

CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA-Contabilización del término / INFRACCIÓN FINANCIERA - Ejercicio de actividad no autorizada; operaciones Swap

La caducidad del artículo 38 citado, se empieza a contar desde la fecha en la cual se produzca el hecho sancionable, conforme a la definición legal de la infracción y, finaliza con la notificación del acto sancionatorio, por lo que es este momento el que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos, pues “al dar respuesta a los recursos, lo que hace la autoridad es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos, errores de hecho o de derecho, que tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionadora”. En el caso bajo examen, la Superintendencia de Valores mediante Resolución 0023 de 15 de enero de 2002 canceló a título de sanción la inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios de VALFÍN S.A., e impuso una multa a Diego Martínez Vargas, su representante legal por haber violado la Resolución 004 de 5 de enero de 1998 según la cual VALFÍN S.A., estaba autorizada solamente para hacer corretaje y para actuar en nombre y por cuenta propia para realizar para sí operaciones habituales de adquisición o enajenación de valores; porque se incumplieron las disposiciones legales en materia de prevención y control de actividades delictivas; porque se violaron normas contables y en tal sentido se le imputó al representante legal la violación del artículo 23[2] de la Ley 222 de 1995 que le impone el deber de “velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”. Según el informe de visita en el que se sustentan los actos acusados se le imputa a VALFÍN S.A., haber participado en las 19 operaciones y de compraventas de títulos entre la Comisión Nacional de Regalías y Confinanciera S.A. Su intervención demuestra el despliegue de una actividad que no corresponde al corretaje. Tampoco fue la inversionista, como se desprende del proceso seguido en todas y cada una de las operaciones. Es decir, actuó por fuera de las dos únicas actividades para las que estaba habilitado. Se estableció que 10 de las 19 operaciones fueron Swap en las cuales los títulos vendidos por la C.N.R a través de Confinanciera S.A. eran vendidos seguidamente a VALFÍN S.A., quien los negociaba en el mercado. En la segunda etapa de los Swap, que se realizaba el mismo día, Acciones e Inversiones S.A. vendía a VALFÍN S.A., los títulos que éste le transfería a Confinanciera S.A., para que fueran adquiridos por la Comisión Nacional de Regalías.

SWAP-Definición en mercado bursátil Colombiano; fases; sujetos; fines / INFRACCIÓN INSTANTANEA - Operaciones Swap / INFRACCIÓN CONTINUADA - Operaciones Swap / CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA - No configuración en infracción continuada de carácter financiero

En el mercado bursátil colombiano el término SWAP tiene una acepción diferente a la que tiene en los mercados internacionales. En el país SWAP es el conjunto transacciones realizadas por el intermediario autorizado para un cliente llamado originador (Comisión Nacional de Regalías) en el que se condiciona la venta de uno o mas títulos a la compra de otro o varios títulos con el propósito de obtener liquidez para el cliente. Además del originador se encuentra otra persona denominada “licuadora” que corresponde al comisionista de bolsa, mandataria del cliente-originador. En el swap se distinguen dos fases: en la primera fase, la licuadora compra los títulos del originador con el fin de venderlos a un tercero. En la segunda fase, la licuadora procede a comprar uno a varios títulos a tasas del mercado para vendérselos al originador. Las demás operaciones no tuvieron características de swap, sino que se trataron de simples compras de títulos para la C.N.R. realizadas en cadena donde participaban los mismos dos o tres intermediarios, cuya compra y venta era similar a la mecánica seguida en la fase de compra de las operaciones swap, así: los títulos eran adquiridos inicialmente a un inversionista en el mercado por ACCIONES E INVERSIONES S.A.,

Comisionista de Bolsa, luego vendidos a VALFÍN S.A., quien a su turno los vendía a CONFINANCIERA S.A., que directamente los vendía a la C.N.R. Ahora bien, del acervo probatorio recaudado la Superintendencia estableció que VALFÍN S.A., había tenido una participación activa y determinante en la realización de las operaciones cuyos diseños fueron presentados ante la C.N.R. como propios de CONFINANCIERA S.A., de acuerdo a los siguientes hechos: VALFÍN S.A., le manifestó a CONFINANCIERA que la C.N.R. era su cliente, cuando en realidad era cliente de ACCIONES E INVERSIONES S.A., según los testimonios de Martha Myriam Díaz Rojas (tesorera de Confinanciera) y DIEGO MARTÍNEZ VARGAS. Se evidenció igualmente que VALFÍN S.A., utilizó la información y contactos de sus asociados (Santiago Mejía, representante legal de ACCIONES E INVERSIONES S.A., y Silvio Villegas, representante de PROMOTORA DE INVERSIONES LTDA.) para presentar la propuesta a CONFINANCIERA para que ésta a su vez la presentara a la C.N.R. La doble posición asumida por VALFÍN y ACCIONES E INVERSIONES S.A., les permitía que la operación en su conjunto se ejecutara de acuerdo con su diseño y estructura; garantizaba una coordinación en todas las operaciones swap y de compra directa de títulos de la Comisión Nacional de Regalías, lo cual evidencia una secuencia de las operaciones que permite concluir que la infracción no fue instantánea, sino que continuó en el tiempo conforme se había diseñado y preelaborado desde el inicio. Si bien, fueron 19 operaciones perfectamente identificables, no por ello se puede suprimir su carácter de homogeneidad e identidad en un mismo propósito de VALFÍN que fue asegurar el trámite y ejecución de las propuestas como se habían concebido y tener la garantía de que la C.N.R., las iba a aceptar. Además, la forma en que finalmente se llevaron a cabo confirma el carácter de continuidad de las operaciones, dado el corto tiempo que transcurrió entre ellas, pues, fueron 19 operaciones que se realizaron entre 23 de julio de 1998 y 1 de febrero de 1999. Lo anterior permite considerar que se trató de una infracción continuada que culminó el 1 de febrero de 1999, por tanto, para el 16 de enero de 2002 cuando se notificaron las sanciones, la facultad sancionatoria de la Superintendencia no estaba caducada, pues, ello ocurriría el 1 de febrero de 2002, conforme al criterio que se expuso.

INFRACCION FINANCIERA - Sobreprecio que canceló la Comisión Nacional de Regalías en transacciones Swap: juicio fiscal / MERCADO PUBLICO DE VALORES - Propuesta en perjuicio del cliente en operaciones Swap / SWAP- Infracción financiera por propuesta en perjuicio al cliente

Acusan los demandantes que la Superintendencia violó el debido proceso porque se les responsabilizó del detrimento patrimonial de la Comisión Nacional de Regalías, sin probarlo y sin que existiera ninguna investigación o sentencia ejecutoriada al respecto, como lo corrobora el oficio 009474 de 15 de octubre de 2003 expedido por esa entidad, en el que da cuenta de la inexistencia de alguna demanda por ese concepto. Advierte la Sala que las sanciones demandadas no tuvieron como fundamento el detrimento patrimonial de la Comisión Nacional de Regalías, sin embargo, fue un hecho evidente el sobreprecio que canceló la Comisión en las transacciones swap y de compra directa, según lo estableció la Superintendencia de Valores del análisis de tales operaciones y cuya información sirvió de fundamento para que la Contraloría General de la República adelantara un proceso de juicio fiscal en contra de los ordenadores del gasto de la C.N.R., en solidaridad con los representantes legales de ACCIONES E INVERSIONES S.A. COMISIONISTAS, por la pérdida fiscal que sufrió tal entidad en el manejo de su portafolio de títulos TES de operaciones swap efectuadas en 1998. La vigilancia del Estado en la actividad bursátil tiene como fundamento el interés público y propende por que el mercado público de valores se desarrolle de manera organizada en condiciones de igualdad y transparencia; que no se atente contra el interés de los inversionistas; de manera que quienes participen en él tengan como principio proteger el interés público. En el presente caso, el detrimento patrimonial de la C.N.R., no fue el argumento por el cual la Superintendencia consideró que los demandantes habían excedido su capacidad legal en las operaciones swap y de compra directa de títulos que dio lugar a la sanción, sino que se trató de un

argumento que se planteó como efecto por el proceder ilícito de los demandantes en el diseño, estructuración, presentación y ejecución de las propuestas que junto con otras sociedades se habían elaborado en perjuicio del cliente, entre ellas ACCIONES E INVERSIONES S.A., a quien la Contraloría le atribuyó responsabilidad fiscal. No prospera el cargo.

