

**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**



Bogotá D. C., diecinueve de junio de dos mil veinte (2020)
Sentencia Número 030/2020

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
RADICACIÓN NÚMERO: 1100133340012012015100
DEMANDANTE: JUANITA IRAGORRI LÓPEZ
DEMANDADA: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA-SFC.

Agotado el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo hasta ahora actuado, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho incoado a través de apoderado por Juanita Irigorri López contra la Superintendencia Financiera de Colombia –SFC¹ en los términos establecidos en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

Juanita Irigorri López, actuando mediante apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la **SFC**, con la finalidad de discutir la legalidad de los siguientes actos administrativos:

- Resolución No. 1271 23 de junio de 2010 “*Por medio de la cual se impone una sanción*”.
- Resolución No. 958 de 22 de junio de 2010 “*Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto por la doctora JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, contra la Resolución No. 1271 del 23 de junio de 2010*”.

Pidió que se declare y se reconozca que, con ocasión de la expedición de los referidos actos administrativos, se le causó a su poderdante, perjuicios materiales, morales y a la vida de relación.

2. Hechos

Juanita Irigorri López, el 28 de febrero de 2005, suscribió un contrato laboral con la sociedad Serfinco S.A., empresa en la que se desempeñaba como gerente de inversión y en la que realizó operaciones de compra y venta de valores y divisas.

La SFC, inició investigación administrativa con ocasión de las operaciones realizadas por las sociedades Serfinco S.A y Probolsa, en los meses de octubre de 2007 y noviembre de 2008, actuación, respecto de las cuales, a la señora Irigorri López le fueron imputadas las conductas de conflicto de intereses, inducción al error, incumplimiento de los deberes de asesoría y de información.

¹ En adelante la SFC.

La SFC, mediante Resolución No. 1271 23 de junio de 2010, sancionó a Juanita Iragorri López por las conductas mencionadas con inhabilidad para realizar funciones de administración, dirección o control de entidades sometidas a inspección y vigilancia, y multas pecuniarias, decisión apelada por su representante judicial.

La SFC, por medio de Resolución No. 958 de 22 de junio de 2010, resolvió el recurso de apelación, oportunidad en la que determinó reducir la inhabilidad a 3 años y el valor de las multas impuestas.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Las normas violadas y el concepto de violación serán analizados en la parte considerativa del fallo.

4. Contestación de la demanda

La entidad se opuso² a la prosperidad de las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, no tienen razón jurídica para tal efecto. Así mismo, sostuvo que, los argumentos que esbozó la demandante no desvirtuaron la presunción de los actos administrativos objeto de nulidad, motivo por el que solicitó fueran denegadas las pretensiones, y se condenara en costas.

Precisó que, Serfinco S.A, fue sancionada por la SFC, con ocasión a los mismos hechos que dieron lugar a las resoluciones demandadas en este proceso judicial, actos administrativos demandados ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quién en sentencia de 13 de agosto de 2015, negó las pretensiones.

Al respecto, añadió que los mismos cargos que sustentan esta demanda, fueron esgrimidos por Serfinco S.A, ante el Tribunal, que, tal como se anotó, denegó lo solicitado.

Expresó lo pertinente a los hechos de la demanda, y calificó algunos como parcialmente ciertos, susceptibles de prueba en el proceso, y otros como apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte demandante. Sólo confirmó los hechos 4, 6, 9, y 16, como ciertos.

Manifestó que, las Resoluciones demandadas, se encuentran amparadas por la presunción de legalidad, contenida en el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo, de manera que, le corresponde al demandante desvirtuarla, posición que ha sido decantada por la jurisprudencia del Consejo de Estado, corporación de la cual citó apartes de sentencias relacionados a ese tema.

Añadió que, el asunto objeto de examen deberá analizarse a la luz de la presunción de legalidad que cobija los actos administrativos, lo que se acompasa, con los artículos 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil, que refieren las presunciones legales como ciertas, salvo prueba en contrario, normativa aplicable al momento de despliegue de la actuación administrativa, hoy contenidas en los artículos 176 y 177 del Código General del Proceso.

² Folios 726 a 773 c.2.

Refirió que, según la Constitución Política en los artículos 333, 335, 189 numerales 24 y 25, 209 y 211, las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de los recursos captados de las personas, son de interés público, sujetas a intervención estatal, a través de la Superintendencia Financiera, quién realiza, la inspección, vigilancia y control del sector y que actúa siempre conservando como rasero el bien común.

El Estatuto Orgánico del Sistema Financiero³, establece las funciones que rigen la actuación de la Superintendencia Financiera, a fin de alcanzar los objetivos trazados en la Constitución, entre los que se encuentra, la posibilidad de imponer sanciones, otorgar permiso a las entidades para ejercer las actividades sometidas a su control y emitir reglamentos aplicables en la materia.

Referenció las tesis de varios doctrinantes, a efectos de indicar que la tipificación de la infracción, debido al gran número que se puede presentar es flexible y puede estar contenida en varios instrumentos expedidos por la Administración, tales como ordenanzas, decretos, reglamentos, circulares o manifestación vinculante para el particular, y la sanción, se encuentra reservada a la Ley, proferida por el Congreso de la República.

Indicó que, en el litigio presente, se sancionó a la señora Iragorri, por infringir las normas sobre deberes de mercado, relativas al conflicto de interés, inducción al error, y los deberes de información y asesoría, establecidas en el numeral 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y el artículo 1.5.3.2 del Decreto 1121 de 2008, en concordancia con el numeral 2, literal b del artículo 1.1.1.2 de la Resolución 1200 de 1995.

Objetó la transgresión por parte de la entidad del principio del *non bis in ídem*, ya que se demostró que la demandante incurrió en diversas conductas, que fueron analizadas de forma individual.

Respecto al cargo de caducidad de la facultad sancionatoria, manifestó que, según el artículo 29 de la Constitución Política, nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, y no ley posterior, tal como pretende la parte demandante.

La actuación administrativa objeto de demanda, inició el 7 de abril de 2009, momento en el que se profirió el pliego de cargos, para el cual, resultaba vigente a efectos de determinar la caducidad, el numeral 6 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, y no el CPACA, ya que no existía y cuyo artículo 308 establece que será aplicable sólo a las actuaciones que inicien o demandas que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia, del mencionado Código. El numeral 6 del artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece que posterior al último acto de infracción, la Administración cuenta con el término de 3 años a efectos de expedir y notificar el acto principal que impone sanción. La última infracción que cometió la señora Iragorri, ocurrió el 20 de noviembre de 2008, luego, la SFC, tenía hasta el 19 de noviembre de 2011, para emitir la sanción y notificarla, término que se cumplió a cabalidad, ya que la Resolución No. 1271 de 23 de junio de 2010, se notificó el 6 de julio del mismo año a la demandante.

