para reclamar o responder, respectivamente, de acuerdo con lo narrado en la demanda.

Como se ha expuesto en esta providencia, la sentencia de primera instancia declaró probada la falta de legitimación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, toda vez que no se identificaron funciones de inspección, vigilancia y control en relación con los supuestos de hecho de la demanda.

La legitimación material de las partes se definirá de conformidad con el contenido y las decisiones de la presente providencia.

4. Antecedente jurisprudencial en el caso de Interbolsa SCB

El Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, denegó las pretensiones de los demandantes en sentencia de segunda instancia proferida el 29 de enero de 2018, en el proceso instaurado en ejercicio del medio de control de reparación

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, exp. 25000-23-26-000-1999-00228-01(27920), CP: Ramiro Saavedra Becerra.

⁴³ Esta consideración ha sido reiterada en la siguiente sentencia: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 14 de septiembre de 2016, radicación: 25000-23-26-000-2007-00057-01(37637), actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bucaramanga S.A. E.S.P., demandado: Nación-Superintendencia Financiera, referencia: acción de reparación directa

directa interpuesto por Andrés Enrique Abella, Javier Ricardo Sáenz Gutiérrez, Julián Andrew Pino Dávila y Alejandro Forero Marulanda, trabajadores de Interbolsa que tenían acreencias reconocidas, por bonificaciones laborales, dentro de la masa de la liquidación.

En ese proceso, la decisión de negar las pretensiones de los demandados se fundó en el hecho exclusivo de las supuestas víctimas, por el grave incumplimiento de las obligaciones legales y reglas de autorregulación de los demandantes que laboraban como asesores comerciales de la comisionista de bolsa, lo cual determinó *“que el daño antijurídico producido se debe a sus actuaciones de manera determinante, única y exclusiva”*⁴⁴.

Se trae a colación esta sentencia, por cuanto fue invocada por el demandante en razón de las consideraciones generales que destacan las responsabilidades de la Superintendencia Financiera de Colombia como supervisor del sistema financiero y bursátil, las facultades de intervención sobre las entidades sometidas a vigilancia y control y la potestad sancionatoria sobre los agentes del mercado.

Sin embargo, se advierte que el caso concreto de ese litigio difiere del actual, por cuanto el demandante en este proceso no era empleado de Interbolsa SCB sino cliente y, por otra parte, el tratamiento de las acreencias de los trabajadores era diferente al de las operaciones de reporto que se examinarán en este caso.

5. Consideraciones generales sobre el daño antijurídico

Esta Subsección ha advertido que en los procesos de reparación directa debe analizarse, en primer lugar, el daño antijurídico, así (se transcribe de forma literal):

*“El primer elemento que se debe analizar es la existencia del daño, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, no hay lugar a declarar responsabilidad sin daño y solo ante su acreditación se puede explorar la posibilidad de su imputación al Estado. // Establecida la existencia del daño es necesario verificar si este es imputable o no a la entidad demandada”*⁴⁵.

Igualmente, ha observado que (se transcribe de forma literal):

“El primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad estatal es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, dado que constituye un elemento necesario de la responsabilidad, toda vez que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, “sin daño no hay responsabilidad” y solo ante su acreditación hay lugar a explorar la posibilidad

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 29 de enero de 2018, radicación. 25000233600020150040502 (59179) actor. Andrés Enrique Abella Fajardo y otros, demandado. Superintendencia Financiera de Colombia, asunto: medio de control de reparación directa (sentencia) Ley 1437 de 2011.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 5 de marzo de 2020, radicación: 70001-33-31-000-2008-00645-01(49709), actor: Olga Martínez Tapiero y otros, demandado: Nación - Rama Judicial -.

de su imputación al Estado. El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, esta Sección del Consejo de Estado ha establecido que resulta imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) Que el daño sea antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, “Con ello, entonces, se excluyen las decisiones que se mueven en la esfera de lo cuestionable o las sentencias que contienen interpretaciones válidas de los hechos o derechos”. ii) Que se lesione un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal. iii) Que el daño sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limite a una mera conjetura. Adicionalmente, esta Subsección, en anteriores providencias ha considerado que el daño debe ser cierto, real, determinado o determinable e indemnizable, so pena, de configurarse como eventual e hipotético”⁴⁶.

Se resalta que el daño antijurídico se configura cuando el Estado vulnera un interés jurídicamente tutelado, que el afectado –*el demandante en este caso*- no tiene el deber de soportar.

Se reitera que, en el presente litigio, el Tribunal *a quo* observó que había un daño probado, por cuanto los créditos reconocidos eran inferiores a las sumas que invirtió el demandante, pero consideró que no era imputable a la Superintendencia Financiera. Igualmente indicó que el demandante estaba obligado a soportar el daño sufrido en las operaciones que realizó a través de Interbolsa SCB.

De esta forma, en la sentencia de primera instancia se denegaron las pretensiones porque el daño no era antijurídico y porque no era imputable a la Superintendencia Financiera.

6. Cuestión previa – del marco legal de las funciones de la Superintendencia Financiera en el caso de las operaciones repo

La cuestión que se examina se sitúa en el marco del artículo 90 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 6º de la Ley 964 de 2005, la cual regulaba las funciones de la Superintendencia Financiera en el mercado de valores.

Es importante observar que la Ley 964 de 2005 se refirió a la Superintendencia de Valores, órgano rector del mercado, con facultades de intervención y de supervisión sobre los emisores e intermediarios de valores, que funcionó de manera separada de la Superintendencia Bancaria, encargada de la inspección, vigilancia y control de las entidades financieras, de servicios financieros y del sector asegurador, bajo las reglas de la Ley 45 de 1923, la Ley 45 de 1990 y el Decreto 663 de 1993, entre otras disposiciones.

La Superintendencia Financiera de Colombia surgió de la fusión de la Superintendencia Bancaria de Colombia y la Superintendencia de Valores,

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 5 de marzo de dos mil veinte, radicación número: 76001-23-31-000-2010-01155-01(53753), actor: Danilo Hernando Gómez Gómez y otros, demandado: Nación - Rama Judicial - Consejo Superior de la Judicatura, referencia: acción de reparación directa (apelación sentencia).

prevista en el Decreto 4327 de 2005 expedido en desarrollo de la Ley 790 de 2002, modificado posteriormente por el Decreto 2555 de 2010⁴⁷.

La entidad es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio⁴⁸.

Las facultades del artículo 6 que reseña el demandante se ubican en el ámbito de la supervisión asignada a la Superintendencia Financiera de Colombia, en el título segundo de la Ley 964 de 2005, las cuales, es bueno aclararlo, tienen un alcance distinto de las facultades de intervención y control reguladas en el título primero de la misma Ley.

Precisamente, en el presente litigio se admite que la Superintendencia Financiera desplegó las facultades de intervención y las potestades sancionatorias en el caso de Interbolsa SCB y de sus funcionarios, pero se plantea que omitió el ejercicio de facultades preventivas, frente a las alertas que tenía y, en criterio del demandante, por ello se le causó un daño antijurídico.

Aunque en la demanda se refiere en general a la inspección vigilancia y control, la función que se señala por el demandante como omitida por la Superintendencia Financiera, se encuentra prevista en la Ley 964 de 2005, en la siguiente forma:

“TITULO SEGUNDO.

“DE LA SUPERVISION DEL SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACION DEL MERCADO DE VALORES Y DE LAS CONTRIBUCIONES

“Artículo 6º. Funciones adicionales de la Superintendencia de Valores. La Superintendencia de Valores tendrá, en adición a las funciones que actualmente le han sido asignadas, las siguientes:

“(…)

“c) Suspender preventivamente cuando hubiere temor fundado de que se pueda causar daño a los inversionistas o al mercado de valores, una oferta pública en cualquiera de sus modalidades; la negociación de determinado valor, la inscripción de valores, o de los emisores de los mismos en el Registro Nacional de Valores y Emisores; la inscripción de determinada persona en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de

⁴⁷ “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”.

⁴⁸ Decreto 4327 de 2005, “Artículo 2º. Naturaleza Jurídica. Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. La Superintendencia Financiera de Colombia, es un organismo técnico adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio. // Artículo 3º. Dirección. Derogado por el art. 12.2.1.1.4, Decreto Nacional 2555 de 2010. La dirección de la Superintendencia Financiera de Colombia estará a cargo del Superintendente Financiero, quien la ejercerá con la colaboración de los Superintendentes Delegados”.

Valores; la inscripción de determinada persona en el Registro Nacional de Profesionales del Mercado de Valores” (se destaca).

El literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005 trata de una función preventiva y temporal, que está orientada a generar un lapso en el cual permanecen suspendidas las operaciones, con el fin de que el mercado obtenga mayor información y pueda tomar sus decisiones de inversión.

Nótese que este artículo 6 no consagra una medida dentro de un proceso sancionatorio, por ejemplo, para decidir sobre la intervención o no de la comisionista; dado que la Ley 964 de 2005 establece una medida preventiva “*de la supervisión del sistema integral de información del mercado de valores*”, de manera que se encuentra establecida para proteger a los partícipes del mercado en la debida información para sus decisiones.

Puede agregarse que la decisión de suspensión de operaciones está prevista como un mecanismo que debe ser motivado en la consideración del “*temor fundado*” sobre la protección debida a los inversionistas y al mercado en general, en materia de información.