CONTRATO DE COMISION - Definición; diferencia con corretaje / CORRETAJE - Definición; diferencia con contrato de comisión / SWAP - Infracción financiera al anteponer interés propio en perjuicio del cliente / CORREDOR DE BOLSA - Extralimitación de la capacidad jurídica

La trasgresión a la Resolución 004 de 5 de enero de 1998 porque excedió su capacidad legal de corredor de bolsa y se inmiscuyó en las labores, que como comisionista de bolsa, le correspondían a Confinanciera S.A., como mandatario legítimo de la Comisión Nacional de Regalías. En efecto, conforme al artículo 1287 del Código de Comercio, la comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena, mientras que "corredor" es la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación (artículo 1340 del Código de Comercio). Según la Circular Externa 5 de 2 de julio de 1991, la Comisión Nacional de Valores, precisó la diferencia entre el corredor y el comisionista y advirtió que "Es claro que el corredor no contrata por cuenta de las partes y que son estas últimas las que deben perfeccionar el negocio. De igual manera, una vez celebrado el negocio, corresponderá a las partes que lo han celebrado ejecutar las prestaciones correspondientes. El corredor no puede tampoco intervenir en esta segunda etapa, cumpliendo el contrato a nombre de una de ellas o de ambas, en la medida en que no puede estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, mandato y representación y que su actuación en el mercado público está circunscrita al desarrollo del contrato de corretaje (...). De lo expuesto surge nítidamente la distinción entre el corredor de valores y el comisionista de bolsa o el comisionista independiente de valores. En efecto, el comisionista es por definición un mandatario que actúa a nombre propio. Lo anterior significa que el comisionista celebra negocios jurídicos de compra y venta de valores por cuenta ajena, sin revelar el nombre de su cliente, obligándose personalmente". La conducta de la sociedad que fue sancionada por la Superintendencia consistió en que la labor desarrollada por ella no se limitó a presentar a las partes para que hicieran la negociación, ni tampoco a invertir por cuenta propia, sino, que se involucró en la relación jurídica C.N.R. - CONFINANCIERA S.A., y participó en la compra y venta de títulos con el fin de hacer parte de la ejecución de las operaciones swap y compra directa de títulos y así lograr que en la gestión del negocio se antepusiera su interés y los de ACCIONES E INVERSIONES S.A., a los de su cliente; todo lo anterior no es propio de una labor de corretaje, razón por la cual excedió la capacidad legal para la que había sido autorizada y por ende, participo en el mercado público de valores alejada de los principios que gobiernan esta actividad y que presuponen que distintos inversionistas accedan a ellas en igualdad de condiciones, dentro del libre y limpio juego de la oferta y la demanda, es decir de manera transparente. De otra parte, la Superintendencia no cuestionó la ejecución en sí de las operaciones swap, ni desconoció que en tales negociaciones existen figuras tales como "licuadora", "vueltera", "engorde de títulos", entre otros; lo que sancionó la entidad fue la extralimitación de la demandante de su capacidad jurídica para la que había sido autorizada, conforme se analizó y quedó plasmado en el informe de visita.

INFRACCIÓN FINANCIERA - La Superintendencia no tipifica conductas penales por ser competencia de la Fiscalía; sanción por omisión en controles e información en operación Swap / OPERACIONES SWAP- Propuesta en perjuicio del cliente en operaciones no autorizadas

Ahora bien, en relación con el argumento según el cual la Superintendencia no tipificó la conducta penal atribuida a la sociedad, la Sala advierte que la demandada no podía calificar la conducta como punible ni identificar el tipo penal específico que describía la conducta, pues no es competencia de esa entidad hacer tal calificación, para lo cual están las autoridades competentes a quienes se les debe informar precisamente la ocurrencia de una conducta que pueda considerarse razonablemente sospechosa. Por tanto, si del análisis del modo de ejecución de las operaciones, para la Superintendencia tales operaciones podían considerarse fraudulentas, no le correspondía señalar qué delito habían cometido los actores, pero sí podía sancionarlos por la omisión de no haber implementado los controles y haber dado la información a las autoridades competentes de la realización de tales operaciones, que de acuerdo con sus características podían considerarse razonablemente sospechosas. Esas características consistían en síntesis en el ocultamiento que pretendió mantener ACCIONES E INVERSIONES S.A., tanto en la elaboración de la propuesta como en el momento en que VALFÍN S.A., contactó a CONFINANCIERA S.A., para que a través de ella, se hiciera el manejo de importantes inversiones de la Comisión Nacional de Regalías, lo cual contribuiría a recargar los costos de la entidad pública, no obstante la C.N.R. era un cliente de ACCIONES E INVERSIONES S.A. Estos hechos que se mencionaron en detalle en la resolución que impuso las sanciones y que darían lugar a sospechar razonablemente que VALFÍN S.A., estaría siendo utilizada para transferir, manejar, aprovechar o invertir recursos de actividades delictivas o para dar apariencia de legalidad de las mismas, no fueron explicados ni controvertidos por la sociedad, quien se ha limitado a señalar que con la propuesta entendía que participaba en un concurso, que nunca se habló de un negocio arreglado y que los participantes eran capaces legales con libre discrecionalidad para actuar, lo cual para la Sala no desvirtúan la contundente investigación adelantada por la Superintendencia ni las conclusiones que se plasmaron en los actos acusados. De otra parte, el monto de la negociación y las utilidades no fue el argumento por el cual la Superintendencia consideró como sospechas las operaciones. No prospera el cargo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-24-000-2003-00228-01(15106)

ACTOR: VALFÍN S.A., y DIEGO MARTÍNEZ VARGAS

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE VALORES

Se decide la apelación de la demandada contra la sentencia de 2 de septiembre de 2004 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de VALFÍN S.A., y DIEGO MARTÍNEZ VARGAS contra los actos administrativos mediante los cuales la Superintendencia de Valores (Hoy Financiera) resolvió cancelar a título

de sanción la inscripción de VALFÍN S.A., en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios e imponer una multa a DIEGO MARTÍNEZ VARGAS.

ANTECEDENTES

VALFÍN S.A., se constituyó el 20 de noviembre de 1992 y fue inscrita en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios mediante Resolución 0004 de 5 de enero de 1998 exclusivamente para realizar la actividad de corretaje e intermediación de valores en nombre y por cuenta propia.

Mediante el Oficio 20005- 724 la Superintendencia de Valores decretó una visita de carácter especial a VALFÍN S.A., que se inició el 10 de mayo de 2000 y finalizó el 27 de Diciembre del mismo año. De la visita se levantó el informe 307 de 12 de junio de 2001 el cual concedió 5 días a VALFÍN S.A., y a su representante legal, Diego Martínez Vargas, en relación con su participación en diez operaciones swap y nueve compras y ventas de títulos provenientes o con destino al portafolio de la Comisión Nacional de Regalías, realizadas en forma continuada entre julio de 1998 y febrero de 1999.

El 11 de julio de 2001 la sociedad y el representante legal rindieron explicaciones al pliego de cargos, las cuales fueron rechazadas por extemporáneas mediante auto 34 de 31 de julio de 2001.

El 19 de octubre de 2001 la Superintendencia de Valores confirmó el rechazo de las explicaciones de Diego Martínez Vargas pero revocó la decisión en cuanto a las explicaciones de la sociedad, pues eran oportunas en atención a la suspensión de términos por la prórroga que se le otorgó.

El 15 de enero de 2002 la Superintendencia de Valores profirió la Resolución 0023 por medio de la cual canceló a título de sanción la inscripción de VALFÍN S.A., en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios e impuso una multa de \$29.318.066 a DIEGO MARTÍNEZ VARGAS en su calidad de Representante Legal de VALFÍN S.A.,

Las sanciones fueron confirmadas por medio de la Resolución 0979 de 17 de diciembre de 2002 que decidió el recurso de reposición interpuesto por la sociedad y su representante legal.

LA DEMANDA

VALFÍN S.A., y DIEGO MARTÍNEZ VARGAS demandaron la nulidad de las resoluciones que impusieron las sanciones y a título de restablecimiento solicitaron que se dispusiera que VALFÍN S.A., puede continuar con la inscripción en el Registro Nacional de Valores e intermediarios y DIEGO MARTINEZ VARGAZ no debe pagar la multa impuesta y, si la hubiere cancelado se ordenara su devolución debidamente indexada; en consecuencia, pidió que se condenara a la Superintendencia de Valores (hoy Financiera) a la indemnización de los perjuicios causados a la sociedad VALFÍN S.A., por todo el tiempo que dure vigente la cancelación de la inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y al doctor DIEGO MARTÍNEZ VARGAS, conforme a la liquidación que se haga para el efecto (artículo 307[4] del Código de Procedimiento Civil). En escrito de adición a la demanda solicitaron que se ordenará la cancelación de la información a los registros de Internet donde aparece la sociedad como sancionada.

Invocaron como normas violadas los artículos 29 de la Constitución Política; 38 del Código Contencioso Administrativo; 6[5, 6 y 7] y 7 [4] del Decreto 1169 de 1980 y 12 [4] de la Ley 32 de 1979. El concepto de violación lo desarrollaron así:

Caducidad de la sanción

La Superintendencia de Valores impuso la sanción cuando ya había vencido el término del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo; la sanción para lograr su efectividad requiere que el acto sancionatorio alcance su ejecutoria dentro del término de caducidad¹. En el recurso de reposición contra la sanción, los demandantes señalaron que de las 19 operaciones, 18 estaban caducadas, pues se realizaron en el segundo semestre de 1998 y sólo una en febrero de 1999, mientras que la sanción se impuso el 15 de enero de 2002, cuando la Superintendencia había perdido competencia.