³ Adicionado y modificado por las Leyes 510 de 1999 y 795 de 2003.

Agregó que, de conformidad con el acuerdo al artículo 5 de la Ley 57 de 1887, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es norma especial que regula la materia, por ello prevalente sobre la general, en consecuencia, aplicable a la actuación administrativa que se surtió respecto de la demandante, y que no prevé término para expedir el acto que resuelve un recurso. El Código Contencioso Administrativo, tampoco establecía límite temporal a la Administración para expedir los recursos.

Refirió que, según jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el principio de favorabilidad de la Ley penal no puede aplicarse de forma absoluta en materia administrativa, y en atención a la naturaleza de la actividad financiera, bursátil y aseguradora, resulta más atenuado.

En lo que tiene que ver al cargo de violación del debido proceso por presuntamente no garantizar el derecho a la defensa, puntualizó que, la diligencia de 15 de diciembre de 2008, se surtió en la etapa previa de investigación, momento en el cual aún no existía imputación de cargos, por ende la demandante no se encontraba incurso en actuación administrativa sancionatoria.

Afirmó que, la señora Iragorri López para el 15 de diciembre de 2008, fungía como tercera respecto a la actuación administrativa, motivo por el cual los funcionarios detentaron reserva de la información, sustentada en los artículos 14 del Decreto 1169 de 1980 y 337 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Puntualizó que, la actuación administrativa inició el 7 de abril de 2009, con la emisión del pliego de cargos, fecha en la que adquirió la condición de investigada.

Comentó que, en la diligencia de 2008, se puso de presente a la señora Iragorri, el contenido del artículo 33 constitucional, que establece la prohibición de declarar contra sí mismo, y ella, expresó que comprendía el objetivo y la norma en cita, motivos por los que estimó que el cargo no prospera.

Con respecto al tercer cargo, violación al debido proceso por proscripción de la responsabilidad objetiva en materia disciplinaria, advirtió que, según jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, los principios en materia penal, no se aplican de la misma forma en el despliegue de la facultad sancionatoria, ya que la primera, tiene como funciones prevenir y corregir, y la segunda, persigue el cumplimiento de los fines del Estado y su correcto funcionamiento. Por tal motivo, enunció que, en el derecho sancionatorio es permitido imponer sanciones con base en la responsabilidad objetiva del infractor, sin la necesidad, de evaluar si su conducta fue dolosa o culposa, análisis propio de un régimen subjetivo. Así mismo, el artículo 208, numeral 4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, consagra la responsabilidad objetiva.

Arguyó que, tal prerrogativa no implica el desconocimiento del debido proceso, más aún, si se considera que en cada actuación administrativa se culmina un procedimiento, tal como sucedió en el asunto de la señora Iragorri. Contrario a ello, resultó demostrado, en virtud del auto 001 de 8 de septiembre de 2009, que se le brindó las oportunidades para ejercer el derecho de defensa y contradicción, aportar y objetar pruebas.

Enunció que, por los hechos objeto de investigación, se desplegaron acciones de tipo penal en Pasto-Nariño y Popayán- Cauca.

Finalmente, interpuso una excepción genérica, que debiera ser declarada por el

Juzgado de manera oficiosa, en atención a lo establecido en el numeral 6 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

5. Alegatos de conclusión

Las partes presentaron alegatos de conclusión⁴, en los que reiteraron los argumentos expuestos en los escritos de demanda y contestación.

6. Cuestiones previas

6.1. Recurso de apelación frente a la negativa de unas pruebas solicitadas por al SFC

En el escrito de contestación de la demanda, el apoderado de la SFC solicitó la práctica de las siguientes pruebas (fl 773 c.2 exp. judicial):

- 1. Al Juzgado Quinto Penal de Conocimiento del Circuito de Popayán. con el fin que allegue copia del escrito de formulación de imputación de la audiencia de imputación, formulación de acusación y audiencia de acusación, dentro del proceso radicado bajo el Radicado No 1900160006022008172100.*
- 2. Al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto, con el fin que allegue copia del escrito de formulación de imputación, de la audiencia de imputación, formulación de acusación y audiencia de acusación, dentro del proceso radicado bajo el Radicado N° 520016000482500970800.*

En audiencia inicial No. 096 de 21 de noviembre de 2018⁵, el Despacho negó su práctica por considerarlas innecesarias, inconducentes e impertinentes a efectos de dilucidar los hechos materia de litigio, decisión ante la cual, el apoderado de la SFC, interpuso recurso de apelación, que le fue concedido en la misma diligencia, a quién se le impuso la carga de su trámite ante la secretaría, sin que así procediera. En tal sentido, se estima que desistió tácitamente del trámite del recurso, y por ende de las pruebas objeto de recurso.

6.2 Renuncia de poder y reconocimiento de personería

Juan Carlos Expósito Vélez, apoderado de la parte demandante, mediante escrito que envió el 22 de mayo de 2020⁶ al correo electrónico del Despacho, renunció al poder que le fue conferido e informó que se encuentra a paz y salvo con su poderdante. En archivo adjunto a la anterior comunicación, allegó una copia de pantalla⁷, en la que se observa manifestación expresa de aceptación a la renuncia de poder, por parte de la señora Iragorri López.

De igual modo, se anexó al correo electrónico, documento⁸ en el que la señora Iragorri López, confiere poder para actuar en el presente asunto, a Carolina Rodríguez Ruíz, identificada con la cédula de ciudadanía No.1010196602 y la tarjeta profesional No. 286120.

⁴ Folios 1486 a 1491 y 1492 a 1525 c.4 del expediente judicial.

⁵ Folios 1481 a 1483 c.4 del expediente judicial.

⁶ Folios 1527 y 1528 c.4 del expediente judicial.

⁷ Folio 1527 c.4 del expediente judicial.

⁸ Folio 1530 y 1531 c.4 del expediente judicial.

Por cumplir los requisitos de que trata el artículo 76 del C.G.P, se acepta la renuncia de poder que presentó Juan Carlos Expósito Vélez, y se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada de la parte demandante a Carolina Rodríguez Ruíz, identificada con la cédula de ciudadanía No.1010196602 y la tarjeta profesional No. 286120, en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 1530 c.4 del expediente.

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Problema jurídico

En audiencia inicial No. 096 de 21 de noviembre de 2018, se determinó el siguiente problema jurídico (folio 1481 c.4):

(...)

i) Si la decisión contenida en los actos administrativos demandados se encuentra viciada por falta de competencia y caducidad de la facultad sancionatoria, se mirará si los hechos generadores de la sanción se encuentran plenamente probados.

ii) Si la entidad demandada, al adoptar la decisión contenida en los actos acusados, incurrió en DESVIACIÓN DEL PODER y vulneración al debido proceso.