En este punto resulta importante mencionar la declaración de Jorge Castaño Gutiérrez, citado al proceso como experto técnico para ilustrar acerca de las actividades y funciones de la Superintendencia Financiera⁴⁹, quien expuso que la facultad de la Superintendencia que se examina en este caso está acotada a la suspensión “*asociada a la ausencia de información*”⁵⁰. Explicó que ni en Colombia ni internacionalmente esas facultades sobre el mercado de valores constituyen un sistema de protección del inversionista “*ni para ganar ni para perder*”. Advirtió que la confianza del inversionista es diferente frente a las facultades de intervención en el sector financiero, respecto de las entidades que reconocen rentabilidad fija, y en aquellos productos financieros en que los clientes cuentan con el seguro de depósito que cubre determinados montos en caso de intervención de la entidad financiera.

Preguntado sobre la función de control de la Superintendencia Financiera de Colombia, el testigo explicó que opera sobre los niveles de apalancamiento que presenta la entidad y que no es un control individual de cada operación ni de las condiciones de rentabilidad.

⁴⁹ CD al folio 542 del cuaderno 1. Jorge Castaño Gutiérrez informó que fue Superintendente Delegado para Intermediarios de Valores (2008-2010), Director de Investigaciones (2010-2015) y Superintendente Financiero de Colombia (febrero de 2015 a febrero de 2016) época en la cual conoció de algunas de las decisiones en segunda instancia del caso Interbolsa. Manifestó que se desvinculó de la Superintendencia Financiera de Colombia el 1º de junio de 2016.

⁵⁰ CD al folio 542 del cuaderno 1, Hora 16:35:05.

Por otra parte, en el mismo título que se comenta, la Ley 964 de 2005 reguló la administración del SIMEV a cargo de la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, que es el instrumento de información al mercado, al cual deben reportar los emisores de valores su información relevante.

Se reseña esta disposición por cuanto la información del SIMEV es pública, se comunica bajo la responsabilidad del emisor y, respecto del registro nacional de valores, la Ley 964 de 2005 advierte que la Superintendencia no responde por el precio del valor o la bondad del emisor, así:

“Artículo 7º. El Sistema Integral de Información del Mercado de Valores. El Sistema Integral de Información del Mercado de Valores, SIMEV, es el conjunto de recursos humanos, técnicos y de gestión que utilizará la Superintendencia de Valores para permitir y facilitar el suministro de información al mercado y estará conformado así:

“(…).

“Parágrafo 2º. La información que repose en el SIMEV será pública. En consecuencia, cualquier persona podrá consultarla, observando las reglas que para el efecto se establezcan.

“Parágrafo 3º. La veracidad de la información que repose en el SIMEV, así como los efectos que se produzcan como consecuencia de su divulgación serán de exclusiva responsabilidad de quienes la suministren al sistema.

“Parágrafo 4º. La inscripción en el Registro Nacional de Valores y Emisores no implicará calificación ni responsabilidad alguna por parte de la Superintendencia de Valores acerca de las personas naturales o jurídicas inscritas ni sobre el precio, la bondad o la negociabilidad del valor, o de la respectiva emisión, ni sobre la solvencia del emisor.

7. Concepto de las operaciones repo – contexto en el caso de Interbolsa

Otro aspecto que resulta de interés para la comprensión de presente litigio es el concepto de las operaciones de reporto o repo, que, desde el punto de vista jurídico, se corresponden con el contrato de venta de valores con pacto de recompra y, desde el punto de vista financiero, constituyen un mecanismo de apalancamiento con garantía en la especie o título objeto del contrato.

Existe una operación de entrada, en la cual una parte vende los valores y recibe recursos y otra operación de regreso en la que esa parte recompra los valores y paga el precio convenido.

En la dinámica normal de un intermediario de valores, a diario, los repos que se vencen se sustituyen por otros, con recursos de los mismos intermediarios o de

clientes, para mantener el nivel de apalancamiento, sin exceder los márgenes permitidos de acuerdo con el sistema de administración de riesgo. El precio que registran las transacciones de cada especie en la bolsa va marcando el valor de mercado de la respectiva especie (títulos o valor).

Aunque ya existía reglamentación anterior en las circulares de las Superintendencias Bancaria y de Valores, al expedirse la Ley 964 de 2005, el Decreto 4432 de 2006 reglamentó la definición de los repos y delimitó los requisitos financieros de las operaciones, en la misma forma que fueron definidas posteriormente en el artículo 2.36.3.1.1 del Decreto 2550 de 2010, norma en la que se dispuso que, en principio, no podían tener plazo superior a un año⁵¹ y podían realizarse a descuento, hasta un porcentaje del precio en el mercado de valores de la especie entregada en garantía⁵².

Como los repos eran operaciones permitidas para las comisionistas de valores y se estaban reportando como realizadas dentro de los porcentajes establecidos y los indicadores de solvencia de la comisionista no se encontraban excedidos para cuando se realizó la visita de inspección –en septiembre de 2011- se reseñó en la sentencia de primera instancia que esas operaciones no eran calificadas como irregulares o ilegales⁵³, por lo cual no cabía proceder a una intervención inmediata.

⁵¹ Decreto 2555 de 2010 “Artículo 2.36.3.1.1 Operaciones de reporto o repo. Las operaciones de reporto o repo son aquellas en las que una parte (el "Enajenante"), transfiere la propiedad a la otra (el "Adquirente") sobre valores a cambio del pago de una suma de dinero (el "Monto Inicial") y en las que el Adquirente al mismo tiempo se compromete a transferir al Enajenante valores de la misma especie y características a cambio del pago de una suma de dinero ("Monto Final") en la misma fecha o en una fecha posterior previamente acordada. // Las operaciones de reporto o repo tendrán las siguientes características: a) Los plazos a los cuales se podrán celebrar las operaciones serán establecidos por los reglamentos de las bolsas de valores y de los sistemas de negociación de valores. Cuando la operación no se realice a través de las bolsas de valores o de sistemas de negociación de valores, las partes acordarán el plazo de la misma. // El plazo de la operación inicialmente convenido no podrá ser superior a un (1) año, contado a partir de la celebración de la respectiva operación; // b) El Monto Inicial podrá ser calculado con un descuento sobre el precio de mercado de los valores objeto de la operación; // c) Los reglamentos de las bolsas de valores, de los sistemas de negociación de valores, de los sistemas de registro de operaciones sobre valores y de los sistemas de compensación y liquidación de operaciones sobre valores en cuanto al régimen de garantías deberán atender lo establecido en el Capítulo II del Título III del Libro 36 de la Parte 2 del presente Decreto. // d) Podrá establecerse que, durante la vigencia de la operación, se sustituyan los valores inicialmente entregados por otros; // e) Podrán establecerse restricciones a la movilidad de los valores objeto de la operación; // f) Si durante la vigencia de la operación los valores objeto de la misma pagan amortizaciones, rendimientos o dividendos, el Adquirente deberá transferir el importe de los mismos al Enajenante en la misma fecha en que tenga lugar dicho pago”.

⁵² Por ejemplo, si se venden acciones por \$100 se puede recibir \$70 pesos; el precio de mercado de las acciones se modifica a diario, de manera que el valor de la recompra mantiene las condiciones acordadas en el porcentaje de descuento convenido, pero se puede ganar o perder, por razón del valor de mercado del día del cumplimiento, el cual se refleja en los sistemas de la bolsa de valores, a su vez definidos sobre las transacciones realizadas por los distintos intermediarios.

⁵³ El Decreto 2555 de 2010 recopiló la autorización general concedida a las sociedades comisionistas para realizar operaciones de reporto o repo, así: “Artículo 2.9.15.1.1 Autorización a las sociedades comisionistas de bolsa. Las sociedades comisionistas de bolsa de valores podrán realizar a través de bolsa de valores, por cuenta propia o por cuenta de terceros, operaciones de reporto o repo, simultáneas y de transferencia temporal de valores”.

Observa la Sala que, en su momento, frente a la información disponible, lo que la Superintendencia hizo fue adelantar las visitas para establecer el funcionamiento de los sistemas de riesgo en Interbolsa SCB y levantar hallazgos para que la entidad propusiera y ejecutara los correctivos.

Por otro lado, para el caso de las acciones de Fabricato, se tiene probado que el volumen de los repos, la concentración de los cupos con “*el grupo de amigos de Alesandro Corridori*”, el incremento del riesgo de liquidez de Interbolsa SCB, y las operaciones con otros fondos separados que comercializaban Interbolsa SCB e Interbolsa SAI –*sobre los cuales no trata este proceso*- llevaron a que el 1º de noviembre de 2012 Interbolsa SCB no pudiera conseguir recursos para cumplir con el banco BBVA en el pago de un sobregiro “*intraday*” por \$20.000 millones de pesos⁵⁴, hecho este último que fue el que dio lugar a la toma de posesión.

Se ha indicado en los documentos del procedimiento sancionatorio que Interbolsa S.A. (la *holding* del grupo) desplegó una estrategia para impactar el precio de la acción de Fabricato, a través del impulso de las transacciones con sus accionistas, con el apoyo de Interbolsa SCB y de varios fondos, entre otros los administradas por Interbolsa SAI, en orden a presionar el alza y lograr mejor precio en la venta de un paquete accionario que llegó a registrar un incremento del 214% en la valoración. Dentro de esa estrategia, entre otras actividades, se encontraron las operaciones de reporto.