La demandada confundió la prescripción de la acción del artículo 235 de la Ley 222 de 1995 con la caducidad de las sanciones del 38 del Código Contencioso Administrativo, pues, la primera se refiere a los 5 años para iniciar las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones del Libro Segundo del Código de Comercio.

2. Violación del debido proceso

Se violó el debido proceso porque la demandada responsabilizó a los demandantes por el detrimento patrimonial del Fondo Nacional de Regalías, sin probar este hecho. El Fondo tampoco se ha pronunciado al respecto y no existe

¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Exp. 1999-9453.

ninguna investigación por parte de la Contraloría. Es decir, no se adelantó ningún procedimiento para sustentar el supuesto detrimento patrimonial y no hay sentencia ejecutoriada que responsabilice y condene a los demandantes.

No se elaboró el acta a que se refiere el artículo 6 [5, 6 y 7] del Decreto 1169 de 1980 ni se mantuvo por 30 días para su estudio en la Secretaría de la Superintendencia de Valores. Tampoco se decretaron las pruebas solicitadas oportunamente por los actores conforme al artículo 7 [4] *Ibíd.*, lo cual no permitió controvertir los hechos y se convirtió en una investigación administrativa interna de la Superintendencia en la que fue juez y parte.

3. Violación del artículo 12 [4] de la ley 32 de 1979

La conducta de los demandantes no encuadra en ninguna de las causales previstas para la cancelación de la inscripción en el Registro Nacional de Intermediarios, por tanto, su imposición contraría el Estado Social de Derecho y los fines del Estado [artículo 2 de la Constitución Política].

Narró en hechos que la sanción a VALFÍN S.A., se fundamentó en el informe de visita 307 en el que se cuestionó su participación en 10 operaciones SWAP y 9 compras de títulos TES provenientes o con destino al Portafolio de la Comisión Nacional de Regalías, realizadas en forma continuada. La sanción fue por dos cargos: 1) Tránsito a la Resolución 004 de enero 5 de 1998 por la cual se inscribió a la sociedad en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios e interferir entre el mercado y Confinanciera S.A., con precios muy superiores al precio del mercado y, 2) Incumplimiento de disposiciones legales en materia de prevención y control de actividades delictivas.

La Superintendencia de Valores impuso la sanción sin señalar las normas penales donde se tipifiquen los delitos, las conductas violadas y la sanción por cada conducta.

Los actos acusados están viciados de desviación de poder y falsa motivación porque las conclusiones de la demandada se basaron en que las operaciones constituían actos sospechosos o delictivos y que además causaron detrimento patrimonial a la Comisión Nacional de Regalías, todo por las utilidades de Valfín, pero no demostraron en que disposición se establece que el monto de la utilidad determina las condiciones de validez o de legalidad de una operación o, de sospechosa o delictiva.

Las modalidades de las operaciones no fueron anómalas, sospechosas o inusuales, pues, fueron el resultado de la ingeniería financiera legalmente aceptada. Fueron realizadas por personas capaces y ninguna de ellas ha demandado la invalidez de las negociaciones.

La Superintendencia olvidó su propio criterio expuesto en la Resolución 560 de julio 14 de 1995 que define lo que es una operación swap y las figuras de “adelgazamiento” y “engorde” de títulos.

La Resolución que decidió la reposición contra la sanción se notificó indebidamente porque se fijó el edicto sin que venciera el término para intentar la notificación personal. La sociedad solicitó la nulidad por indebida notificación y la Superintendencia decidió que había sido debidamente notificada y que era improcedente la solicitud. Esta decisión fue proferida por la Secretaría de la Superintendencia sin tener competencia para ello.

Contra esa decisión la sociedad interpuso reposición pero fue negado por improcedente, lo cual demuestra que el proceder de la demandada es equivocado y autosuficiente.

Indemnización de perjuicios

La solicitud se justifica porque con las sanciones se restringe el normal desarrollo del objeto social de la sociedad y se menoscaba injustificadamente el patrimonio del actor. La publicación de las resoluciones demandadas ocasionó daño moral a los demandantes, pues se imputa a VALFÍN S.A., haber causado un detrimento patrimonial a la Comisión Nacional de Regalías sin pruebas que acrediten este hecho; además, desacreditó la personalidad de DIEGO MARTÍNEZ VARGAS por el hecho calumnioso aducido por la Superintendencia.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Los actores solicitaron la suspensión provisional de los actos acusados, pero el Tribunal por auto de 12 de junio de 2003 negó la petición porque las razones de hecho enunciadas requieren un examen de los antecedentes administrativos que dieron lugar a las sanciones con juicios valorativos de fondo.

OPOSICIÓN

La demandada adujo las siguientes razones de defensa:

Propuso la excepción de inepta demanda por falta de los requisitos de los numerales 3 y 4 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, pues, no se hizo un examen crítico de los actos acusados frente a las infracciones que se le aducen y las normas que se invocan como violadas; la acción no tiene razón de ser, pues, no se dirige a desvirtuar la presunción de legalidad de los mismos, si no que se limita a reiterar los argumentos ya debatidos en la vía gubernativa.

No hubo caducidad de la facultad sancionatoria

La sanción no se impuso por la realización en sí de operaciones swap y compras directas que involucraron los recursos públicos de la Comisión Nacional de Regalías; el fundamento de la sanción para la sociedad fue la violación de los límites para las actividades autorizadas por la Resolución 004 de 1998 concordante con la Circular 005 de 1991 y artículo 1340 del Código de Comercio y, de los deberes de los intermediarios de valores para prevenir y controlar las actividades delictivas [numeral 2 (a y d) y numeral 3 del artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Circular Externa 4 de 1998 expedida por la superintendencia de Valores].

Y para Diego Martínez como representante del VALFÍN S.A., la sanción se fundamentó en la violación de los deberes de los administradores [artículo 23(2) de la Ley 222 de 1995] y de los límites para las actividades autorizadas [Resolución 004 de 1998, Circular 005 de 1991 y artículo 1340 del Código de Comercio].

Las operaciones sancionadas se realizaron entre el 23 de julio de 1998 y el 1 de febrero de 1999 y aunque fueron varias, se configuró una infracción continuada o unitaria por unidad de acción y designio, por tanto, la caducidad se cuenta desde la última operación que fue objeto de sanción². En consecuencia los actos demandados se expidieron y notificaron antes de que trascurrieran los tres años de caducidad.

De otra parte, VALFÍN S.A., fue sancionada por exceder su capacidad legal, pues estaba autorizada sólo para realizar corretaje y actuar como intermediario [artículo 99 del Código de Comercio] y Diego Martínez Vargas porque omitió el deber legal de velar porque la sociedad que administraba cumpliera sus deberes [artículo 23(2) de la Ley 222 de 1995] y porque no reportaron a la Fiscalía esas operaciones que eran sospechosas; también se penalizó a los demandantes por que no tenían manual de procedimiento para la adopción de mecanismos de control de actividades delictivas, falta de designación de funcionario de

² Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 2 de julio de 1999, Exp. 9384, C.P Daniel Manrique Guzmán.

cumplimiento, no registro de clientes e indebida contabilización de las operaciones; en consecuencia, la prescripción del artículo 235 de la Ley 222 de 1995 sí es aplicable.

Inexistencia de la violación al debido proceso

El sustento de la sanción es la violación de normas del mercado público de valores y no el detrimento patrimonial de la Comisión Nacional de Regalías. Las sanciones a la sociedad y a su representante legal están previstas en los artículos 12 de la Ley 32 de 1979 y 6 de la Ley 27 de 1990 por la violación a la Resolución 400 de 5 de enero de 1998, a la Circular Externa 005 de 2 de julio de 1991 y a los artículos 99 y 1340 del Código de Comercio, 102 del Decreto 663 de 1993 y 23[2] de la Ley 222 de 1995.

La Superintendencia sí dio traslado del acta del informe de visita como consta en el oficio 20005 - 724 de 21 de junio de 2001 (folio 01-182), mediante el cual se le solicitaron explicaciones de carácter institucional a la sociedad y personal al representante legal; además, se mantuvo en Secretaría el informe de visita 307 junto con el expediente de la actuación Administrativa (cuaderno de actuaciones 1 folio 01-200).

El término de 10 días otorgado por la Superintendencia para rendir descargos se ajustó al artículo 6[7] del Decreto 1169 de 1989, pues se trata de una facultad que tiene la Entidad de dar un plazo de “hasta 30 días”, que contrario a lo que considera el demandante, no es imperante el otorgamiento de los 30 días.

Las pruebas que se negaron durante la actuación administrativa eran improcedentes e inconducentes pues tenían relación con hechos posteriores al período en que se realizaron las operaciones sancionadas, hechos que no eran materia de la investigación, como el precio futuro de los títulos que hubieran podido alcanzar, los cuales, además, dependen de circunstancias macroeconómicas y son fijados por el mercado abierto.