2. Facultad sancionatoria en materia administrativa

La potestad sancionatoria en materia administrativa se desarrolla por el ejercicio del *ius puniendi* radicado en cabeza del Estado. En función de tal poder, las autoridades administrativas cuentan con la facultad de adelantar medidas correctivas frente a los administrados, cuando incurren en conductas que afecten o amenacen el ordenamiento jurídico.

No obstante, cabe precisar que, si bien el despliegue de la potestad sancionatoria tiene como finalidad la preservación de los bienes jurídicos garantizados por el Estado, esta función pública está sometida estrictamente al respeto del principio de legalidad, de tipicidad, del debido proceso y de proporcionalidad.

En relación con el **principio de legalidad en materia sancionatoria**, la Corte Constitucional en sentencia C-067 de 2016 con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, señaló:

(...)

Respecto del principio de legalidad de las sanciones, esta Corte ha desarrollado jurisprudencia, en la que ha establecido la prohibición de imponer sanciones si no es de acuerdo a las normas sustanciales previas que las determinen. Ha dicho además que la finalidad de este principio consiste en garantizar la libertad de los administrados y controlar la arbitrariedad judicial y administrativa mediante el señalamiento legal previo de las penas aplicables. En consecuencia, quien incurre en una actuación prohibida en la ley debe conocer previamente cuales son las consecuencias jurídicas de su comportamiento. Y este castigo de ninguna manera puede

ser definido con posterioridad a la comisión del acto ilegal porque se abriría la puerta a una posible arbitrariedad. Ha definido además ciertos requisitos que exige este principio.

(...)

Frente al **principio de tipicidad** cabe precisar que éste se encuentra estrechamente relacionado con el de legalidad, haciendo referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión, constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión⁹.

Ahora bien, en lo que respecta al **derecho al debido proceso** el Despacho resalta que éste aparece institucionalizado en el Bloque de Constitucionalidad¹⁰ y en el artículo 29 de la Carta Política como mandato de que toda actuación, judicial o administrativa se ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad; el derecho a una resolución que defina las cuestiones judiciales planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características. Sobre este tópico la Corte Constitucional ha indicado¹¹.

(...)

En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso¹².

(...)

Negrillas fuera del texto original.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-219 de 2017, magistrado ponente Iván Humberto Escruería Mayolo.

¹⁰ Artículo 8º numeral 1º, de la Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*” (negrilla fuera del texto)

¹¹ Corte Constitucional, Sala de Revisión Sentencias T-460 de julio 15 de 1992 y T- 520 de 16 de septiembre de 1992, MP Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

¹² Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-980 de 1 de diciembre de 2010. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

3. Del régimen sancionatorio de las instituciones sometidas a la vigilancia de la SFC

El artículo 335 de la Constitución Política de Colombia, establece que las actividades financieras bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación son de interés público, razón por la cual están sometidas a la estricta vigilancia del Estado.

Así, mediante el artículo 326 de la Ley 663 de 1993 que regula el sistema financiero, se confirió a la Superintendencia Financiera de Colombia, las funciones de control, vigilancia, supervisión, prevención y sanción, a efectos de ejercer intervención en los sectores mencionados.

El manejo de mercado público de valores, por ser una actividad de captación de recursos públicos, se encuentra sometida a inspección, vigilancia y control, por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que, para efectos de cumplir tal finalidad, goza de capacidad reglamentaria en el tema.

Así, el Superintendente de Valores, profirió la Resolución 1200 de 1995 “*por la cual se actualizan y unifican las normas expedidas por el Superintendente de Valores*”, en la cual se establecen principios y deberes, de los cuales son relevantes para el caso concreto, la prohibición de incurrir en conflicto de intereses¹³, el deber de asesoría¹⁴, incumplimiento del deber de información¹⁵, a cumplir por parte de los agentes que participan en operaciones de mercado, inspirados en brindar al cliente financiero, servicio calificado, informado y transparente, que le permita la toma de decisiones más beneficiosa para su intereses, obligaciones que cobran mayor relevancia, si en el asunto, un cliente es una entidad pública, ya que los dineros con los que cuenta esta, provienen del pago de impuestos y otros rubros, soportados directamente por la **ciudadanía**.

A su vez, el artículo 50 de la Ley 964 de 2005, determinó las conductas que constituyen infracciones al mercado de valores, entre las que se incluyen, incumplir las disposiciones sobre conflictos de interés¹⁶, autorizar actos, ejecutarlos, cohonestarlos, o no evitarlos debiendo hacerlo¹⁷, infringir las normas que regulan el mercado de valores¹⁸, omitir el deber de información¹⁹, declarar o divulgar información falsa, inexacta, sobre los valores almacenados en los depósitos centralizados de valores²⁰.

El trámite sancionatorio de la SFC, respecto al incumplimiento de la regulación financiera, se encuentra contenido en el artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero²¹, cuyo numeral 3, establece las sanciones a imponer:

(...)

¹³ Artículo 1.1.1.2, literal d) y literal b) del artículo 1.1.1.1.

¹⁴ Artículo 1.1.1.2, literal e), en concordancia con la Circular Externa No. 10 de 1991 y el artículo 1.5.3.1 del Decreto 1121 de 2008.

¹⁵ Numeral 1 del Artículo 97 del EOSF, y el artículo 1.5.3.2 del Decreto 1121 de 2008, en concordancia con el numeral 2 del literal d) del artículo 1.1.1.2 de la Resolución 1200 de 1995.

¹⁶ Literal f.

¹⁷ Literal q.

¹⁸ Literal x.

¹⁹ Literal j.

²⁰ Literal n.

²¹ En adelante EOSF.

3. Sanciones. Las siguientes son las sanciones de carácter administrativo que la Superintendencia Bancaria²² puede imponer:

a) Amonestación o llamado de atención;

b) Multa pecuniaria a favor del Tesoro Nacional. Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 209 de este Estatuto, la multa podrá ser hasta de ciento diez millones de pesos (\$110.000.000,00) del año 2002. Cuando se trate de las sanciones previstas en el artículo 211 de este Estatuto y no exista norma especial que establezca la respectiva sanción, la multa podrá ser hasta de quinientos cincuenta millones de pesos (\$550.000.000,00) del año 2002;

c) Suspensión o inhabilitación hasta por cinco (5) años para el ejercicio de aquellos cargos en entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria que requieran para su desempeño la posesión ante dicho organismo;

d) Remoción de los administradores, directores, representantes legales o de los revisores fiscales de las personas vigiladas por la Superintendencia Bancaria. Esta sanción se aplica sin perjuicio de las que establezcan normas especiales;

e) Clausura de las oficinas de representación de instituciones financieras y de reaseguros del exterior.