Para el mejor entendimiento de marco legal del caso concreto, deben tenerse en cuenta los efectos jurídicos que la Ley 964 de 2005 dispuso para las operaciones de reporto incumplidas, en especial frente al evento de la toma de posesión, dado que en ese supuesto estaba previsto que se liquidaran las garantías y se pagara la diferencia que resultara entre el precio acordado y el precio de mercado del valor en la fecha del incumplimiento, tal como se dispuso en el artículo 14, así.

“Artículo 14. Operaciones repo, operaciones simultáneas, intercambio de valores y transferencia temporal de valores. Las operaciones repo, (...), así como las demás que se determinen de conformidad con el artículo 4º de la presente ley, celebradas conforme a la normatividad aplicable, conllevan la transferencia de propiedad sobre los valores entregados.

“Los efectos jurídicos de las operaciones repo y simultáneas a las cuales se refiere el presente artículo serán los siguientes:

“a) Una vez cumplido el plazo o la condición que se pacte el adquirente inicial de los valores deberá restituir la propiedad de los mismos a quien se los transfirió. Si los títulos originalmente utilizados en la operación fueron enajenados, deberá entregar otros de la misma especie, clase y monto;

⁵⁴ Anexo 9B, información del banco BBVA a la Procuraduría General de la Nación, marzo 25 de 2013.

“b) Si quien inicialmente transfiere los valores incumple su obligación de pagar el precio de readquisición, su contraparte mantendrá el derecho de propiedad sobre los mismos y en consecuencia podrá conservarlos definitivamente, disponer de ellos o cobrarlos a su vencimiento. Sin embargo, en este caso la parte que mantenga la propiedad del título deberá entregar a su contraparte en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha del incumplimiento la diferencia que resulte entre el precio acordado y el precio de mercado del valor en la fecha del incumplimiento;

“c) Si quien inicialmente adquiere los valores incumple su obligación de retransferirlos, su contraparte no tendrá obligación de pagar un precio por los mismos. La contraparte que entregó inicialmente el título tendrá derecho a que se le entregue en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha del incumplimiento, la diferencia que resulte entre el precio acordado y el precio de mercado del valor en la fecha del incumplimiento.

“(…)

“Parágrafo 1º. Cuando se encuentre pendiente de cumplimiento una de las operaciones a las que se refiere este artículo y se presente un procedimiento concursal, una toma de posesión para liquidación o, acuerdos globales de reestructuración de deudas, respecto de las partes que intervienen en la misma se dará por terminada anticipadamente la operación a partir de la fecha en que se haya adoptado la decisión respectiva.

En este caso, se procederá como se dispone en el presente artículo según la posición de la parte incumplida en la respectiva operación. En el caso previsto en el literal c) la parte que transfirió los valores tendrá derecho a que se le reconozca un crédito por una suma equivalente a la diferencia entre el valor de la obligación a la fecha respectiva y el precio de mercado del valor el día de la declaración del proceso concursal. En el caso de los intercambios de valores y de las transferencias temporales de valores, si la contraparte de la entidad respecto de la cual se inició un proceso concursal entregó valores con un mayor precio de mercado, tendrá derecho a que se le reconozca un crédito por una suma equivalente a la diferencia de precios entre los dos valores. Estos créditos no forman parte de los activos del proceso concursal y deberán satisfacerse a la mayor brevedad posible.

“Parágrafo 2º. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo el Gobierno Nacional reglamentará la forma de determinar los precios de mercado de los valores.

“Parágrafo 3º. Lo previsto en el presente artículo será aplicable en caso que no exista previsión diferente en los contratos correspondientes o en el respectivo reglamento”.

Con fundamento en las disposiciones legales referidas se puede reiterar que no hay un daño jurídico por el menor valor de las operaciones de regreso o de las garantías, que resulta de aplicar las normas del mercado de valores, en tanto el inversionista debe soportar la liquidación de sus operaciones o contratos y está sometido a la variación del precio de la especie subyacente que él mismo decidió como objeto y garantía de su operación.

Sin embargo, el caso concreto en el presente litigio sugiere un análisis adicional sobre la actuación de la Superintendencia Financiera, puesto que el demandante sostiene que esa entidad habría tenido información suficiente para suspender las operaciones de la especie Fabricato, antes de que, en su caso particular, empezara a realizar repos sobre esta especie y, por ello, plantea que existió un

daño por omisión en las funciones de supervisión, supuestamente por no haber suspendido las operaciones del mercado de valores sobre esa acción.

Antes de entrar al caso concreto, vale la pena puntualizar que la insuficiencia de activos en la liquidación no constituye prueba de un daño antijurídico en sí mismo, toda vez que puede corresponder a las reglas del proceso liquidatorio. El proceso de liquidación es concursal, y a este deben comparecer todos los acreedores que pretendan reclamar derechos, una vez se identifica el inventario de los bienes que conforman la masa y los que se califican como “*no masa*”, con la venta de los bienes afectos a la liquidación y en forma separada para los patrimonios de la “*no masa*”, se pagan los gastos de administración y las acreencias respectivas, en el orden de prelación de créditos.

En ese supuesto, la ausencia de excedentes es un resultado económico consecuente con la situación del patrimonio liquidable y no puede invocarse un detrimento patrimonial respecto de un derecho económico cuyo valor resulta igual a cero, porque equivale al resultado financiero de la liquidación, bajo las reglas del proceso y del contrato subyacente.

8. Lo que se probó en este proceso

Teniendo en cuenta que el apelante cuestionó la falta de apreciación de algunas de las pruebas obrantes en el proceso, la Sala reseñará y analizará el acervo probatorio, en orden cronológico, a continuación:

8.1. El 11 de marzo de 2011, en ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia fijadas en el artículo 11.2.1.4.18 del Decreto 2555 de 2010, la Superintendencia Financiera de Colombia levantó el Informe de inspección correspondiente a la visita realizada en Interbolsa SCB entre el 4 de febrero y el 4 de marzo de 2011, sobre el funcionamiento de los distintos sistemas de gestión de riesgos que la regulación imponía a las sociedades comisionistas de bolsa⁵⁵.

8.2. Mediante comunicaciones de 11 y 13 de junio de 2011 se corrió traslado al representante legal de Interbolsa, señor Álvaro Tirado Quintero y se solicitó adoptar las medidas correctivas e informar de ello a la Superintendencia Financiera en un plazo de 10 días, así como entregar el informe correspondiente en la siguiente reunión de la junta directiva de esa sociedad⁵⁶:

8.3. Obran en el expediente las resoluciones mediante las cuales la Superintendencia Financiera de Colombia impuso sanciones a los empleados de Interbolsa SCB, entre 2009 y 2011, por diversas irregularidades, las cuales fueron

⁵⁵ Folios 272 a 295 del anexo 2B.

⁵⁶ Folios 235 y 236 del anexo 2B

allegadas como antecedentes administrativos de la supervisión, control y vigilancia⁵⁷.

8.4. Mediante memorando interno radicado el 22 de septiembre de 2011, la directora de supervisión a emisores (encargada) le remitió al director de conductas de mercado, la relación de las visitas realizadas por los funcionarios de la Superintendencia Financiera a Fabricato S.A. y a los accionistas vinculados con las mismas, entre 2009 y 2011⁵⁸.

8.5. En la comunicación radicada el 22 de septiembre de 2011, el Depósito Centralizado de Valores Deceval S.A. en respuesta al requerimiento de la Superintendencia Financiera, remitió la información de saldos y movimientos de las acciones de Fabricato S.A. por operaciones de reporto entre el 30 de diciembre de 2010 y el 31 de agosto de 2011⁵⁹.

8.6. El 29 de septiembre de 2011 la Superintendente Delegada para Supervisión de Riesgos y Conductas de Mercado levantó el informe de la visita de inspección realizada entre el 29 de agosto y el 2 de septiembre de 2011 por los funcionarios de la Superintendencia en la sociedad Interbolsa S.A. SAI - Sociedad Administradora de Inversión-, Invertácticas S.A.S y otras sociedades relacionadas con Alessandro Corridori⁶⁰.

8.7. Obra en el expediente el Informe de Indagación Preliminar de 7 de octubre de 2011, realizado por la autorreguladora del mercado de valores AMV, radicado en la Superintendencia Financiera bajo el número 2011076372-000-000 el 1º de noviembre de 2011⁶¹, cuya custodia en documento magnético se levantó en la delegatura de riesgo de mercado dentro de la investigación de la Superintendencia Financiera de Colombia, el 28 de noviembre de 2012⁶².

Mediante el citado informe el funcionario de AMV, presentó el resultado de la investigación acerca de la posible afectación del precio de la acción de Fabricato y concluyó que, si bien *“la subida de la acción”* podía estar influida por los factores fundamentales del comportamiento de la empresa, *“el trading activo de los principales accionistas”* había influido en el incremento de los precios de la acción y que se detectaba un volumen importante de operaciones que, eventualmente, podrían estar preacordadas entre esos accionistas.

⁵⁷ CD al folio 273 A del cuaderno 1.

⁵⁸ Folio 5 del cuaderno anexo 2 A- inspección extra situ 23-11-12.

⁵⁹ Folio 7 a 9 del cuaderno anexo 2 A- inspección extra situ 23-11-12.