Sobre la indemnización de perjuicios

La cancelación de la inscripción de la sociedad en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios a título de sanción y la sanción impuesta al representante legal, se impusieron por la Superintendencia de Valores en uso de atribuciones legales, especialmente las conferidas por el artículo 33[4] de la Ley 35 de 1993 y 3[14] del Decreto 2739 de 1991, en concordancia con el 12[4] de la Ley 32 de 1979 en virtud del control que tal Entidad ejercía sobre los intermediarios del mercado de valores que estuvieran inscritos, como el caso de la sociedad. En consecuencia, tales sanciones no pueden considerarse como causantes de perjuicios.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró no probada la excepción de inepta demanda y anuló los actos demandados por caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia. A título de restablecimiento del derecho dispuso que DIEGO MARTÍNEZ VARGAS no estuviera obligado a pagar la multa y que en caso de haber efectuado el pago debía devolversele debidamente indexado. Negó las demás pretensiones de la demanda. Los fundamentos de la decisión se resumen así:

La demanda cumple los requisitos del artículo 137[3 y 4] del Código Contencioso Administrativo, pues ubica los hechos y el concepto de violación en capítulos diferentes, lo cual permite fijar los extremos de la litis y hacer un pronunciamiento de fondo.

Las acciones que dieron lugar a la sanción corresponden a 10 operaciones swap y 9 operaciones de compra, diferentes entre sí, pues, las partes que intervienen, las fechas de realización y el valor de las operaciones swap son diferentes. Cada operación es autónoma y no dependen unas de otras.

La Resolución 0979 que decidió la reposición contra el acto sancionatorio fue notificada por edicto desfijado el 15 de enero de 2003, por tanto, sólo hasta ese día las sanciones quedaron en firme. Como los hechos constitutivos de la falta administrativa tuvieron ocurrencia entre julio de 1998 y febrero de 1999, para la fecha en que la sanción quedó en firme, la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Valores ya había caducado, pues los tres años del artículo 38 Código Contencioso Administrativo, vencían el 1 de febrero de 2002.

No prospera la indemnización de perjuicios pues ni se solicitó en la demanda ni se allegó ninguna prueba que demuestre los perjuicios solicitados. Tampoco se condena en costas porque la conducta de la demandada no fue temeraria ni constituyó abuso del derecho [artículo 171 del Código Contencioso Administrativo].

APELACIÓN

La demandada sustentó la apelación en los siguientes términos:

El fallo no analizó la forma continuada en que se ejecutaron las operaciones, no es cierto que las operaciones deben mirarse como autónomas e independientes entre sí, pues, quedó demostrado que se trató de un mismo diseño, un mismo sistema de trámite de las propuestas, un mismo objeto, los mismos actores, el mismo

mecanismo en relación con la negociación de los títulos, la misma motivación y los mismos efectos de las operaciones, es decir, el propósito logrado. Todo lo cual implica una unidad de acción y designio, como lo explicó la Resolución 0979 de 17 de diciembre de 2002.

La unidad de designio se concreta en la existencia de un número plural de actos destinados a un propósito del actor que va mas allá del resultado buscado con la ejecución del primer acto o de cualquier otro mirado individualmente, el cual no excluye la calificación de típico de cada uno de los actos. En el presente caso, la conducta fue producto de una idea preconcebida que se proyectó en el tiempo que no fue ajustada a derecho y no respondió a la actividad de corretaje, ni a la compra o venta de títulos para sí cuando negocia exclusivamente en posición y por cuenta propia (únicas actividades para las cuales está habilitada la sociedad).

De acuerdo con lo anterior, el término de caducidad de la facultad sancionatoria debe contarse a partir del último acto que configuró la infracción, esto es, a partir del 1 de febrero de 1999; como las sanciones se impusieron y notificaron el 16 de enero de 2002, no había vencido el término de 3 años del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo.

Según la doctrina, uno de los presupuestos de la infracción continuada es que, aun cuando hayan varias infracciones materialmente separables, la contravención pueda reputarse única, en atención al propósito común. El Consejo de Estado ha señalado que las infracciones continuadas, suponen pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable³.

Se demostró que la interferencia indebida de VALFÍN S.A., en las operaciones SWAP y de compra, fue doble, pues por un lado se involucró en la relación jurídica Comisión Nacional de Regalías -Confinanciera S.A y por el otro interfirió entre el mercado y Confinanciera S.A.

Las sanciones se justifican porque los demandantes infringieron normas del mercado público de valores, pues, desarrollaron actividades ajenas al contrato de corretaje y a la intermediación en nombre y por cuenta propia, para las que estaban exclusivamente autorizados.

³ Sección Cuarta, sentencia de 2 de julio de 1999, C.P. Dr. Daniel Manrique Guzmán.

Sin habilitación legal VALFÍN S.A., se inmiscuyó en la ejecución, cumplimiento y parte operativa de las operaciones SWAP y de compra de títulos entre las Comisión Nacional de Regalías y Confinanciera S.A.

Ha sido reiterada la posición del Consejo de Estado en señalar que el acto sancionatorio se debe expedir y notificar dentro de los tres años siguientes de ocurrido el hecho generador de la sanción para que se entienda agotada la facultad sancionatoria y no opere la caducidad del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, pues, la interposición de recursos y la confirmación de la sanción corresponde al agotamiento de la vía gubernativa.

La Entidad impuso las sanciones demandadas con base en un principio de estabilidad fundado en la certeza judicial que daban los más recientes pronunciamientos del Consejo de Estado, por ello, con el fin de mantener el orden público económico se expidió la resolución sancionatoria bajo el entendido de que la ley y la jurisprudencia vigente le permitían concluir que la facultad de sancionar no había caducado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los demandantes reiteraron los argumentos de la demanda e insistieron en la caducidad de la facultad sancionatoria porque los hechos ocurrieron en el segundo semestre de 1998 y la sanción se impuso en enero de 2002 cuando había transcurrido más de tres años, además, el acto que impone la sanción debe quedar ejecutoriado y en firme dentro de ese mismo término.

VALFÍN S.A., no causó detrimento Patrimonial a la Comisión Nacional de Regalías, así lo corroboró el oficio 009474 de 15 de octubre de 2003 expedido por esa entidad, en el que da cuenta de la inexistencia de alguna demanda por ese concepto.

10 de las 19 operaciones Swap tenían libertad de contratación de las comisiones o tarifas, lo cual tiene sustento en el concepto del Jefe de la División de Bolsas de Valores e Intermediarios tramitado en el asunto 19972272.

La demandada insiste en que la sociedad no reportó a la Fiscalía las operaciones sospechosas, pero es que la demandante no consideró que fueran sospechosas o delictivas. No existe indicio o sustento que permita calificar a las operaciones como sospechosas; fueron válidamente celebradas

La Superintendencia no elaboró el acta que ordena el artículo 6 del Decreto 1169 de 1980 ni puso a disposición el expediente por 30 días en la secretaría. El acta no puede remplazarse con el informe de visita como pretende la demandada.

Se violó el debido proceso porque la Superintendencia no decretó las pruebas solicitadas oportunamente e interpretó a su acomodo los principios de conducencia y pertinencia de las pruebas.

Los perjuicios morales y materiales causados a los accionantes son la desacreditación que sufrieron en el mercado cambiario por hacerlos responsables de la supuesta pérdida patrimonial sufrida por la Comisión Nacional de Regalías, cargo no probado y que no fue controvertido.

La demandada en escrito demasiado extenso y repetitivo, reiteró los argumentos de la apelación y explicó que las operaciones swap sólo pueden ser estructuradas y ejecutadas por las personas que estén inscritas como comisionistas y la demandante no estaba inscrita como comisionista de bolsa, sino como intermediaria de valores en calidad de corredor de bolsa y no podía realizar negocios por cuenta ajena ni intervenir en el cumplimiento de los negocios que se perfeccionaran con su intermediación.

Valfín S.A., se involucró, en contra de su objeto social, en la relación entre la Comisión Nacional de Regalías y Confinanciera S.A., pues mediante engaño logró la colaboración de Confinanciera para que fungiera de licuadora y mandataria-comisionista de la Comisión, según las instrucciones que Valfín le dictaba en el desarrollo del contenido de las propuestas. La actividad encubierta de Valfín de coejecutor de las operaciones no concuerda con la actividad de corretaje, debido a que la interferencia en el desarrollo y contenido de los contratos no está permitida para esta clase de negocios.

La Superintendencia constató que detrás de Valfín estaba, a su vez, Acciones e Inversiones S.A., quien estructuró todas las operaciones censuradas; usaba a la demandante para que ésta valiéndose de Confinanciera S.A., asegurara que la Comisión Nacional de Regalías recibiera los títulos provenientes de Acciones e Inversiones.

Diego Martínez Vargas, recibía de Santiago Mejía de Acciones e Inversiones S.A., las propuestas de negociación que ésta había estructurado y entregaba a Confinanciera S.A., para que las transcribiera en su papelería y las remitiera a la Comisión Nacional de Regalías como propias.

Acciones e Inversiones S.A., compraba a precios del mercado los títulos en el mercado mostrador (OTC) y seguidamente los vendía a precios notablemente superiores a los del mercado, los cuales siempre eran adquiridos por Valfín, quien los vendía a Confinanciera S.A., al precio notablemente aumentado y quien los transfería en venta a la Comisión Nacional de Regalías, quien los terminaba comprando a precios desventajosos.