Las sumas indicadas en este numeral se ajustarán anualmente, en el mismo sentido y porcentaje en que varíe el Índice de Precios al Consumidor suministrado por el DANE.

Las multas pecuniarias previstas en este artículo podrán ser sucesivas mientras subsista el incumplimiento que las originó.

(...)

4. Análisis del caso concreto

4.1 Análisis probatorio

De los elementos de juicio obrantes en el expediente que fueron decretados como prueba²³, de manera relevante para resolver el objeto de controversia, se observa lo siguiente:

- Contrato individual de trabajo a término indefinido suscrito por Juanita Iragorri López y Serfinco S.A, y anexo folios 7 a 9 c.1.
- Diligencia de declaración juramentada que rindió Juanita Iragorri López ante la Dirección legal para intermediarios de valores y otros agentes, el 15 de diciembre de 2008, en el marco de la investigación que adelantó la SFC folios 10 a 19 c.1.

²² Hoy Superintendencia Financiera de Colombia.

²³ Cuaderno de antecedentes administrativo digitalizado, vito a folio 164.

- Informe de visita No. 544 de 5 de marzo de 2009 que se realizó a Serfinco S.A, por parte de la SFC, folios 775 a 800 c.2 y continua a 801 hasta 867 c.3.
- Pliego de cargos que formuló la SFC, en contra de Juanita Irigorri López el 7 de abril de 2009, folios 868 a 1038 c.3 y oficio de notificación, folio 1043 c.3.
- Escrito de explicaciones a la formulación de cargos de 1 de junio de 2009, suscrito por Juanita Irigorri López, folios 189 a 293 c.1 y 1213 a 1329 c.4.
- Auto No. 001 de 8 de septiembre de 2009, por medio del cual se decidió sobre la práctica de unas pruebas en la investigación administrativa, folios 1040 a 1041 c.3 y oficio de notificación, folio 1039 c.3.
- Resolución No. 1271 de 23 de junio de 2010 *“Por la cual se impone una sanción”*, folios 20 a 188 c.1, 465 a 549 c.2, 1044 a 1201 c.3 y 1202 a 1210 c.4.
- Recurso de apelación en contra de la Resolución 1271 de 23 de junio de 2010, radicado el 13 de julio de 2010, por la señora Juanita Irigorri López, folios 1260 a 1329 c.4.
- Resolución 0958 de 22 de junio de 2012 *“Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación interpuesto por la doctora JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, contra la Resolución No. 1271 del 23 de junio de 2010”*, folios 294 a 411 c.2, 550 a 609 c.2 y 1330 a 1388 c.4.
- Constancia de ejecutoria de los actos administrativos demandados, folios 609 c.2 y 1389 c.4.
- Sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera- Subsección A, de 13 de agosto de 2015, número de expediente 25 000 23 41 000-2012-00421- 00, Magistrada Ponente: Claudia Elizabeth Lozzi Moreno, en la que se negaron las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho a Serfinco S.A, por cargos similares a los formulados en este medio de control.

4.2. Análisis de los cargos propuestos por la parte demandante

El apoderado de la parte demandante mediante escrito visible a folios 1448 a 1477 c.4, manifestó oposición a las excepciones que propuso la SFC. Al respecto, el Despacho observa que, los memoriales contienen los mismos argumentos planteados en el escrito de demanda, relativos a la falta de competencia de la entidad por caducidad de la facultad sancionatoria, violación del debido proceso por desconocimiento del derecho a la defensa técnica, y proscripción a la responsabilidad objetiva, razón por la cual serán abordados en conjunto con el caso concreto.

Ahora bien, el apoderado de la parte demandante acusó los actos administrativos de ser contrarios al numeral 6 del artículo 208 del EOSF, artículo 52 del CPACA, 38 del CCA, y 29 de la Constitución Política.

4.2.1. Caducidad de la facultad sancionatoria.

Dijo que, las normas que integran el EOSF, deben interpretarse en concordancia con lo regulado en la Ley 1437 de 2011, con el fin de evitar contradicciones, en beneficio de la seguridad jurídica y debido proceso.

Señaló que, pese a la vigencia de la Ley 1437 de 2011 desde el 2 de julio de 2012, debía aplicarse en el presente asunto desde el momento de su promulgación, 18 de enero de 2011, por ser más favorable al administrado.

Mencionó que, en el caso de la señora Iragorri, el recurso de apelación se interpuso el 13 de julio de 2010, motivo por el cual, la Administración debía resolverlo hasta el 13 de julio de 2011, según lo previsto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

Agrego que, para la aplicación correcta del Código Contencioso Administrativo, por consiguiente, del artículo 208 numeral 6 del EOSF, el término de 3 años de que trata el artículo 38 del referido Estatuto, inicia a contabilizarse desde el último hecho constitutivo de sanción, en el caso de la señora Iragorri, 20 de noviembre de 2008, de acuerdo con la Resolución No. 1271 de 2010.

Añadió que, el Consejo de Estado, por medio de su jurisprudencia ha interpretado que en el término descrito en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, la Administración debe expedir el acto administrativo principal, resolver los recursos y notificarlos. Así, en aplicación de la citada normativa, la Administración, en el caso de la señora Iragorri, debía proferir la sanción, resolver los recursos, y ponerla en conocimiento, desde el 20 de noviembre de 2008, hasta el 20 de noviembre de 2011, y ocurrió hasta el 3 de julio de 2012, por fuera del marco temporal.

Enunció que, en pronunciamientos del Consejo de Estado, se ha expresado que, en los procesos sancionatorios, al ser una expresión del poder punitivo del Estado, cobran mayor relevancia las garantías derivadas de debido proceso y los principios constitucionales de igualdad, celeridad, caducidad de la acción, que imponen el deber de actuación diligente.

- La oposición al cargo por parte de la Superintendencia demandada.

Respecto al cargo de caducidad de la facultad sancionatoria, manifestó que, según el artículo 29 de la Constitución Política, nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, y no ley posterior, tal como pretende la parte demandante.

La actuación administrativa objeto de demanda, inició el 7 de abril de 2009, al momento en el que se profirió el pliego de cargos, momento para el cual, resultaba vigente a efectos de determinar la caducidad, el numeral 6 del artículo 208 del EOSF, y no el CPACA, ya que no existía y cuyo artículo 308 establece que será aplicable sólo a las actuaciones que inicien o demandas que se instauren, posterior a la entrada en vigencia de la mencionada ley.