⁶⁰ Folios 81 a 119 del cuaderno anexo 2 A-

⁶¹ Folios 11 a 57 del anexo 2A.

⁶² Folio 58 del Anexo 2ª.

En las conclusiones del informe de indagación preliminar que la AMV compartió con la Superintendencia Financiera se destacan (se transcribe de forma literal):

“2. El Sistema de enrutamiento (e-trading) de Interbolsa S.A. SCB ha jugado un papel importante en el volumen negociado en la especie Fabricato puesto que por medio de él los inversionistas Alessandro Corridori, Invertáticas S.A.S. y P & P Investment realizan un porcentaje alto de sus operaciones.

“3. Se encontró una presencia importante de los inversionistas investigados en el presente documento en las alertas por órdenes u operaciones anormales y subastas de volatilidad”⁶³.

8.8. Comunicación radicada el 14 de octubre de 2011, mediante la cual Rentafolio Bursátil y Financiero SAS, sociedad cuyos accionistas eran dos fondos de inversión comercializados por Interbolsa SCB⁶⁴, contestó el requerimiento de la Superintendencia Financiera y le anunció a esa entidad que el 26 de septiembre de 2011 el emisor Fabricato S.A. habría reportado al mercado, a través del mecanismo de información relevante, un preacuerdo con la compañía GEM Global Yield Fund Limited para una posible venta hasta del 19.9% de las acciones de Fabricato S.A.

Rentafolio Bursátil y Financiero SAS manifestó que se cumplirían las reglas para adelantar operaciones preacordadas, en el caso de acuerdo venta⁶⁵.

8.9. Mediante oficio radicado con el número 212067770-000-000, el 2 de agosto de 2012, el Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional ordenó a la Bolsa de Valores de Colombia, la suspensión, por seis días, de las negociaciones de la acción ordinaria de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A. (BMC); con apoyo en las facultades del artículo 6 de la Ley 964 de 2005 en concordancia con las funciones asignadas por el artículo 11.2.1.4.34⁶⁶ del Decreto 2555 de 2010⁶⁷.

8.10. Resolución 1795 del 2 de noviembre de 2012⁶⁸, mediante la cual la Superintendencia Financiera tomó posesión de los bienes y haberes de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa, con fundamento en la causal de suspensión en el pago de las obligaciones, consagrada en el literal a) del numeral 1) del

⁶³ Folio 26 vuelto del cuaderno anexo 2 A inspección intra situ 23-11-12.

⁶⁴ Folio 60 vuelto, cuaderno anexo 2-A.

⁶⁵ Folio 60 del cuaderno anexo 2 A- inspección extra situ 23-11-12.

⁶⁶ Decreto 2555 de 2010 “Artículo 11.2.1.4.34. Funciones comunes de las Direcciones de Seguros, de Conglomerados Financieros y de Intermediarios Financieros. Son funciones comunes de las Direcciones de Seguros Uno y Dos; de las Direcciones de Conglomerados Financieros Uno, Dos y Tres; y de las Direcciones de Intermediarios Financieros Uno y Dos, respecto de las entidades a su cargo, las siguientes: 1. Desarrollar las actividades necesarias o conducentes a la aplicación del marco de supervisión de la Superintendencia, asegurando consistencia en la aplicación de las políticas, metodologías y procedimientos aprobados por el Superintendente. // 2. Adelantar las investigaciones administrativas, dentro del ámbito de su competencia, y proponer las medidas administrativas al Superintendente Delegado”.

⁶⁷ Folio 55 del cuaderno A20, anexos 7 a 12 remitidos por SFC.

⁶⁸ CD al folio 273 A del cuaderno 1.

artículo 114 del Estatuto Orgánico para el Sistema Financiero, aplicable por virtud del artículo 22 de la Ley 964 de 2005.

8.11. Resolución 1812 del 7 de noviembre de 2012, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual se ordenó la liquidación de Interbolsa S.A. Sociedad Comisionista de Bolsa, para lo cual se fundó en el concepto de Fogafin y en sus propias consideraciones, teniendo en cuenta que se había realizado la cesión de los activos y pasivos en los que estuvieron interesados las entidades del sistema y que se evidenció que Interbolsa SCB no se encontraba en condiciones financieras que le permitieran desarrollar su objeto social⁶⁹.

8.12. Oficio radicado con el número 201297991-000-000 de 14 de noviembre de 2012, ante la Fiscalía General de la Nación, mediante el cual el Superintendente Financiero puso en conocimiento de la Fiscalía los hechos relacionados con la información recaudada con posterioridad a la toma de posesión de Interbolsa SCB, en relación con el incremento en el precio de la acción de Fabricato⁷⁰.

8.13. Obra en el expediente el informe de inspección *extra situ* del 23 de noviembre 23 de 2012, levantado por la Superintendencia Financiera sobre el comportamiento de las acciones de Fabricato⁷¹.

8.14. Oficio radicado con el número 201204954-182-000 de noviembre 19 de 2012, en el que el Superintendente Financiero ordenó a la Bolsa de Valores de Colombia y al Depósito Centralizado de Valores Deceval suspender el proceso de compensación y liquidación de todas las operaciones repo pendientes por cumplir en el mercado de valores, sobre la “*especie acción*” Fabricato y suspender la negociación de la misma especie. En esta comunicación el Superintendente invocó las circunstancias del artículo 9.1.1.2.⁷² del Decreto 2555 de 2010⁷³.

8.15. En el oficio radicado con el número 20121033168-000-000 de 30 de noviembre de 2012, el Superintendente Financiero indicó que había ordenado al emisor realizar un estudio técnico de valoración independiente y amplió el término

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ CD al folio 274 del cuaderno 1.

⁷¹ Cuadernos de Anexos 1 a 7B.

⁷² Decreto 2555 de 2010. “Artículo 2.9.1.1.2. Relación de solvencia. *Las sociedades comisionistas de bolsa deberán mantener una relación de solvencia mínima del nueve por ciento (9%), la cual se calcula dividiendo el numerador por el denominador. El numerador corresponde al valor del patrimonio técnico de las sociedades comisionistas de bolsa y el denominador es la sumatoria de los activos ponderados por nivel de riesgo, del valor en riesgo de mercado multiplicado por 100/9 (cien novenos) y del valor de exposición por riesgo operacional multiplicado por 100/9 (cien novenos)*”.

⁷³ Folio 60 del cuaderno A20, anexo 8.

de las medidas adoptadas sobre la acción de Fabricato S.A., hasta que esa sociedad revelara al mercado el resultado de la valoración⁷⁴.

8.16. Resolución 2177 del 26 de diciembre de 2012, mediante la cual la Superintendencia Financiera resolvió el recurso de reposición interpuesto por Interbolsa SCB contra la Resolución 1375 del 10 de septiembre de 2009⁷⁵, acto en el cual se impuso una multa de \$112'500.000 a Interbolsa SCB por haber realizado operaciones con información privilegiada *-detectadas en la vista de 2006-*, en infracción del literal e) del artículo 50 de la Ley 964 de 2005⁷⁶.

8.17. El 8 de enero de 2013, la Superintendencia Financiera recibió la declaración bajo juramento del señor Rodrigo Jaramillo Correa, presidente de Interbolsa, citado para complementar el material probatorio del informe extra situ del 23 de noviembre de 2012, relacionado con la especie Fabricato⁷⁷.

En esa declaración, el señor Jaramillo Correa se refirió a las expectativas de venta de los accionistas de Fabricato con base en un estudio de la banca de inversión (Bank of América y Mery Linch), en el cual se estimó el precio por acción en \$102, según un informe que se presentó en la junta directiva de la holding (Interbolsa S.A.) el 25 de octubre de 2012, explicó que con base en ese estudio se llegó a incrementar el volumen de los repos, *“para lograr una salida ganadora tanto para los clientes que tenían las operaciones repo en la Sociedad Comisionista como para el grupo”*⁷⁸.

8.18. En el oficio radicado con el número 2013013722-000-000 de 19 de febrero de 2013, el Superintendente Delegado Adjunto para Supervisión Institucional informó a la Bolsa de Valores de Colombia que el resultado de la valoración sería publicado por el emisor en esa fecha y ordenó mantener la suspensión preventiva de la negociación de las acciones de Fabricato. En la misma comunicación dispuso mantener la suspensión de la compensación y liquidación de las acciones repo hasta el 28 de febrero de 2013, inclusive⁷⁹.

8.19. Mediante oficio del 15 de enero de 2013, la Superintendente Delegada para Emisores Portafolios de Inversión y otros Agentes levantó pliego de cargos a Interbolsa SAI por once hallazgos, como consecuencia de la visita extra situ realizada a esa sociedad en el año 2011⁸⁰.

⁷⁴ Folio 62 del cuaderno A20, anexo 8.

⁷⁵ Estas pruebas las allegó la Superintendencia Financiera, como antecedentes, junto con las sanciones interpuestas a Interbolsa y a sus funcionarios, en la investigación relacionada con el informe de visita 461 de 2006, contenidas en CD al folio 273.

⁷⁶ CD al folio 273 A del cuaderno 1.

⁷⁷ Folios 166 y 167 del cuaderno anexo 7B.

⁷⁸ Folio 166 vuelto del cuaderno 7B

⁷⁹ Folio 63 del cuaderno A20, anexo 8.