La conducta sancionada fue analizada en sede administrativa, y con base en el acervo probatorio, evidencio tener designios antijurídicos. Se demostró el preacuerdo indebido en el cual participaron los mismos agentes en cada una de las operaciones. Los mecanismos y procedimientos operados se repitieron en las 19 operaciones, todas con el concurso de Acciones e Inversiones S.A., VALFÍN S.A. y Confinanciera S.A. y, se descartó que fuera el resultado del azar.

Las modalidades de las operaciones y la intervención de los sancionados en las mismas, denotan el desarrollo de una actividad ajena al corretaje. El actuar prolongado a través de conductas hilvanadas a auto-generar ventajas económicas, estuvo presente en las operaciones swap y en las operaciones de compra directa.

Sin embargo, ninguno de estos aspectos fueron analizados en la sentencia recurrida, la cual concluyó que se trataban de conductas independientes y que había operado la caducidad.

Pero la caducidad se debe contabilizar a partir de 1 de febrero de 1999, fecha de la última operación, por tanto, como la Resolución 0023 fue notificada personalmente el 16 de enero de 2002, la Superintendencia no había perdido competencia para ejercer la facultad sancionatoria conforme al artículo 38 del Código Contencioso Administrativo y de acuerdo con la posición de la jurisprudencia y de la doctrina.

Las Entidades del Estado actúan con base en potestades otorgadas por la ley, y en virtud de este postulado la Superintendencia expidió el acto sancionador con base en el artículo 209 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. De tal manera, si el hecho que interrumpe la caducidad es el ejercicio de la facultad, con la expedición del acto formal sancionatorio y su notificación, se cumple a cabalidad el requisito. La concesión de recursos en el efecto suspensivo implica que el acto Administrativo no será ejecutado hasta que se resuelvan aquéllos y no que el acto sea inexistente o ineficaz.

De otra parte reiteró que la sanción impuesta a la sociedad y a su representante legal tuvieron como origen la infracción de las normas de mercado público de valores porque realizaron actividades ajenas al contrato de corretaje y a la intermediación en nombre y por cuenta propia para las que estaban exclusivamente autorizados. También incumplieron el artículo 102 [2d] del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero porque no reportaron a la Fiscalía General de la Nación las operaciones sospechosas, conforme a la definición de la Circular Externa 4 [1.3.2] de 27 de mayo de 1998.

VALFÍN S.A., y su representante legal tenían elementos razonables para considerar como sospechosas las operaciones y conductas realizadas por Acciones e Inversiones S.A., VALFÍN S.A y Confinanciera S.A., tal como lo demuestran los actos acusados.

No se violó el debido proceso, pues, la Superintendencia mediante oficio 20005 - 724 de 21 de junio de 2001, dio traslado al informe de visita 307 de 12 de junio de 2001 para que los demandantes rindieran las explicaciones de rigor; además, mantuvo a su disposición el informe de visita junto con el expediente en cumplimiento del artículo 6 [7] del Decreto 1169 de 1980.

El concepto 19997-2272 de 10 de septiembre de 1999 proferido por el Jefe de División de Bolsas de Valores e Intermediarios, anexa la Resolución 0560 de 14 de julio de 1995 de la Superintendencia de Valores, no desvirtúa las razones que fundamentaron la sanción por la participación de los demandantes en actividades ajenas al contrato de corretaje.

La Comisión Nacional de Regalías sí adelantó gestiones para definir la responsabilidad en el manejo de su portafolio y obtener reparación de los perjuicios causados, sin que ello implique que el perjuicio causado a la Comisión sea el objeto de la sanción, porque ésta se refirió exclusivamente a la infracción de normas de mercado público de valores.

La actuación de la Superintendencia no pierde mérito por el hecho de que otras autoridades investiguen o no a los Representantes de la Comisión Nacional de Regalías.

Finalmente, no existen ni están probados los perjuicios que solicitan los demandantes, por lo que no pueden reconocerse.

El Ministerio Público solicitó que se confirmara la sentencia apelada porque la ocurrencia de las operaciones que dieron lugar a la sanción fueron del 23 de julio

de 1998 al 1 de febrero de 1999 de manera independiente, dada la diferencia de los actores intervinientes, del monto y las fechas de las mismas, de manera que si la demandada no probó la conexión inescindible entre ellas, no es dable alegarse unidad de designio.

Las sanciones adquirieron firmeza el 15 de enero de 2003, fecha en que fue desfijado el edicto de la Resolución 0979 de 17 de diciembre de 2002 que resolvió el recurso de Reposición contra la Resolución 0023 de 15 de enero de 2002 que impuso las sanciones.

Confrontadas las fechas de las operaciones con el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, la caducidad de la última operación tuvo lugar el 1 de febrero de 2002, por tanto, las operaciones que ocurrieron antes de la mencionada fecha quedaron cobijadas por dicho fenómeno.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En los términos de la apelación de la demandada la Sala decide si la Superintendencia de Valores (hoy Financiera) expidió los actos demandados cuando había perdido competencia para ello, en virtud de la caducidad de la facultad sancionatoria que había operado en relación con los hechos que fueron objeto de sanción. En caso negativo, se revocará la sentencia apelada y se analizará la legalidad de los actos por medio de los cuales la Superintendencia de Valores impuso las sanciones a los demandantes, porque realizaron actividades ajenas al contrato de corretaje y a la intermediación para los cuales estaban exclusivamente autorizados.

El Tribunal anuló los actos porque consideró que la facultad sancionatoria de la Superintendencia había caducado porque la Resolución 0979 que decidió la reposición contra el acto sancionatorio fue notificada por edicto desfijado el 15 de enero de 2003, cuando ya habían transcurrido los tres años del artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, según el cual, salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

Como los hechos constitutivos de la falta administrativa tuvieron ocurrencia entre julio de 1998 y 1 de febrero de 1999, para el Tribunal, la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Valores, vencía el 1 de febrero de 2002.

La caducidad del artículo 38 citado, se empieza a contar desde la fecha en la cual se produzca el hecho sancionable, conforme a la definición legal de la infracción y, finaliza con la notificación del acto sancionatorio, por lo que es este momento el que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la Administración, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos, pues “al dar respuesta a los recursos, lo que hace la autoridad es revisar una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos, errores de hecho o de derecho, que tiene la posibilidad de enmendar, pero sin que pueda decirse que sólo en ese momento está ejerciendo su potestad sancionadora”⁴.

Ahora bien, de acuerdo con el anterior criterio se debe establecer si para el 16 de enero de 2002, fecha en la cual se notificó la resolución que impuso las sanciones, había caducado la facultad sancionatoria de la Superintendencia, para lo cual es necesario determinar si las operaciones realizadas por los demandantes fueron independientes una de la otra, como lo consideró el Tribunal, o si como lo ha aducido la demandada, se trata de una infracción continuada que culminó con la última operación en febrero de 1999, caso en el cual la facultad sancionatoria vencería en febrero de 2002.

En el caso bajo examen, la Superintendencia de Valores mediante Resolución 0023 de 15 de enero de 2002 canceló a título de sanción la inscripción en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios de VALFÍN S.A., e impuso una multa a Diego Martínez Vargas, su representante legal por haber violado la Resolución 004 de 5 de enero de 1998 según la cual VALFÍN S.A., estaba autorizada solamente para hacer corretaje y para actuar en nombre y por cuenta propia para realizar para sí operaciones habituales de adquisición o enajenación de valores; porque se incumplieron las disposiciones legales en materia de prevención y control de actividades delictivas; porque se violaron normas contables y en tal sentido se le imputó al representante legal la violación del artículo 23[2] de la Ley 222 de 1995 que le impone el deber de “velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias”⁵.

Según el informe de visita en el que se sustentan los actos acusados se le imputa a VALFÍN S.A., haber participado en las 19 operaciones y de compraventas de títulos entre la Comisión Nacional de Regalías y Confinanciera S.A. Su intervención demuestra el despliegue de una actividad que no corresponde al corretaje. Tampoco fue la inversionista, como se desprende del proceso seguido

⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, entre otras, las sentencias de 15 de junio de 2001 y 18 de septiembre de 2003, Exp. 11869 y 13353, C.P. Dra. Ligia López Díaz.

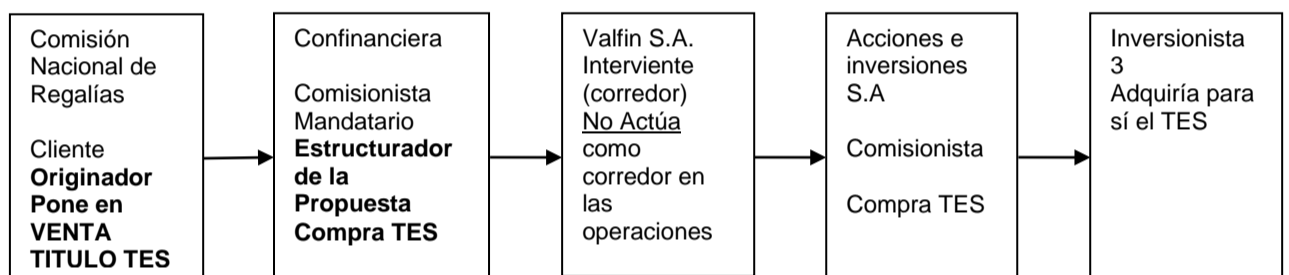
⁵ Folios 355 a 406 del expediente.

en todas y cada una de las operaciones. Es decir, actuó por fuera de las dos únicas actividades para las que estaba habilitado.