El numeral 6 del artículo 208 del EOSF, establece que posterior al último acto de infracción, la Administración cuenta con el término de 3 años a efectos de expedir y notificar el acto principal que impone sanción. La última infracción que cometió la señora Iragorri ocurrió el 20 de noviembre de 2008, luego, la SFC, tenía hasta el

19 de noviembre de 2011, para emitir la sanción y notificarla, término que se cumplió a cabalidad, ya que la Resolución No. 1271 de 23 de junio de 2010, se notificó el 6 de julio del mismo año a la demandante.

Agregó que, de acuerdo al artículo 5 de la Ley 57 de 1887, el EOSF es norma especial que regula la materia y prevalente sobre la general, por ende, aplicable a la actuación administrativa que se surtió respecto de la demandante, y que no prevé término para expedir el acto que resuelve un recurso. El Código Contencioso Administrativo, tampoco establecía límite temporal a la Administración para expedir los recursos.

- Análisis del Despacho

A efectos de resolver este cargo, en primer lugar, el Despacho determinará la normativa aplicable a efectos de contabilizar la caducidad de la facultad sancionatoria, teniendo en cuenta que las partes presentan desacuerdo en este punto.

El Despacho transcribirá algunos apartes de sentencias emitidas por el Consejo de Estado²⁴, en las que la parte demandada es la Superintendencia Financiera de Colombia, y en las que se planteó el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria:

(...)

*En la sentencia apelada, el tribunal concluyó que la facultad sancionatoria de la superintendencia había caducado porque, de conformidad con el artículo 38 del CCA, la administración cuenta con un plazo de tres años para imponer las sanciones a que haya lugar, término en el que deben resolverse y notificarse los recursos que se interpongan contra los actos sancionatorios. Que en el caso de BBVA Seguros, el hecho sancionable tuvo lugar en el año 2000, mientras que el acto mediante el que la superintendencia resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la resolución sancionatoria fue expedido y notificado en el 2006. Que, de esa forma, era claro que había operado la caducidad de la facultad sancionatoria de la superintendencia. **La Sala revocará la decisión del tribunal porque, como lo ha precisado esta corporación, la notificación del acto que impone una sanción es el hecho que permite establecer si la autoridad que ejerce la facultad sancionatoria obró oportunamente, que no los actos que resuelven los recursos que contra estos se interpongan. El artículo 38 del CCA vigente a la ocurrencia de los hechos en discusión disponía que «salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que pueda ocasionarlas». La Sala ha precisado que la anterior disposición era la norma aplicable a las actuaciones sancionatorias surtidas por la Superintendencia Bancaria antes de la entrada en vigencia de Ley 795 de 2003. En efecto, el artículo 45 de la Ley 795 de 2003 sustituyó el artículo 208 del EOSF en el sentido de disponer de manera expresa que el término de caducidad para que la superintendencia ejerza su facultad sancionatoria es de tres años y que se interrumpe con la notificación del acto administrativo sancionatorio. La Sala también ha***

²⁴ Se citará la jurisprudencia en orden de aparición.

señalado que las actuaciones de la superintendencia que se surtieron antes de la vigencia del artículo 45 de la Ley 795 de 2003 se rigen por el artículo 38 del CCA. Que así, la notificación del acto sancionatorio es lo que permite establecer si se obró oportunamente por parte de la entidad supervisora, independientemente de la interposición de los correspondientes recursos. En ese sentido, en la providencia que se trae a colación se precisó que los recursos tienen por finalidad que la autoridad administrativa revise una actuación definitiva, en la que pudo haber omisiones, excesos o errores, que ella tiene la posibilidad de enmendar, sin que pueda considerarse que sólo hasta ese momento se ejerce la potestad sancionatoria. De acuerdo con lo anterior, en tanto que los hechos sancionados tuvieron lugar en el año 2000 -sobre este particular se ahonda más adelante-, la Superintendencia Financiera contaba hasta el 2003 para notificar el acto sancionatorio. Como esta actuación tuvo lugar en el 2002, se concluye que la superintendencia actuó dentro de la oportunidad establecida. En consecuencia, con lo expuesto, la Sala revocará la decisión del tribunal y procederá a resolver las causales de nulidad formuladas en la demanda²⁵.

Negrillas fuera del texto original.

En otro pronunciamiento, la Corporación, determinó:

(...)

2.1.2 De acuerdo con la demanda, en el caso bajo examen operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria porque el acto que resolvió el recurso de apelación quedó ejecutoriado después de finalizado el plazo previsto en el artículo 208 del EOSF. (...) 2.2.1. **El numeral sexto del artículo 208 del EOSF prevé que la facultad sancionadora de la Superfinanciera caducará transcurridos tres (3) años contabilizados desde: i) el día de la consumación del hecho, cuando sean conductas de ejecución instantánea; ii) la finalización del último acto, cuando sean conductas de ejecución sucesiva; y iii) la cesación del deber de actuar, cuando sean conductas omisivas. En todo caso, el inciso final de esta norma señala expresamente que “La notificación del acto administrativo sancionatorio correspondiente interrumpirá el término de caducidad de la facultad sancionatoria”. Con base en esta norma, esta Sección concluyó que el término de caducidad de la facultad sancionadora de la Superfinanciera debe contabilizarse hasta la notificación del acto administrativo sancionatorio inicial, no del acto que resuelve los recursos administrativos presentados en su contra.** 2.2.2. En el caso bajo examen, está probado que la Resolución 0368 del 11 de marzo de 2011 sancionó al Banco Agrario por hechos relacionados con la provisión de cuentas por cobrar al 30 de septiembre de 2009, día en que finalizó la visita realizada por la Superfinanciera, por lo que el término de caducidad finalizaría ese mismo día y mes del año 2012. En el expediente consta que este acto administrativo fue notificado el 22 de marzo de 2011 y que Banco Agrario presentó el recurso en su contra el día 29 del mismo

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta . (29 de junio de 2017). Radicación Número: 25000-23-24-000-2006-00963-01(20793). [CP Stella Jeannette Carvajal Basto (E)]. Actor: BBVA SEGUROS. Demandada: Superintendencia Financiera de Colombia y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

mes y año. Lo anterior significa que el acto administrativo sancionatorio fue notificado con anterioridad al 30 de septiembre de 2012 y, por lo tanto, antes de que operara la caducidad de la facultad sancionadora del ente de control. 2.2.3. Por lo expuesto, este cargo no prospera²⁶.

De los apartes anotados, se extraen las siguientes conclusiones:

- 1) El artículo 208, numeral 6, del EOSF fue sustituido por el artículo 45 de la Ley 795 de 2003.
- 2) Antes del ajuste de la Ley 795 de 2003, el EOSF, no establecía término de caducidad de la facultad sancionatoria, por lo que las actuaciones iniciadas antes del año 2003 se regían por el CCA.