⁸⁰ Folio 8 y siguientes de cuaderno A20, anexo 11.

Estos hallazgos se refieren a la cartera colectiva escalonada Interbolsa Credit, la cual adquirió títulos de contenido crediticio de Alessandro Corridori y de las sociedades accionistas de Fabricato S.A.

8.20. Resolución 0035 de marzo 7 de 2014 expedida por el liquidador de Interbolsa SBC en liquidación, mediante la cual determinó el valor de las acreencias reconocidas⁸¹.

En esta prueba se reseñan los valores reconocidos en lo concerniente a los bienes excluidos de la masa de la liquidación –“*Reclamante: RAMÍREZ ROJAS TOMAS LEÓN DARIO*”⁸², así:

Folio y especie	Valor OP de regreso	Valor liquidado BVC Garantías y título objeto	Valores reconocidos y aceptados
110001128 Fabricato	238'364'838,21	79'028.876,56	159'335.965,65
110002117 Fabricato	139'989.170,01	46'163.638,89	93'826.331,12
110002359 Interbolsa	115'305.953,33	3'699.229,50	111'606.723,83
110002357 Interbolsa	432'853.280,00	2'262.058,00	430'592.222,00
110002355 Interbolsa	99'702.160,00	510.711,00	99'191.449,00

El total de valores reconocidos al ahora demandante fue de \$894'552.691,48, una vez descontados los valores de las garantías y títulos objeto de la operación de reporto.

8.21. Consta en el expediente la actuación sancionatoria del caso Fabricato, surtida por la Superintendencia Financiera entre el 28 de noviembre de 2012 y el 8 de abril de 2013⁸³.

8.22. De igual manera, se allegó al proceso el informe de diagnóstico de la situación financiera y económica de Interbolsa S.A., presentado por KPMG el 14 de agosto de 2013, al agente liquidador⁸⁴.

⁸¹ Folios 17 a 19 del cuaderno 1.

⁸² Ibídem.

⁸³ Expediente de la Procuraduría General de la Nación, Anexo 8.

⁸⁴ Anexo 1B de remitido por el liquidador, Pablo Muñoz Gómez.

8.23. Resoluciones contentivas de sanciones impuestas por la Superintendencia Financiera a Alessandro Corridori (No. 2217 de 2013 y No. 764 de 2014) y a varios de los inversionistas de Fabricato

8.24. Resolución 15 del 15 de agosto de 2014, remitida por la AMV a solicitud del Tribunal *a quo*, mediante la cual se confirmó la sanción de expulsión del mercado de valores impuesta al señor Álvaro de Jesús Tirado Quintero, quien fue representante legal y miembro de la junta directiva de Interbolsa SCB⁸⁵.

8.25. Comunicación del 6 de octubre de 2016, suscrita por la secretaría general de FOGAFIN en la cual remite la relación de 492 acreedores reconocidos en la “*No Masa de Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa en liquidación*”, a los que Fiduagraria S.A., en su calidad de administrador del patrimonio autónomo constituido para el efecto, venía realizando el pago parcial de esas acreencias. En esa comunicación FOGAFIN informó:

“es de mencionar que se ha dispuesto un pago aproximado de \$90 mil millones de pesos para los 492 acreedores, lo cual equivale aproximadamente al 36% de las acreencias reconocidas, en tal sentido, la referida relación incluye pagos que hasta el 4 de octubre de 2016 se han distribuido por valor de \$53.6 mil millones de pesos a 133 acreedores”⁸⁶.

En el anexo de esta comunicación aparece relacionado Tomas León Darío Ramírez, con un pago realizado el 20 de septiembre de 2016 por la suma de \$324'627.699,35, que, según el cuadro anexo a la comunicación de FOGAFIN; equivale al porcentaje cancelado del 36,29%⁸⁷

8.26. Sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación

8.26.1. Obra en el expediente el fallo de única instancia proferido por la Procuraduría General de la Nación el 27 de noviembre de 2013⁸⁸, como resultado del procedimiento disciplinario adelantado de conformidad con la Ley 734 de 2002 en contra del Superintendente Financiero y cuatro de los Superintendentes delegados. El procedimiento disciplinario se inició de oficio mediante providencia del 14 de noviembre de 2012 y el período probatorio se cerró a través del auto de 7 de octubre de 2013⁸⁹.

En lo relacionado con este proceso, en el fallo disciplinario inicialmente se declararon probados los siguientes cargos (se transcribe de forma literal):

“PRIMERO: Declarar probado y no desvirtuado el cargo segundo y el cargo tercero formulado contra los señores Gerardo Alfredo Hernández Correa, en

⁸⁵ Folio 406 a 457 del cuaderno 2.

⁸⁶ Folio 719 del cuaderno 2.

⁸⁷ Folio 724 vuelto, fila 358 del cuaderno 2.

⁸⁸ Cuadernos 12 y 13 del expediente 212-792-566614.

⁸⁹ Páginas 10 y 11 del fallo disciplinario, cuaderno 12.

su calidad de superintendente financiero de Colombia ; Diego Mauricio Herrera Falla en su calidad de superintendente delegado para supervisión de riesgos de mercado e integridad y Rosita Esther Barrios Figueroa, superintendente delegada adjunta para supervisión de riesgos y conductas de mercado mediante la decisión del 4 de junio de 2013, relativo a la no adopción de la medida preventiva consagrada en el literal c), del artículo 6 de la Ley 964 de 2005, relacionada con la suspensión preventiva cuando hubiere temor fundado de que se pueda causar un daño a los inversionistas o al mercado de valores, de la negociación de determinado valor, conforme a los argumentos expresados en la parte considerativa de esta decisión:

“(…).

“**SÉPTIMO:** Declarar probado y no desvirtuado el cargo único formulado al señor Luis Fernando Cuadrado Zafra en cuanto a la conducta relativa a no emitir las órdenes necesarias para que las entidades vigiladas suspendieran de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras y para que se adoptaran las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento contenidas en el numeral 3 del artículo 11.2.1.4.35 del Decreto 2555 de 2010, con el fin de proteger los recursos de los inversionistas y la confianza en el mercado de valores todo ello con relación a la exposición excesiva en riesgo de contraparte en un negocio asumido en cuenta propia por Interbolsa S.A. SCB cuyos riesgos fueron transmitidos a los inversionistas, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia”⁹⁰.

8.26.2. Igualmente, se encuentra probado que fallo del 27 de noviembre de 2013 fue modificado parcialmente, al desatar los recursos de reposición interpuestos por los sancionados, mediante decisión del 2 de marzo de 2015⁹¹ proferida por el Procurador General de la Nación, en el siguiente sentido (se transcribe en forma literal, la negrilla es del texto):

“**PRIMERO: REPONER parcialmente** el fallo de única instancia del 27 de noviembre de 2013, en lo que tiene que ver con los numerales primero, segundo y tercero, de conformidad con los planteamientos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

“**SEGUNDO: IMPONER** al doctor Gerardo Alfredo Hernández Correa identificado con cédula de ciudadanía No. 19’452.606, en su condición de superintendente financiero de Colombia, una sanción consistente en 10 meses de suspensión, por encontrarlo responsable de falta grave a título de culpa grave, endilgada en el primer cargo.

“**TERCERO: IMPONER** al doctor Diego Mauricio Herrera Falla con Cédula de Ciudadanía 79’986.557 en su calidad de superintendente delegado para supervisión de riesgos y conductas de mercado, una sanción consistente en 8 meses de suspensión, por encontrarlo responsable de la falta grave a título de culpa grave, endilgada en el primer cargo.

“**CUARTO: IMPONER** a la doctora Rosita Esther Barrios Figueroa con cédula de ciudadanía No. 32.740.987, en su condición de superintendente delegada adjunta para supervisión de riesgos y conductas de mercado, una sanción consistente en 8 meses de suspensión, por encontrarlo [sic] responsable de la falta grave a título de culpa grave endilgada en el primer cargo.

“**QUINTO: ABSOLVER** a los implicados de toda responsabilidad frente al cargo segundo elevado en su contra, relacionado con “omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o **delitos dolosos**, preterintencionales o

⁹⁰ Páginas 284 y 286 del fallo disciplinario, cuaderno 13.

⁹¹ Esta decisión se produjo después de presentada la demanda en este proceso, razón por la cual los hechos de la demanda se refieren solo a la sanción inicial.

culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función (...)”.

“SEXTO: REPONER el fallo sancionatorio del 27 de noviembre de 2013, en cuanto sancionó al señor Luis Fernando Cuadrado Zafra en su condición de superintendente delegado para intermediarios de valores y otros agentes por la conducta de no emitir las órdenes necesarias para que las entidades vigiladas suspendieran de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras, necesarias y para que se adoptaran las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento con el fin de proteger los recursos de los inversionistas y la confianza en el mercado de valores contenido en el numeral 3 del artículo 11.2.1.4.35 del Decreto 2555 de 2010, para en su lugar ABSOLVERLO de responsabilidad disciplinaria conforme a los planteamientos expuestos en la parte motiva de esta decisión”⁹².

8.26.3. Análisis de la sanción disciplinaria

En este litigio no corresponde realizar un juicio sobre la legalidad de la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación, la cual ha sido demandada, al menos por dos de los sancionados, en procesos que se encuentran en curso en la Sección Segunda de esta Corporación⁹³.