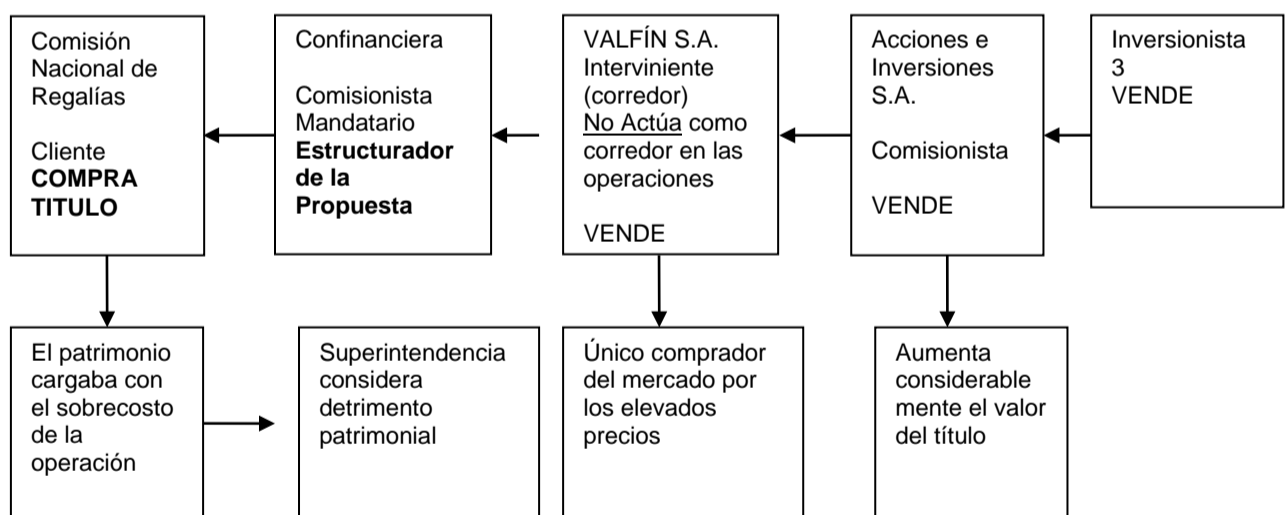
Se estableció que 10 de las 19 operaciones fueron Swap en las cuales los títulos vendidos por la C.N.R a través de Confinanciera S.A. eran vendidos seguidamente a VALFÍN S.A., quien los negociaba en el mercado. En la segunda etapa de los Swap, que se realizaba el mismo día, Acciones e Inversiones S.A. vendía a VALFÍN S.A., los títulos que éste le transfería a Confinanciera S.A., para que fueran adquiridos por la Comisión Nacional de Regalías.

Todas las operaciones tenían el mismo diseño, según el siguiente gráfico:

PRIMERA FASE OPERACIÓN SWAP



SEGUNDA FASE OPERACIÓN SWAP



En el mercado bursátil colombiano el término SWAP tiene una acepción diferente a la que tiene en los mercados internacionales. En el país SWAP es el conjunto transacciones realizadas por el intermediario autorizado para un cliente llamado originador (Comisión Nacional de Regalías) en el que se condiciona la venta de uno o mas títulos a la compra de otro o varios títulos con el propósito de obtener liquidez para el cliente. Además del originador se encuentra otra persona denominada "licuadora" que corresponde al comisionista de bolsa, mandataria del cliente-originador.

En el swap se distinguen dos fases: en la primera fase, la licuadora compra los títulos del originador con el fin de venderlos a un tercero. En la segunda fase, la licuadora procede a comprar uno a varios títulos a tasas del mercado para vendérselos al originador.

Las demás operaciones no tuvieron características de swap, sino que se trataron de simples compras de títulos para la C.N.R. realizadas en cadena donde participaban los mismos dos o tres intermediarios, cuya compra y venta era similar a la mecánica seguida en la fase de compra de las operaciones swap, así: los títulos eran adquiridos inicialmente a un inversionista en el mercado por ACCIONES E INVERSIONES S.A., Comisionista de Bolsa, luego vendidos a VALFÍN S.A., quien a su turno los vendía a CONFINANCIERA S.A., que directamente los vendía a la C.N.R.

Ahora bien, del acervo probatorio recaudado la Superintendencia estableció que VALFÍN S.A., había tenido una participación activa y determinante en la realización de las operaciones cuyos diseños fueron presentados ante la C.N.R. como propios de CONFINANCIERA S.A., de acuerdo a los siguientes hechos:

VALFÍN S.A., le manifestó a CONFINANCIERA que la C.N.R. era su cliente, cuando en realidad era cliente de ACCIONES E INVERSIONES S.A., según los testimonios de Martha Myriam Díaz Rojas (tesorera de Confinanciera) y DIEGO MARTÍNEZ VARGAS.

En efecto, en la declaración juramentada de la Martha Myriam Díaz Rojas se evidencia lo siguiente:

“Preguntado: La comisión Nacional de Regalías de quien era cliente. Respondió: En el principio en el momento en que Diego Martínez se presentó, el cliente de Diego Martínez y cuando se fueron realizando las operaciones cuando había un problema, la solución siempre la daba Acciones e Inversiones. Eso lo intuía pues Diego hablaba con ellos y ahí si tomaba una determinación. Esto en cuanto a la ejecución, la parte operativa de las transacciones. Preguntado: En esas operaciones con la Comisión Nacional de Regalías que papel hacía Valfín. Contestó: Valfín era el que tenía el cliente, Valfín era el que estructuraba la operación, me compraba, me vendía, él era el ejecutor, que yo después empezaba a ver participación de Acciones e Inversiones, pero igual no sabía ni la proporción ni el alcance de la participación de Acciones e Inversiones. Preguntado: Quién seleccionaba los títulos que serían negociados por la Comisión. Respondió: Como

le comente VALFÍN me tenía determinado los títulos que se iban a comprar y que se iban a vender, los plazos, las fechas y las tasas y el valor de giro”⁶ .

En la ampliación de la Declaración juramentada rendida por DIEGO MARTÍNEZ señaló lo siguiente:

Preguntado: Cuál fue la razón que tuvo VALFÍN para contactar a Confinanciera en tales negociaciones. Respondió: La razón que tuvo VALFÍN para contactar a Confinanciera es consecuencia de la limitación expresada anteriormente en el sentido de que VALFÍN no hubiera sido aceptada como cliente de la Comisión Nacional de Regalías. Le dije que tenía el cliente porque al mismo tiempo detrás mío estaba Acciones e Inversiones que me manifestó que tenía un cliente, que en ese momento era la Comisión Nacional de Regalías. (...) Las propuestas yo las recibía de un funcionario de Acciones e Inversiones, Santiago Mejía, hasta donde yo entiendo esas propuestas eran la estructuración del negocio donde estaban las tasas y los precios a los cuales Confinanciera debía comprarme o venderme a mí o a Valfín. El doctor Silvio Villegas tenía un papel informativo en las negociaciones y el doctor Santiago Mejía otro mas operativo. De la misma manera que yo le daba una propuesta a Confinanciera esa propuesta me la había dado a mí el señor Santiago Mejía estructurada con el señor Silvio Villegas. Hasta donde yo entiendo la propuesta así estructurada por ellos terminaba siendo mi punta, es decir, o bien era la misma Acciones o Inversiones quien me vendía o me compraba los títulos al mismo precio que aparecía en las propuestas que VALFÍN le entregaba a Confinanciera para que le pasara a la Comisión Nacional de Regalías para que las pasara como PROPIAS”⁷ .

Se evidenció igualmente que VALFÍN S.A., utilizó la información y contactos de sus asociados (Santiago Mejía, representante legal de ACCIONES E INVERSIONES S.A., y Silvio Villegas, representante de PROMOTORA DE INVERSIONES LTDA.)⁸ para presentar la propuesta a CONFINANCIERA para que ésta a su vez la presentara a la C.N.R.

La doble posición asumida por VALFÍN y ACCIONES E INVERSIONES S.A., les permitía que la operación en su conjunto se ejecutara de acuerdo con su diseño y estructura; garantizaba una coordinación en todas las operaciones swap y de compra directa de títulos de la Comisión Nacional de Regalías, lo cual evidencia

⁶ Folios 166, 167 y 168 del c.ppal.

⁷ Folios 167 y 168 del c.ppal.