Ahora bien, hechas las precisiones, se observa que, la actuación administrativa sancionatoria en contra de la señora Juanita Iragorri López, inició el 7 de abril de 2009, fecha en la cual se profirió el pliego de cargos, visible en el expediente a folios 868 a 1038 c.3 del expediente judicial, momento para el cual, el artículo 208, numeral sexto del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero ya había sido sustituido el artículo 45 de la Ley 795 de 2003, imponiendo un término de caducidad a la facultad sancionatoria, que antes de esta modificación, se regulaba por la norma general, esto es, el Código Contencioso Administrativo.

En tal sentido, y en atención a la jurisprudencia que se anotó, el Despacho establece que la normativa aplicable a efectos de determinar la caducidad de la facultad sancionatoria en el presente asunto es el artículo 208, numeral sexto del EOSF, sustituido por el 45 de la Ley 795 de 2003, y no el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, como lo pretende la demandante.

Sobre el particular, se precisa que, contrario a lo que afirmó la parte demandante en el escrito de demanda, la interpretación que el Consejo de Estado del artículo 38 del CCA, ha decantado a través de su jurisprudencia, corresponde a la tesis según la cual, el término de caducidad se interrumpe al momento en el que la Administración expide y notifica el acto administrativo principal, sin considerar los recursos.

El artículo 208, numeral sexto del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sustituido por el 45 de la Ley 795 de 2003 a la letra dice:

6. Caducidad.

La facultad que tiene la Superintendencia Bancaria para imponer sanciones caducará en tres (3) años contados de la siguiente forma:

- a) En las conductas de ejecución instantánea, desde el día de su consumación;*
- b) En las conductas de ejecución permanente o sucesiva, desde la realización del último acto, y*

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Cuarta. (30 de mayo de 2019). Radicación Número: 25000-23-11-000-2013-00637-01(22026). [CP. Jorge Octavio Ramírez Ramírez]. Actor: BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. Demandada: Superintendencia Financiera de Colombia y Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

c) En las conductas omisivas, desde cuando haya cesado el deber de actuar.

Cuando en una misma actuación administrativa se investiguen varias conductas, la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria se contará independiente para cada una de ellas.

La notificación del acto administrativo sancionatorio correspondiente interrumpirá el término de caducidad de la facultad sancionatoria.

Negrillas fuera del texto original

La señora Juanita Irigorri López, fue sancionada por conductas que ocurrieron entre los meses de octubre de 2007 y noviembre de 2008, siendo así, de ejecución continuada, por lo que a la luz del numeral 6 del artículo 208 del EOSF, efectos de determinar el inicio del término de la caducidad sancionatoria, debe estimarse el último acto constitutivo de sanción.

El Despacho observa que no existe contradicción entre las partes²⁷, respecto al último acto constitutivo de sanción, ya que ambas concuerdan en sus escritos, en afirmar que fue el **20 de noviembre de 2008**, de manera que será el punto de partida a efectos de contabilizar el término de caducidad.

Según se anotó líneas arriba, el Consejo de Estado al resolver el cargo de facultad de la caducidad sancionatoria según lo previsto en el EOSF, determinó que se interrumpe el término de caducidad, con la expedición del acto administrativo principal y su respectiva notificación, ya que la norma no dispone regulación respecto a los recursos.

Entonces, en el asunto objeto de estudio, la Administración desde el **20 de noviembre de 2008**, contaba con tres años para expedir el acto sancionatorio y notificarlo, hasta el **20 de noviembre de 2011**. La Resolución 1271 por medio de la cual se sancionó a la demandante, se profirió el 23 de junio de 2010, y se notificó el 6 de julio²⁸ del mismo año, esto es, en el marco temporal establecido en el numeral 6 del artículo 208 del EOSF, sustituido por el artículo 43 de la Ley 795 de 2003, de manera que no operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria.

Por otro lado, el Despacho desestima la aplicación de la Ley 1437 de 2011 debido a que según el artículo 308, esta normativa comenzó a regir desde el 2 de julio de 2012, y según el citado precepto: (...) *sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia. Los procedimientos y actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.*

En el presente asunto, la actuación administrativa en contra de la demandante

²⁷ La demandada lo enunció en la contestación de la demanda visible a folio 765 c.2. La parte actora lo enunció en el escrito de demanda, visible a folio 442 c.2 lo reiteró en el de alegatos de conclusión, que obra a folio 1519 c.4.

²⁸ Según la constancia de ejecutoria de los actos administrativos demandados proferida por la entidad demandada, visible a folios 609 C.2 y 1389 c.4

inició el 7 de abril de 2009²⁹ con la expedición del pliego de cargos, momento para el cual la Ley 1437 de 2011, no existía, por ende, es imposible su aplicación al caso concreto. Si bien, la misma culminó el 3 de julio de 2012³⁰, al resultar ejecutoriado el acto sancionatorio, un día después de que comenzara a regir la Ley 1437 de 2011, la investigación ya se había cursado según lo dispuesto en el EOSF.

Finalmente, el apoderado dijo que debía aplicarse la Ley 1437 de 2011 al asunto de estudio, ya que resulta ser más favorable para el administrado, premisa que no es de recibo por el Despacho, ya que respecto a este asunto, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han interpretado a través de su jurisprudencia, que los principios del debido proceso, entre los cuales se incluye, el de favorabilidad, no resulta aplicable de igual forma en materia penal que en administrativa, ya que persiguen finalidades diferentes, la primera se dirige a la resocialización del individuo y la segunda a velar por el cumplimiento de los fines del Estado³¹.

En atención a lo expuesto, el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria no está llamado a prosperar.

Analizado el cargo de caducidad de la facultad sancionatoria, el Despacho abordará el de violación del debido proceso, en el que se planteó la transgresión de la garantía de defensa y contradicción, y la proscripción de la responsabilidad objetiva. Así mismo, determinará si los hechos materia de sanción se encuentran plenamente probados.

En este punto es necesario precisar, que pese a que en audiencia inicial No. 096 de 21 de noviembre de 2018³², se formuló en el problema jurídico, como uno de los cargos la desviación de poder, de la revisión del escrito de demanda, no se observa objeción alguna relativa a ese tema, de manera que no se abordará.

4.2.2. Violación al Debido Proceso – transgresión de las garantías de defensa y contradicción – Proscripción de la Responsabilidad Objetiva.

Hechos Plenamente Probados

4.2.2.1: Conflicto de intereses

Respecto al conflicto de intereses, en el despliegue de la investigación, la SFC, determinó que existieron acuerdos previos entre los señores Jairo Bonilla, quién para entonces se desempeñaba como gerente de Pro Bolsa S.A, y Juanita Iragorri, qué laboraba para Serfinco S.A, a fin de trasladar dineros pertenecientes a varias entidades públicas a las arcas de Pro Bolsa S.A, esto se demostró en las conversaciones sostenidas por ellos, el 12 de octubre de 2007, transcritas en el acto sancionatorio (folios 22 a 26 c.1) que reflejaron, una actuación contraria a los intereses públicos, y beneficiosa a los de Pro Bolsa S.A.