No obstante, de la lectura de los fallos disciplinarios se registra como un hecho cierto que, al resolver el recurso de reposición, la Procuraduría General de la Nación aceptó varios de los argumentos⁹⁴, resolvió reducir de manera importante las sanciones impuestas⁹⁵ y las acotó a la modalidad de culpa grave.

Además, resolvió absolver (se transcribe de forma literal):

“al superintendente delegado para intermediarios de valores y otros agentes por la conducta de no emitir las órdenes necesarias para que las entidades vigiladas suspendieran de inmediato las prácticas ilegales, no autorizadas e inseguras, necesarias y para que se adoptaran las correspondientes medidas correctivas y de saneamiento con el fin de proteger los recursos de los inversionistas y la confianza en el mercado de valores”.

Sin embargo, para la Procuraduría General de la Nación no fueron de recibo los argumentos sobre la imposibilidad de imponer sanciones disciplinarias en el caso puntual, debido a la naturaleza discrecional de la facultad del literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005 y tampoco aceptó en todos los casos las alegaciones

⁹² Folio 4345 del cuaderno 15.

⁹³ 1. Radicado 11001032500020150098400. Consejero ponente: César Palomino Cortés, demandante: Rosita Esther Barrios Figueroa; 2. Radicado 11001032500020150098300, Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández, demandante: Diego Mauricio Herrera Falla.

⁹⁴ De manera general se puede reseñar aquí que aceptaron los argumentos de la defensa sobre la complejidad del entramado en el que operaban distintas empresas e inversionistas, las visitas que tuvo que adelantar y las investigaciones que realizó la Superintendencia Financiera para imponer las sanciones a los implicados. Se absolvió del cargo por supuesta demora en la denuncia penal a Diego Mauricio Herrera Falla, teniendo en cuenta la directriz que indicaba que “solo era viable poner en conocimiento de la autoridad competente la comisión de un hecho punible, cuando se agotara la correspondiente actuación administrativa y se culminara en un informe final de visita”. Análisis de la Procuraduría General de la Nación acerca de la “incursión en error del señor Diego Mauricio Herrera Falla”, folio 4391 del cuaderno 15..

⁹⁵ En el caso del Superintendente Financiero se modificó la sanción de inhabilidad por 12 años y solo se impuso la suspensión por 10 meses.

sobre el error de conducta derivado de percepciones equivocadas de los sancionados⁹⁶.

La Procuraduría General de la Nación consideró que, a partir de la reunión interna del 18 de julio de 2012, algunos de los funcionarios sancionados, de acuerdo con su nivel de acceso y conocimiento⁹⁷, tuvieron información suficiente de los hechos que daban lugar a analizar la posible suspensión de la acción de la Bolsa Mercantil de Colombia y de Fabricato y que, pese a ello, en ese momento omitieron proponer el análisis correspondiente⁹⁸.

Finalmente, en relación con la investigación disciplinaria sobre acciones de la Bolsa Mercantil, aunque se mencionaron de manera general en la demanda, para los efectos de esta providencia se hace notar que el demandante no relacionó operaciones repo incumplidas sobre esa especie.

Por ello, la apreciación de la investigación disciplinaria que se acaba de exponer se concentra en lo relacionado con los repos que el demandante realizó con subyacente en las acciones de Fabricato.

8.27. Cartas compromiso⁹⁹

Se encuentran acreditadas en el proceso cuatro cartas compromiso suscritas por el señor Ramírez Rojas (Comitente) a favor de Interbolsa (Comisionista) para facultarla en la realización de operaciones de “venta con pacto de recompra de acciones”, de acuerdo con los reglamentos de la Bolsa de Valores de Colombia, en la cuales se dispuso:

“ARTÍCULO PRIMERO: Con la firma de esta carta y dentro del término previsto para atenderlas, el COMITENTE autoriza a la COMISIONISTA, a realizar y ejecutar en nombre propio y por cuenta del COMITENTE, las operaciones de venta con pacto de recompra que este le ordene sobre acciones que sean emitidas por las siguientes sociedades: Todos los emisores de acciones que se encuentren inscritos en la BVC durante la vigencia de la presente carta compromiso.

“(…)

“ARTÍCULO CUARTO: El COMITENTE declara y acepta irrevocablemente liberar de toda y cualquiera responsabilidad contractual y extracontractual, a la COMISIONISTA y a la BVC por los daños y perjuicios que pudiera sufrir en

⁹⁶ En la investigación disciplinaria de Luis Fernando Cuadrado Zafra, la Procuraduría General de la Nación aceptó para ese investigado que “debido a que de dicha reunión informal no existe acta o prueba en este plenario para determinar que efectivamente se mencionó el riesgo de liquidez al que se enfrentaba la firma comisionista, este despacho encuentra de recibo los argumentos del señor Cuadrado Zafra en lo referente a lo sucedido en la reunión del 12 de octubre de 2012” folio 434 vuelto, cuaderno 15.

⁹⁷ La Procuraduría General de la Nación no aceptó los argumentos del entonces Superintendente Financiero sobre la falta de contundencia y generación de incertidumbre de la información que le fue presentada, acerca de la posible manipulación de la acción de Fabricato, el 18 de julio de 2012 (folios 4275 y 4277 del cuaderno 15).

⁹⁸ Folio 4276 y 4277 del cuaderno 15.

⁹⁹ CD al folio 691 del cuaderno 1. Archivo de cartas compromiso y categorización del cliente.

el evento en que se presente la suspensión de las operaciones de bolsa, decretada de conformidad con la ley o los reglamentos”¹⁰⁰.

8.28. Detalle de las operaciones repo realizadas por Tomás León Darío Ramírez - cuenta 25256¹⁰¹

En el CD contentivo de los movimientos de la cuenta del señor Ramírez Rojas administrada por Interbolsa, se enlistan los movimientos con este cliente desde el 19 de julio de 2011 hasta el 2 de julio de 2014.

Los registros corresponden a compras y ventas de distintas acciones, como Coltejer, Bolsa Mercantil de Colombia, Ecopetrol, Pacific Rubiales, entre otras.

8.28.1. Operaciones cumplidas

El primer registro de movimiento sobre acciones de Interbolsa es del 26 de octubre de 2011¹⁰², corresponde a la operación de compra y se registra la venta sobre esas acciones el 1º de noviembre de 2011¹⁰³

El primer registro de movimientos sobre acciones de Fabricato es de 15 de mayo de 2012¹⁰⁴, corresponde a la operación de compra y se registra la venta sobre esas acciones el 16 de mayo de 2012¹⁰⁵.

Las siguientes operaciones sobre acciones de Fabricato que aparecen igualmente cumplidas se realizaron entre el 29 de agosto y el 1º de octubre de 2012, así

FABRICATO

29/08/12 ¹⁰⁶	Compra/ ACCIONES FABRICATO V.N 4.029.334.00 Precio 54.55 % 0.00 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20120829110002910 – 000	01/10/12	Venta/ ACCIONES FABRICATO V.N 4.029.334.00 Precio 54.90 % 0.00 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20120829110002911 - 000
09/11/12	Compra/ ACCIONES FABRICATO V.N 3.739.831.00 Precio 36.66 % 7.01 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20120911110001763 - 002	01/10/12	Venta/ ACCIONES FABRICATO V.N 3.739.831.00 Precio 36.80 % 7.01 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20120911110001764 - 002

8.28.2. Operaciones incumplidas

¹⁰⁰ CD al folio 691 del cuaderno 1.
¹⁰¹ CD al folio 687, cuaderno 1.
¹⁰² CD al folio 687, cuaderno 1, fila 69.
¹⁰³ CD al folio 687, cuaderno 1, fila 81.
¹⁰⁴ CD al folio 687, cuaderno 1, fila 140.
¹⁰⁵ CD al folio 687, cuaderno 1, fila 142.
¹⁰⁶ CD al folio 687, cuaderno 1, fila 169.

Finalmente, se registran las operaciones de compra que se iniciaron el 1º de octubre de 2012, un mes antes de la toma de posesión, cuyo pago debió ocurrir el 30 de octubre de 2012, pero se incumplieron y finalmente el pago quedó deferido a los procedimientos de la liquidación de Interbolsa, en la cual se hicieron valer.

Esas operaciones se presentan, con base en la información tomada del estado de cuenta, así:

FABRICATO¹⁰⁷

Fecha	Movimiento	Fecha	Movimiento
01/10/12 ¹⁰⁸	Compra/ ACCIONES FABRICATO V.N 3.690.139.00 Precio 36.71 % 0.00 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20121001110002116 – 000	30/10/12 ¹⁰⁹	Venta/ ACCIONES FABRICATO V.N 3.690.139.00 Precio 37.20 % 0.00 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20121001110002117 - 000
02/11/12	RESOLUCIÓN 1812 Expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, Toma de Posesión de bienes y haberess de Interbolsa		
		30/11/12 ¹¹⁰	Anulada por Aplazamiento autorizado BVC y SFC. la Operación Venta 110002117-000 Cumplida en Nov 30 2012
		01/03/13	INCUMPLIMIENTO OPERACIÓN N° 110002117 DEL 01.10.2012
02/10/12	Compra/ ACCIONES FABRICATO V.N 6.317.256.00 Precio 36.53 % 0.00 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20121002110001127 - 000	30/11/12 ¹¹¹	Venta/ ACCIONES FABRICATO V.N 6.317.256.00 Precio 37.00 % 0.00 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20121002110001128 - 000
02/11/12	RESOLUCIÓN 1812 Expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, Toma de Posesión de bienes y haberess de Interbolsa		

¹⁰⁷ CD al folio 687, cuaderno 1, fila 1.073.
¹⁰⁸ CD al folio 687, cuaderno 1, fila 176.
¹⁰⁹ CD al folio 687, cuaderno 1, dato del extracto cuenta No. 2556.
¹¹⁰ CD al folio 687, cuaderno 1, dato del extracto cuenta No. 2556, fila 1.075.
¹¹¹ CD al folio 687, cuaderno 1, dato del extracto cuenta No. 2556, fila 1.073.