⁸ Con esta sociedad VALFÍN S.A., tenía un contrato de cuentas en participación y actuaba como gestora debiendo repartir las utilidades con el partícipe.

una secuencia de las operaciones que permite concluir que la infracción no fue instantánea, sino que continuó en el tiempo conforme se había diseñado y preelaborado desde el inicio.

Si bien, fueron 19 operaciones perfectamente identificables, no por ello se puede suprimir su carácter de homogeneidad e identidad en un mismo propósito de VALFÍN que fue asegurar el trámite y ejecución de las propuestas como se habían concebido y tener la garantía de que la C.N.R., las iba a aceptar.

Además, la forma en que finalmente se llevaron a cabo confirma el carácter de continuidad de las operaciones, dado el corto tiempo que transcurrió entre ellas, pues, fueron 19 operaciones que se realizaron entre 23 de julio de 1998 y 1 de febrero de 1999.

Lo anterior permite considerar que se trató de una infracción continuada que culminó el 1 de febrero de 1999, por tanto, para el 16 de enero de 2002 cuando se notificaron las sanciones, la facultad sancionatoria de la Superintendencia no estaba caducada, pues, ello ocurriría el 1 de febrero de 2002, conforme al criterio que se expuso.

Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia y se procederá al estudio de los cargos de la demanda como fueron plantados.

2. Violación del debido proceso

Acusan los demandantes que la Superintendencia violó el debido proceso porque se les responsabilizó del detrimento patrimonial de la Comisión Nacional de Regalías, sin probarlo y sin que existiera ninguna investigación o sentencia ejecutoriada al respecto, como lo corrobora el oficio 009474 de 15 de octubre de 2003 expedido por esa entidad, en el que da cuenta de la inexistencia de alguna demanda por ese concepto.

Advierte la Sala que las sanciones demandadas no tuvieron como fundamento el detrimento patrimonial de la Comisión Nacional de Regalías, sin embargo, fue un hecho evidente el sobreprecio que canceló la Comisión en las transacciones swap y de compra directa, según lo estableció la Superintendencia de Valores del análisis de tales operaciones y cuya información sirvió de fundamento para que la Contraloría General de la República adelantara un proceso de juicio fiscal en contra de los ordenadores del gasto de la C.N.R., en solidaridad con los representantes legales de ACCIONES E INVERSIONES S.A. COMISIONISTAS,

por la pérdida fiscal que sufrió tal entidad en el manejo de su portafolio de títulos TES de operaciones swap efectuadas en 1998⁹.

La vigilancia del Estado en la actividad bursátil tiene como fundamento el interés público y propende por que el mercado público de valores se desarrolle de manera organizada en condiciones de igualdad y transparencia¹⁰; que no se atente contra el interés de los inversionistas; de manera que quienes participen en él tengan como principio proteger el interés público.

En el presente caso, el detrimento patrimonial de la C.N.R., no fue el argumento por el cual la Superintendencia consideró que los demandantes habían excedido su capacidad legal en las operaciones swap y de compra directa de títulos que dio lugar a la sanción, sino que se trató de un argumento que se planteó como efecto por el proceder ilícito de los demandantes en el diseño, estructuración, presentación y ejecución de las propuestas que junto con otras sociedades se habían elaborado en perjuicio del cliente, entre ellas ACCIONES E INVERSIONES S.A., a quien la Contraloría le atribuyó responsabilidad fiscal. No prospera el cargo.

Los demandantes señalan que la Superintendencia no elaboró el acta a que se refiere el artículo 6 [5, 6 y 7] del Decreto 1169 de 1980 ni se mantuvo por 30 días para su estudio en la Secretaría de la Superintendencia de Valores.

El artículo 6 citado dispone:

5. Practicada o una visita o investigación, la Comisión Nacional de Valores elaborará un acta con base en los informes de los visitadores, y enviará un oficio a la persona visitada por correo certificado o mediante entrega personal, en el cual se le comunique de la existencia del acta.

6. Modificada por el Decreto 2150 de 1995, artículo 103. Del informe correspondiente se dará traslado al interesado a la dirección registrada en la entidad, cuando a ello hubiere lugar.

7. Para el traslado se mantendrá el acta en la Secretaría de la Comisión, sin solución de continuidad y por un término de hasta treinta (30) días, a fin de que el interesado pueda estudiar allí u obtener copia de la misma. De la realización del traslado dejará constancia el Secretario en el Expediente respectivo.

Ahora bien, consta en los antecedentes administrativos que el 21 de junio de 2001 la Superintendencia envió al representante legal de Valfín S.A., y a título personal, el oficio 20005-724 en el cual le informa que en virtud del artículo 6 del Decreto

⁹ Auto de cierre de investigación fiscal y apertura de juicio fiscal 086-99 de 15 de marzo de 2000 de la Unidad de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la República (folio 6 c.a. 6)

¹⁰ Artículo 335 de la Constitución Política.

1169 de 1980 se expidió el Acta correspondiente al informe de visita 307 de 12 de junio de 2001 y que tiene cinco días para rendir explicaciones institucionales y personales por los hechos y razones de derecho que allí se exponen y para el efecto, el Acta permanecerá en la Secretaría General a su disposición por el mencionado plazo¹¹. La existencia del Acta consta a folios 2443 y 2444 del cuaderno de antecedentes.

Lo anterior permite considerar que sí se elaboró el Acta y se mantuvo en Secretaría General y que no se violó el debido proceso, pues la Superintendencia, adelantó el trámite señalado en la disposición y se otorgó a los demandantes un plazo para rendir descargos, de acuerdo con la facultad discrecional que las 6 y 7 del artículo 6 le otorgan para el efecto. No prospera el cargo.

Otro motivo por el cual consideran los demandantes que se violó el debido proceso fue porque no se decretaron las pruebas solicitadas oportunamente, lo que impidió controvertir los hechos que se les imputaban.

Las pruebas que se pidieron en la respuesta al informe de visita fueron:

1 Valoración a 9 de julio de 2001 de los títulos objeto de la negociación y que constituyen los activos que obtuvo la C.N.R.

2 Oficio al Banco Megabanco para que expida copias de los extractos donde constan los depósitos de los recursos y de los cheques mediante los cuales se realizaron los pagos correspondientes de los mismos y al Banco del Estado para que certifique si los pagos hechos vía S.E.B.R.A. corresponden a las fechas y cantidades correspondientes a las operaciones.

3 Que se haga valoración de los títulos a la fecha para establecer de acuerdo a su valor actual con respecto al valor por el cual fueron adquiridos, para cuantificar a fechas de hoy (11 de julio de 2001) el supuesto detrimento patrimonial.

La Superintendencia de Valores por Auto 0062 de 19 de octubre de 2001 negó la solicitud de pruebas por improcedentes, inconducentes y superfluas, pues las operaciones investigadas fueron entre el 18 de julio de 1998 y febrero de 1999 y por tanto la responsabilidad de los investigados estaba referida a ese período. Además lo solicitado son hechos posteriores y ajenos a la investigación, que

¹¹ Folio 2436 y 2437 del cuaderno de antecedentes.

dependen de circunstancias macroeconómicas y de mercado abierto que en nada afecta la conducta violatoria de la ley por los demandantes¹².

La Sala considera que la negativa del decreto de las mencionadas pruebas se ajustó a derecho, pues no estaban dirigidas a desvirtuar que los demandantes no se involucraron en las operaciones swap de los títulos de la C.N.R., ni que tuvieron un comportamiento violatorio de las normas que rigen el mercado de valores, cuando sólo estaban autorizados para realizar labor promocional de corretaje y para negociar en nombre propio y por cuenta propia y no para intervenir en la ejecución y parte operativa de transacciones realizadas dentro de relaciones jurídicas en las que no era parte, como lo precisó la providencia mencionada.

Y como se ha dicho a lo largo de esta providencia, el detrimento patrimonial de la C.N.R., no fue el fundamento de la sanción impuesta en los actos acusados, sino una referencia en cuanto a los efectos de la actuación ilegal de los demandantes, razón por la cual, establecer el monto real del detrimento patrimonial, no tiene incidencia ni conduce a probar o desvirtuar los hechos sancionados. No prospera el cargo.

3. Violación del artículo 12 [4] de la ley 32 de 1979

Acusan los demandantes que la sanción de cancelación de la inscripción en el Registro Nacional de Intermediarios fue impuesta sin que se hubiera dado ninguna de las causales del numeral 4 del artículo 12 de la Ley 32 de 1979. La Superintendencia no señaló las normas penales donde se tipificaron los delitos, las conductas violadas y la sanción por cada conducta, ni demostró qué norma establece que un determinado monto en la utilidad de una negociación implica que una operación es válida, legal o, sospechosa o delictiva.

Para los demandantes, las operaciones fueron el resultado de la ingeniera financiera legalmente aceptada, correspondieron a operaciones swap que la misma Superintendencia definió en la Resolución 560 de julio 14 de 1995.

Finalmente señalan que la Resolución que decidió la reposición contra la sanción se notificó por edicto sin que hubiera vencido el término para intentar la notificación personal y aunque la sociedad solicitó la nulidad por indebida notificación, la Superintendencia no accedió a la petición.