²⁹ Visible en el expediente a folios 868 a 1038 c.3 del expediente judicial.

³⁰ Según la constancia de ejecutoria de los actos administrativos demandados proferida por la entidad demandada, visible a folios 609 C.2 y 1389 c.4.

³¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera- Subsección A. (13 de agosto de 2015). Expediente: 25 000 23 41 000-2012-00421- 00. [M.P Claudia Elizabeth Lozzi Moreno]. Actor: Serfinco S.A. Demandada: Superintendencia Financiera de Colombia.

³² Folios 1481 a 1483 c.4 del expediente judicial.

Posterior a la evaluación de varias operaciones financieras, la SFC, concluyó la afectación de las entidades públicas, en las siguientes proporciones³³:

En este orden de ideas, tal como se describió en líneas atrás Serfinco S.A, posiblemente, habría y lijado los intereses de Pro Bolsa S.A, frente los intereses de las entidades públicas, en la medida en que facilitó y permitió que su cliente Probolsa S.A, dispusiera de \$ 13,909.130.232,15 aproximadamente de los recursos públicos de la Gobernación de Nariño, Gobernación del Cauca, municipio de Silvia (Cauca), Incentiva, hoy Infitulúa, Acuavalle E.S.P y hospital Francisco de Paula Santander de Quilichao y \$ 9.141.616.912.55 aproximadamente del municipio de Arauca para un total aproximado de \$ 23.050.747.144.70.

La disposición de los recursos que se dio por parte de Pro Bolsa S.A mi conocimiento, colaboración y participación de control sino se trató de un comportamiento esporádico u ocasional, sino que obedeció a una actuación repetida y constante de la firma comisionista, tendiente a mantener la disponibilidad de los recursos encabeza de Pro Bolsa S.A., pero desconociendo los intereses de las entidades públicas. Ello puede constatarse con el material probatorio en el que constan las permanentes conversaciones telefónicas o vía chat, de personas del front Office en las cuales se ve reflejada la voluntad y el comportamiento de Serfinco S.A tendiente a privilegiar los intereses de Pro Bolsa S.A., antes, durante y con posterioridad a los registros relacionados con la compra y venta de títulos así como con los traslados y giros de cheques, a los cuales se ha hecho referencia en este acápite efectuados por el área del Back Office de Serfinco S.A.

Lo anterior denota como la actuación de Serfinco S.A favoreció los intereses de su cliente Pro Bolsa S.A., en desventaja para las entidades públicas.

De igual modo, en el acto sancionatorio³⁴ se determinó, posterior a la evaluación del material probatorio:

GRAN TOTAL: De los recursos que entregaron las entidades relacionadas en el cuadro, no les ha sido devueltos \$ 47.234.276.909; el saldo en títulos a nombre de ellas en DCV fue de 33.726.100.000 (principales y cupones): la valoración de tales títulos a precios de mercado al 31 de diciembre de 2008 dio como resultado \$20.860.668.019, es decir un faltante total a esa fecha de \$26.373.608.980.

Lo anterior denota que, para el 31 de diciembre de 2008, la disposición parcial de \$26.373.608.980 por parte de Pro Bolsa S.A de los recursos entregados por las entidades públicas, fueron con el conocimiento, colaboración y participación de Serfinco S.A., con lo cual, como se ha dicho, habría posiblemente privilegiado los intereses de Probolsa S.A frente a las de las entidades públicas.

³³ Resolución 1271 de 2012, hoja 20, visible a folio 39 c.1 del expediente judicial.

³⁴ Hoja 22, folio 41 cuaderno 1 del expediente judicial.

De otra parte, se advierte también que la señora IRAGORRI LÓPEZ, posiblemente, al privilegiar los intereses de su cliente Probolsa S.A frente a los intereses de las referidas entidades públicas, se habría beneficiado directamente, tal y como se infiere de las gráficas que sinópticamente permiten conocer los montos y/ o volúmenes mensuales de las comisiones brutas generadas por la señora IRAGORRI LÓPEZ de las compras y ventas definitivas de Probolsa (cuenta básica) y del ingreso de recursos de las entidades a Serfinco, años 2007 y 2008, tal como se demuestra a continuación (se muestran gráficas³⁵):

(...)

Las gráficas en presidencia muestran como la tendencia ascendente que presentan los ingresos de la señora JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, Gerente de Inversión, durante el periodo analizado tienen una correspondencia directa con las operaciones de compra y venta que Serfinco S.A, registro en la cuenta de Pro Bolsa S.A, y con la entrega de recursos públicos a la sociedad Pro Bolsa S.A, por parte de las entidades públicas señaladas anteriormente.

Conclusión:

En suma, con las actuaciones reseñadas, la señora JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, en su calidad de Gerente de Inversión, posiblemente no se abstuvo de obrar en conflicto de intereses, desconociendo su vez el deber de lealtad que le asistía con las entidades públicas, en contravía de lo dispuesto en el numeral 1 del inciso segundo del literal D del artículo 1.1. 1.2 de la Resolución 1200 de 1995, que constituyen infracción de conformidad con lo dispuesto en los literales f, q y x del artículo 50 de la ley 964 de 2005.

Negrillas fuera del texto original

La señora Juanita Iragorri López, que laboraba en Serfinco S.A, participó activamente en el diligenciamiento de formularios, a efectos de que varias entidades públicas se vincularan como clientes, quienes depositaban el dinero en la empresa a través de títulos valores. Así, es claro que la demandante participó activamente para que algunos sectores de la Administración invirtieran en la empresa para la que laboraba y así facilitar los acuerdos que sostenía con el señor Héctor Jairo Bonilla en Pro Bolsa S.A. en palabras de la SFC³⁶:

(...)

Así las cosas, las pruebas a las cuales se ha hecho referencia denotan que la vinculación de los clientes, para el caso de cada una de las entidades públicas facilitaba lo acordado entre Probolsa S.A y la señora JUANITA IRAGORRI LÓPEZ.

(...)

³⁵ Hoja 22 a 23 del acto sancionatorio, visibles a 42 c.1 del expediente judicial.

³⁶ Hoja 72 del acto administrativo sancionatorio, visible a folio 91 c.1 del expediente judicial.