		30/11/12 ¹¹²	Anulada por Aplazamiento autorizado BVC y SFC. la Operación Venta 110001128-000 Cumplida en Nov 30 2012
		01/03/13	INCUMPLIMIENTO OPERACIÓN N° 110001128 DEL 02.10.2012
07/03/14	RESOLUCIÓN 0035 de marzo 7 de 2014 expedida por el liquidador de Interbolsa SBC en liquidación Mediante la cual determinó el valor de las acreencias reconocidas ¹¹³		

INTERBOLSA¹¹⁴

01/10/12	Compra/ ACCIONES INTERBOLSA V.N 138.568.00 Precio 710.12 % 0.00 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20121001110002354 - 000		
01/10/12	Compra/ ACCIONES INTERBOLSA V.N 601.219.00 Precio 710.56 % 0.00 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20121001110002356 - 000		
01/10/12	Compra/ ACCIONES INTERBOLSA V.N 160.233.00 Precio 710.22 % 0.00 F. Emis. 1 F. Vto. No. Ope. 20121001110002358 - 000		
		19/03/13 ¹¹⁵	Devolución de Garantías OPCE Folio 20121001110002359 ACC INTERBOLSA
02/11/12	RESOLUCIÓN 1812 Expedida por la		

¹¹² CD al folio 687, cuaderno 1, dato del extracto cuenta No. 2556, fila 1.076.

¹¹³ Folios 17 a 19 del cuaderno 1.

¹¹⁴ CD al folio 687, cuaderno 1, filas 177 a 179.

¹¹⁵ CD al folio 687, cuaderno 1, fila 1.083.

	Superintendencia Financiera de Colombia, Toma de Posesión de bienes y haber de Interbolsa		
07/03/14	RESOLUCIÓN 0035 de marzo 7 de 2014 expedida por el liquidador de Interbolsa SBC en liquidación Mediante la cual determinó el valor de las acreencias reconocidas ¹¹⁶		

9. El caso concreto

El problema jurídico planteado en la segunda instancia se concreta en la siguiente forma: *¿Se configuró la responsabilidad de la Superintendencia Financiera de Colombia por el no pago de las operaciones repo que adelantó la demandante a través de Interbolsa SCB, con subyacente en la especie Fabricato?*

En primer lugar, se explica que el problema se acota a los repos de la especie Fabricato, dado que los hechos de la demanda y el cargo del fallo disciplinario se relacionan con la omisión del análisis de la medida preventiva de suspensión de la negociabilidad de la acción de Fabricato y no comprendieron hechos o conductas sobre la especie Interbolsa.

Se hace la precisión, dado que en la reclamación de perjuicios de la demanda se relacionan operaciones que tuvieron como subyacente o título objeto la especie Interbolsa, en tres de los cinco casos que el demandante reseñó en los hechos de la demanda; sin embargo, no se relacionaron hechos concretos sobre la especie Interbolsa ni las actividades de la Superintendencia Financiera sobre las mismas.

Es importante resaltar que esas acciones correspondían a Interbolsa S.A., sociedad distinta de la comisionista de valores Interbolsa SCB. También, se advierte que la especie Interbolsa no fue objeto del informe de inspección de la Superintendencia Financiera de septiembre de 2011, ni de la investigación preliminar que compartió la AMV con la Superintendencia Financiera de Colombia en noviembre de 2011.

Según se observa en este proceso, Interbolsa S.A era la “*Holding*” del grupo Interbolsa, vigilada por la Superintendencia de Sociedades, la cual fue sometida

¹¹⁶ Folio 17 a 19, 41 y 42 del cuaderno 1.

por esa entidad, mediante el auto 400-015955 de noviembre 16 de 2012, a un proceso de reorganización empresarial y luego de este se dispuso su liquidación.

Como es obvio, no pueden confundirse los hechos sobre la acción de Fabricato con lo que pudo suceder con la acción de Interbolsa (Holding) y, teniendo en cuenta que esta última no fue referente de la sanción disciplinaria ni de ninguna conducta concreta imputada en la demanda a la Superintendencia Financiera, se acotará el análisis a la supuesta omisión de la entidad demandada en el caso de las acciones de Fabricato.

9.1. Sobre la prueba de la omisión

En el proceso está probado que la Superintendencia Financiera de Colombia sí hizo uso de la medida del literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005 sobre las acciones de Fabricato, pero después de haber decretado la toma de posesión de Interbolsa SCB y en esa oportunidad se apoyó en la ruptura del margen de solvencia, circunstancia que se entiende, puesto que se había decretado la liquidación de la sociedad y se realizaron las operaciones de cesión de otros activos y pasivos en favor de intermediarios interesados, de manera que Interbolsa SCB no estaba en condiciones de operar en el mercado.

Por su parte, el demandante sostiene que, desde septiembre de 2011, la Superintendencia Financiera podía haber tomado la medida de suspensión, análisis que no comparte la Sala, puesto que ni el informe interno de la Superintendencia sobre las acciones de Fabricato ni el que le allegó la AMV eran conclusivos sobre la realidad de las operaciones convenidas o preacordadas por fuera del sistema.

Nótese que el informe de la AMV correspondía a una indagación preliminar dentro del campo en que operaba la labor disciplinaria de la autorreguladora y no se refería a los riesgos de liquidez de Interbolsa.

En otras palabras, el informe de AMV fue una alerta importante para iniciar los requerimientos e investigaciones correspondientes, mas, por sí solo, no era suficiente para concluir un “*temor fundado*” acerca de la situación del mercado y decidir en ese momento la suspensión de las operaciones de la especie Fabricato.

Para la Procuraduría General de la Nación fue solo hasta el 18 de julio de 2012 que la Superintendencia Financiera estuvo en conocimiento suficiente para haber analizado y decidido las acciones en relación con el artículo 6 de la Ley 964 de 2005, a partir de una reunión en la que los funcionarios a cargo expusieron los resultados de las visitas de inspección que se adelantaron en Interbolsa SCB y de

los requerimientos a los emisores, accionistas e intermediarios, incluyendo las carteras administradas por Interbolsa SAI.

Por otra parte, se tiene en cuenta que la sanción que se impuso a los funcionarios de la Superintendencia Financiera se fundó en la omisión de un análisis específico sobre la facultad del artículo 6º que se les imputó a título de culpa grave, lo cual es un hecho probado en el proceso y en este escenario no se puede desconocer ni controvertir la legalidad del fallo disciplinario.

Sin embargo, debe analizarse de manera independiente la configuración de la responsabilidad del Estado por la conducta de sus funcionarios, pues no toda falta disciplinaria genera daño antijurídico a los administrados.

Es pertinente advertir que la suspensión de operaciones siempre origina algún grado de afectación individual, porque las operaciones en curso no pueden cumplirse en el día convenido, aunque las condiciones entre las partes se mantienen.

Como se ha expuesto en esta providencia, la facultad de la Superintendencia Financiera para suspender temporalmente operaciones en el mercado de valores no tiene por objeto proteger de la pérdida o procurar la ganancia, para una determinada operación o grupo de inversionistas.

Se trata de una facultad de suspensión temporal con el propósito de lograr la debida información para los inversionistas en las operaciones subsiguientes.

Por ello, en el ámbito individual, uno de los requisitos para que el cliente pueda acceder a las operaciones repo en el mercado de valores es la carta compromiso en la que se establece que asumirá las consecuencias de la suspensión de operaciones, tal como la había suscrito el demandante en este caso.

Nótese que, para la fecha en que la Procuraduría General de la Nación entiende que el Superintendente debió realizar un análisis y suspender o no las operaciones, el demandante ya había incursionado en las primeras operaciones repo sobre la especie Fabricato que resultaron cumplidas, según se registró en su estado de cuenta y por ello, aunque no se lo hubieran explicado en la llamada telefónica que le hizo su asesora, para el 18 de julio de 2012 debía conocer que tenía en su cuenta repos con acciones de esa sociedad¹¹⁷.

En el interrogatorio de parte, el señor Ramírez Rojas, preguntado si había asumido las pérdidas de las operaciones repo anteriores y si conocía que este tipo

¹¹⁷ El primer registro de movimientos sobre acciones de Fabricato en la cuenta del demandante es de 15 de mayo de 2012 corresponde a la operación de compra y se registra junto con la venta sobre esas acciones de 16 de mayo de 2012.

de operaciones podían generar pérdidas, contestó a ambas preguntas afirmativamente, pero explicó que este caso era distinto, porque su asesora de Interbolsa SCB no le había indicado que iba a invertir en acciones de Fabricato, y que de haberlo conocido no lo habría aceptado, porque las acciones habían subido mucho en ese año¹¹⁸.