¹² Folios 232 y siguientes c.ppal.

Del estudio de los antecedentes administrativos, se observa que la sanción a la sociedad se impuso por: 1) Trasgresión a la Resolución 004 de enero 5 de 1998 por la cual se inscribió a la sociedad en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios y, 2) Incumplimiento de disposiciones legales en materia de prevención y control de actividades delictivas (artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y Circular Externa 4 de 27 de mayo de 1998). Y al representante legal, Dr. Diego Martínez Vargas por violación del numeral 2 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 porque permitió que su representada interviniera en el cumplimiento y ejecución de operaciones por fuera de la autorización otorgada por la Superintendencia por Resolución 4 de 5 de enero de 1998.

De acuerdo con lo anterior, no es cierto que no se hubiera dado ninguna de las causales del numeral 4 del artículo 12 de la Ley 32 de 1979, toda vez que la Superintendencia impuso la sanción a la sociedad por violación de normas legales y disposiciones de la Superintendencia conforme al literal a) de la mencionada disposición que señala:

“artículo 12. En ejercicio de sus funciones la Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia de Valores) podrá:

[...]

4. Cancelar la inscripción de un intermediario en el registro nacional de intermediarios cuando:

a) Incurra en violaciones reiteradas a lo dispuesto en esta ley, en sus disposiciones reglamentarias, o a las decisiones de la Comisión (hoy Superintendencia de Valores).

b) Deje de satisfacer los requisitos exigidos para su inscripción.

c) Injustificadamente incumpla las obligaciones que surjan de las operaciones contratadas.

d) Entre en período de liquidación.

e) Proporcione a la Comisión (hoy Superintendencia de Valores) informaciones falsas o engañosas (...).”

La trasgresión a la Resolución 004 de 5 de enero de 1998 porque excedió su capacidad legal de corredor de bolsa y se inmiscuyó en las labores, que como comisionista de bolsa, le correspondían a Confinanciera S.A., como mandatario legítimo de la Comisión Nacional de Regalías.

En efecto, conforme al artículo 1287 del Código de Comercio, la comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena, mientras que “corredor” es la persona que, por su especial

conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación (artículo 1340 del Código de Comercio).

Según la Circular Externa 5 de 2 de julio de 1991, la Comisión Nacional de Valores, precisó la diferencia entre el corredor y el comisionista y advirtió que "Es claro que el corredor no contrata por cuenta de las partes y que son estas últimas las que deben perfeccionar el negocio. De igual manera, una vez celebrado el negocio, corresponderá a las partes que lo han celebrado ejecutar las prestaciones correspondientes. El corredor no puede tampoco intervenir en esta segunda etapa, cumpliendo el contrato a nombre de una de ellas o de ambas, en la medida en que no puede estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, mandato y representación y que su actuación en el mercado público está circunscrita al desarrollo del contrato de corretaje (...). De lo expuesto surge nítidamente la distinción entre el corredor de valores y el comisionista de bolsa o el comisionista independiente de valores. En efecto, el comisionista es por definición un mandatario que actúa a nombre propio. Lo anterior significa que el comisionista celebra negocios jurídicos de compra y venta de valores por cuenta ajena, sin revelar el nombre de su cliente, obligándose personalmente".

La conducta de la sociedad que fue sancionada por la Superintendencia consistió en que la labor desarrollada por ella no se limitó a presentar a las partes para que hicieran la negociación, ni tampoco a invertir por cuenta propia, sino, que se involucró en la relación jurídica C.N.R. -CONFINANCIERA S.A., y participó en la compra y venta de títulos con el fin de hacer parte de la ejecución de las operaciones swap y compra directa de títulos y así lograr que en la gestión del negocio se antepusiera su interés y los de ACCIONES E INVERSIONES S.A., a los de su cliente; todo lo anterior no es propio de una labor de corretaje, razón por la cual excedió la capacidad legal para la que había sido autorizada y por ende, participo en el mercado público de valores alejada de los principios que gobiernan esta actividad y que presuponen que distintos inversionistas accedan a ellas en igualdad de condiciones, dentro del libre y limpio juego de la oferta y la demanda, es decir de manera transparente.

De otra parte, la Superintendencia no cuestionó la ejecución en sí de las operaciones swap, ni desconoció que en tales negociaciones existen figuras tales como "licuadora", "vueltera", "engorde de títulos", entre otros; lo que sancionó la entidad fue la extralimitación de la demandante de su capacidad jurídica para la

que había sido autorizada, conforme se analizó y quedó plasmado en el informe de visita (folios 2601 al 2621 c.a.).

Ahora bien, en relación con el argumento según el cual la Superintendencia no tipificó la conducta penal atribuida a la sociedad, la Sala advierte que la demandada no podía calificar la conducta como punible ni identificar el tipo penal específico que describía la conducta, pues no es competencia de esa entidad hacer tal calificación, para lo cual están las autoridades competentes a quienes se les debe informar precisamente la ocurrencia de una conducta que pueda considerarse razonablemente sospechosa.

En efecto, el artículo 102 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero antes de la modificación de la Ley 1121 de 2006, disponía que las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria estarán obligadas a adoptar medidas de control apropiadas y suficientes, orientadas a evitar que en la realización de sus operaciones puedan ser utilizadas como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas [1] y a reportar de forma inmediata y suficiente a la Fiscalía General de la Nación, o a los cuerpos especiales de policía judicial que ésta designe, cualquier información relevante sobre manejo de fondos cuya cuantía o características no guarden relación con la actividad económica de sus clientes, o sobre transacciones de sus usuarios que por su número, por las cantidades transadas o por las características particulares de las mismas, puedan conducir razonablemente a sospechar que los mismos están usando a la entidad para transferir, manejar, aprovechar o invertir dineros o recursos provenientes de actividades delictivas [2 d)].

Por tanto, si del análisis del modo de ejecución de las operaciones, para la Superintendencia tales operaciones podían considerarse fraudulentas, no le correspondía señalar qué delito habían cometido los actores, pero sí podía sancionarlos por la omisión de no haber implementado los controles y haber dado la información a las autoridades competentes de la realización de tales operaciones, que de acuerdo con sus características podían considerarse razonablemente sospechosas.

Esas características consistían en síntesis en el ocultamiento que pretendió mantener ACCIONES E INVERSIONES S.A., tanto en la elaboración de la propuesta como en el momento en que VALFÍN S.A., contactó a

CONFINANCIERA S.A., para que a través de ella, se hiciera el manejo de importantes inversiones de la Comisión Nacional de Regalías, lo cual contribuiría a recargar los costos de la entidad pública, no obstante la C.N.R. era un cliente de ACCIONES E INVERSIONES S.A.¹³.

Estos hechos que se mencionaron en detalle en la resolución que impuso las sanciones y que darían lugar a sospechar razonablemente que VALFÍN S.A., estaría siendo utilizada para transferir, manejar, aprovechar o invertir recursos de actividades delictivas o para dar apariencia de legalidad de las mismas, no fueron explicados ni controvertidos por la sociedad, quien se ha limitado a señalar que con la propuesta entendía que participaba en un concurso, que nunca se habló de un negocio arreglado y que los participantes eran capaces legales con libre discrecionalidad para actuar, lo cual para la Sala no desvirtúan la contundente investigación adelantada por la Superintendencia ni las conclusiones que se plasmaron en los actos acusados. De otra parte, el monto de la negociación y las utilidades no fue el argumento por el cual la Superintendencia consideró como sospechas las operaciones. No prospera el cargo.

Finalmente y en relación con la indebida notificación de la Resolución 0979 que decidió el recurso contra la sanción se observa, que el acto fue expedido el 17 de diciembre de 2002 y se envió al apoderado de los demandantes una citación para notificación personal el 19 de diciembre de 2002¹⁴, por tanto y en virtud de los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, a partir del 20 de diciembre de ese año corrieron los cinco días para la notificación personal, los cuales vencieron el 27 de diciembre del mismo año; de manera, que la fijación del edicto el 31 de diciembre de 2002 se ajustó a lo dispuesto en el artículo 45 citado y por tanto, fue debidamente notificada la resolución.

El hecho que la citación la hubiera recibido su destinatario el 23 de diciembre de 2002, no altera la legalidad de la fijación del edicto, pues el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo es claro en señalar que “si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, se fijará edicto en lugar público del respectivo despacho” como se le advirtió en la citación. No prospera el cargo.

Como corolario de lo anterior, la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados no fue desvirtuada, razón por la cual se negarán las súplicas de la demanda, previa la revocatoria de la sentencia apelada.

¹³ Folio 2763 c.a.

¹⁴ Folio 2685 c.a.

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

F A L L A

REVÓCASE la sentencia de 2 de septiembre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de VALFIN S.A., y DIEGO MARTÍNEZ VARGAS contra Superintendencia de Valores (hoy Financiera). En su lugar dispone:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

RECONÓCESE al abogado CARLOS MORENO NOVOA como apoderado de los demandantes.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA
Presidente

LIGIA LÓPEZ DÍAZ

HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