A juicio de la Sala, siendo la suspensión una medida preventiva para proteger el mercado en general y no para controlar o asegurar la rentabilidad de las negociaciones particulares, se debe concluir que los efectos adversos de la suspensión de negociaciones -o *del aplazamiento de esa decisión*- se resuelven bajo los acuerdos de la respectiva negociación y las leyes aplicables en el evento de toma de posesión o de liquidación, en su caso.

En el mismo sentido, la omisión en la suspensión de operaciones no constituye por sí misma la base para configurar un daño antijurídico, pues las partes deben soportar los efectos de sus negociaciones contractuales cuando se desatan con arreglo a la ley, sin que sea dable trasladar a la Superintendencia Financiera el efecto adverso de una negociación particular que no estuvo bajo el análisis individual de esa entidad y que, en todo caso, tenía riesgo de ganancia o pérdida para ambas partes del contrato de repo.

En el presente caso el demandante alega la omisión en la orden de suspensión, pero esa falencia no fue la que condujo a la toma de posesión, además de que dicha medida no impedía el cumplimiento de las operaciones repo.

Se destaca que la toma de posesión se originó en el incumplimiento de las operaciones con BBVA, por parte de Interbolsa SCB. Por ello, el daño en las operaciones repo del demandante lo causó Interbolsa SCB – si, como parece, lo engañó en la situación de mercado que atravesaba- y no se originó por la supuesta omisión de la Superintendencia Financiera.

Tampoco debe olvidarse que, si la negociadora de Interbolsa SCB que ofreció al demandante la inversión en los repos con subyacente de la acción de Fabricato, fue reticente en identificar la acción y/o las dificultades y riesgos de liquidez que estaba enfrentado la comisionista, el demandante ha debido responsabilizar de esos hechos a esa profesional o a los administradores o funcionarios de Interbolsa, o a los accionistas, pero no a la Superintendencia Financiera.

Es de importancia observar que la Superintendencia Financiera, obrando como supervisor del mercado, sí requirió al emisor Fabricato S.A. para que revelara la información correspondiente a la venta proyectada y que, desde el 26 de

¹¹⁸ Cd al folio 542, cuaderno 1.

septiembre de 2011, el emisor habría procedido de conformidad con el requerimiento de esa autoridad, a realizar el reporte en el SIMEV, el cual constituye un registro público, de acceso abierto por la página de la Superintendencia Financiera.

9.2. Conclusiones

El demandante conocía el riesgo de las operaciones repo y había suscrito la carta compromiso que autorizaba la inversión en acciones inscritas en bolsa, según lo aceptó en el interrogatorio de parte.

La Superintendencia Financiera y su liquidador aplicaron las disposiciones legales que regulaban la liquidación de la comisionista y pago de las operaciones repo en su caso.

Las afectaciones que sufrió el demandante, por la liquidación de Interbolsa SCF y por las operaciones repo de las acciones de Fabricato, correspondieron a las reglas de sus negociaciones contractuales, cuyos efectos debía soportar, de manera que no se probó el daño antijurídico, con independencia de que los funcionarios de la Superintendencia Financiera hubieran dejado de analizar y decidir acerca de la posibilidad de suspender las operaciones de la especie Fabricato antes de la toma de posesión de Interbolsa SCB.

Si se tiene en cuenta el alcance de la función de la Superintendencia Financiera, cuya omisión en un aspecto puntual originó la sanción disciplinaria a los funcionarios de la Superintendencia Financiera de Colombia por la falla en el estudio acerca de las facultades del artículo 6 de la Ley 964 de 2005, con anterioridad a la toma de posesión, se concluye que esa sanción no significó un precedente para atribuir responsabilidad por las pérdidas del demandante.

Aunque el Superintendente y sus delegados no analizaron el supuesto del “*temor fundado*”, a que se refirió el literal c) del artículo 6 de la Ley 964 de 2005, en las operaciones de la especie Fabricato -y *ello fue una falta cometida con culpa grave a juicio de la Procuraduría General de la Nación*- desde la perspectiva del daño antijurídico que se estudia en este proceso, la falta fue temporal, puesto que la Superintendencia sí asumió ese estudio y tomó la decisión correspondiente, imponiendo un plazo para la valoración independiente de la empresa Fabricato S.A. orientada a apoyar las decisiones de inversión y llevar a que el precio de la acción se estabilizara de acuerdo con las decisiones informadas.

La omisión en la oportunidad de análisis y en la decisión de suspensión de la especie Fabricato no fue la causa de la intervención de Interbolsa SCB, ni de la afectación al demandante, dado que la toma de posesión se originó en el

incumplimiento de Interbolsa SCB que afectó a sus clientes inversionistas como el demandante y no porque se hubiera dejado de suspender la operación sobre la especie Fabricato, antes de la intervención.

Como consecuencia, no se configuró un daño antijurídico frente al demandante por la actividad de la Superintendencia Financiera de Colombia, ni por la falta disciplinaria de sus funcionarios, razonamiento que impone la confirmación de la sentencia apelada.

10. Costas

10.1. Procedencia de la condena en costas

Habida cuenta de que para este proceso se aplica el artículo 188 del CPACA, de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, en la presente providencia se impondrá la condena en costas a cargo de la parte vencida.

En el presente caso se encuentra acreditada la gestión de los apoderados de las entidades demandadas (Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Superintendencia Financiera de Colombia), frente a la interposición del recurso de apelación, a través de la defensa ejercida por cada una de las entidades en sus escritos de alegatos en segunda instancia.

Dicha gestión la estima la Sala como suficiente para que se disponga la fijación de agencias en derecho en la liquidación de las costas¹¹⁹, de acuerdo con lo previsto en los mencionados artículos 365 y 366 del CGP.

Adicionalmente, debe señalarse que, bajo las reglas del código en cita, la condena en costas no requiere de la apreciación o calificación de una conducta temeraria de la parte a la cual se le imponen, toda vez que en el régimen actual dicha condena se determina con fundamento en un criterio netamente objetivo, en este caso frente a la parte que ha resultado vencida, *“siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley”*¹²⁰.

¹¹⁹ Criterio similar se ha expuesto y reiterado en Sala Especial de Decisión No. 25, frente al recurso de revisión, en las sentencias de 6 de marzo de 2018, expediente 11001031500020150154200 y 11001031500020160218700 y sentencia de 2 de julio de 2019, expediente: 11001031500020160292900.

¹²⁰ De acuerdo con la Corte Constitucional *“La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra”*. Sentencia C-157/13. MP. Mauricio González Cuervo.

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

10.2. Fijación de agencias en derecho

De conformidad con el Acuerdo expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda¹²¹, en materia de tarifas de agencias en derecho se tiene en cuenta lo siguiente:

“ACUERDO 1887 DE 2003

(Junio 26)

“Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

“(…).

*“Artículo 2º—**Concepto.** Se entiende por agencias en derecho la porción de las costas imputables a los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso el incidente o trámite especial por él promovido, y de quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, (...).*

*“Artículo 3º—**Criterios.** El funcionario judicial, para aplicar gradualmente las tarifas establecidas hasta los máximos previstos en este acuerdo, tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, autorizada por la ley, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Las tarifas por porcentaje se aplicarán inversamente al valor de las pretensiones.*

“(…).

*“Artículo 5º—**Fijación de tarifas.** Las tarifas máximas de agencias en derecho se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, o en porcentajes relativos al valor de las pretensiones de la demanda reconocidas o negadas en la sentencia.*

*“Artículo. 6º—**Tarifas.** Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:*

“(…).

“III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

““(…)

*“**3.1.3. Segunda instancia.***

“Sin cuantía: Hasta siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

*“**Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia**” (se destaca).*

En observancia de la regla contenida en el artículo 3 del Acuerdo 1887 de 2003, al apreciar la gestión procesal en la segunda instancia, se advierte que la cuantía de las pretensiones era importante y se tiene en cuenta la calidad de la argumentación de la defensa, en la medida en que fue exitosa.

¹²¹ La demanda se presentó el 27 de febrero de 2015. El Acuerdo 1887 de 2003 fue derogado por el Acuerdo 10554 de agosto 5 de 2016; no obstante, este último solo entró a aplicarse para los procesos judiciales iniciados a partir de su publicación.

Con fundamento en lo anterior, se fijan las agencias en derecho en la suma de \$10'000.000 a favor de las demandadas, \$5'000.000 para cada entidad, cifra que se liquida con base en la relación porcentual del 0,9814% de las pretensiones que fueron presentadas en este proceso por la parte demandante (en la suma de \$1.018'873.009). Se observa que el valor fijado como agencias en derecho se encuentra dentro del límite establecido en el Acuerdo 1887 de 2003.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de mayo de 2017 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección B de conformidad con las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, por la segunda instancia, a Tomás León Darío Ramírez en favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Superintendencia Financiera de Colombia

Para el efecto, las agencias en derecho de la segunda instancia se fijan en cinco millones de pesos (\$5'000.000) a favor de cada una de las entidades demandadas.

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: Por Secretaría de la Sección Tercera del Consejo de Estado se notificará esta providencia a las partes, a través de los medios electrónicos, en los términos del Decreto legislativo 806 de 4 de junio de 2020.

En la misma forma, se podrán expedir copias auténticas para las partes sin necesidad de auto que las ordene.

CUARTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.