Las conversaciones telefónicas y a través de correos electrónicos, permiten observar que la demandante sostenía un acuerdo con el señor Héctor Jairo Bonilla, quién para la época de los hechos fungía como representante legal de Pro Bolsa S.A, a efectos de manejar los recursos del Estado dispuestos en los títulos valores, realizando operaciones de compra y venta en el mercado de valores que se efectuaron en las siguientes modalidades, según lo descrito en el acto sancionatorio³⁷:

Primera Modalidad (I): Compra de TES PRINCIPAL (SIN CUPONES) por cuenta de la entidad pública.

- *En esta modalidad los recursos para las inversiones de las entidades públicas fueron entregados o girados a Pro bolsa S.A o directamente o girados a Pro bolsa S.A en sus cuentas en la sociedad comisionista de bolsa Serfinco S.A.*
- *Se realizaba una operación de compra de un TES PRINCIPAL (sin cupones) en MEC, a nombre de la entidad pública. pero los recursos para cumplimiento de esta operación eran girados por la sociedad comisionista de bolsa Sertinco S.A. afectando las cuentas de Probolsa S.A. en la comisionista sólo por el valor de giro.*
- *La diferencia entre el valor de giro y el valor nominal del TES PRINCIPAL se quedaba en Probolsa S.A.*
- *La entidad pública era contactada telefónicamente por la investigada, para confirmar la operación de compra del TES principal, sin que se le explicara las características del título como tampoco la diferencia que existía entre el valor nominal del mismo y el valor de giro para su compra a precios de mercado.*

Segunda modalidad (II): transferencia directa a través de los depósitos (en línea) del TES PRINCIPAL de Probolsa S.A. a Entidades públicas.

- *La sociedad comisionista de bolsa Serfinco S.A con la participación de la señora JUANITA IRAGORRI LOPEZ adquiría títulos TES PRINCIPALES para el portafolio de Probolsa S.A. y los trasladaba a través de los depósitos a las entidades públicas. Los valores nominales de los TES PRINCIPALES era coincidente con el valor en pesos entregado por las entidades públicas para la inversión.*
- *Los títulos eran trasladados en el Depósito Central de Valores de la subcuenta de Probolsa S.A. a la subcuenta de las entidades públicas, sin operación de mercado.*
- *El valor de giro o mercado de los títulos previamente adquiridos por la sociedad comisionista de bolsa Serfinco S.A a través de la señora JUANITA IRAGORRI LÓPEZ para Probolsa S.A era inferior a los valores en pesos entregados para la inversión por parte de la entidad pública.*

³⁷ Hoja 89 y 90, contenidos en los folios 108 a 109 del expediente judicial.

Como puede observarse en ambas modalidades los recursos entregados por las entidades públicas para la realización de sus inversiones, si bien coincidían con los valores nominales de los títulos TES adquiridos o trasladados a los portafolios de las entidades públicas, no correspondían a los valores pagados para la inversión.

Ahora bien, las pruebas que soportan la presente actuación demuestran que la diferencia resultante, entre el valor entregado o girado por parte de las entidades públicas y el valor pagado para la inversión en TES Clase B principales, esto es, el costo de los títulos en el mercado quedaba en cabeza de Probolsa S.A. aspecto del cual la señora JUANITA IRAGORRI LOPEZ tenía pleno conocimiento. Es más así lo expresa en su escrito de descargos al señalar: "Sin bien es cierto que el valor nominal de los TES principales era mayor que el valor de giro que efectuada SERFINCO para la adquisición de los títulos, lo cierto es que esto respondía precisamente la operación ofrecida por PROBOLSA a las entidades públicas"

(...)

La omisión del deber de atender al conflicto de intereses, se soporta en el análisis detallado que realizó la SFC de cada una de las operaciones realizadas entre Serfinco S.A, y la señora Irigorri López, en la Gobernación de Nariño³⁸, Municipio de Silvia Cauca³⁹, Gobernación del Cauca⁴⁰, Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E⁴¹, Instituto para el Desarrollo del Centro del Valle del Cauca-Incentiva⁴² (hoy Infitulúa), Acuavalle⁴³, de los que concluyó⁴⁴:

*En este orden de ideas, tal como se describió en líneas atrás la investigada privilegio intereses de Probolsa S.A. frente a los intereses de las entidades públicas, en la medida en que **facilitó y permitió que su cliente Probolsa S.A. dispusiera aprox. \$13.909.130.232,15 de los recursos públicos pertenecientes a la Gobernación de del Cauca, Municipios de Silvia (Cauca), Incentiva, hoy Infitulua, Acuavalle E.S.P y Hospital Francisco de Paula Santander de Quilichao y \$ 9.141.616.912.55 aproximadamente del Municipio de Arauca para un total aproximado de \$23.050.747.144.70.***

Negrillas fuera del texto original.

³⁸ Visible en las hojas 91 a 97 del acto administrativo sancionatorio, contenidos en los folios 110 a 116 del expediente judicial.

³⁹ Visible en las hojas 97 a 98 del acto administrativo sancionatorio, contenidos en los folios 116 a 117 c.1 del expediente judicial.

⁴⁰ Visible en las hojas 98 a 100 del acto administrativo sancionatorio, contenidos en los folios 117 a 119 c.1 del expediente judicial.

⁴¹ Visible en la hoja 101 del acto administrativo sancionatorio, contenido en el folio 120 c.1 del expediente judicial.

⁴² Visible en las hojas 101 a 102 del acto administrativo sancionatorio, contenido en los folios 120 a 121 c.1 del expediente judicial.

⁴³ Visible en las hojas 102 a 104 del acto administrativo sancionatorio, contenido en los folios 121 a 122 c.1 del expediente judicial.

⁴⁴ Visible a hoja 104 del acto sancionatorio, contenido en el folio 123 c.1 del expediente judicial.

En lo que tiene que ver al Municipio de Arauca, la entidad demandada, evaluó diversas operaciones⁴⁵, entre las que se incluye, giros y traslados de dineros, compras en dólares, compras de títulos, efectuadas con los dineros de la entidad que se aportaron en una suma de \$16.000.000.000 a la cuenta de Probolsa S.A, las que fueron reflejadas en el numeral 1.2.7.11 del informe de visita 544 de 5 de marzo de 2009⁴⁶, y concluyó⁴⁷:

(...)

Para el caso del Municipio de Arauca el valor de los recursos que quedaron a disposición de Probolsa del total de los \$16,000,000,000, entregados fue un valor de \$ 9.141.616.912.55 tal como se describe en el siguiente cuadro:

Total de recursos para la inversión	\$16,000,000,000
Valor en \$ de los títulos trasladados	\$ 6,858,383,087.45
TOTAL de recursos a disposición de Probolsa	\$9,141,616,912.55

Así las cosas, para el Despacho no existe duda que Juanita Irigorri López, incurrió en conflicto de intereses al privilegiar con las operaciones a Probolsa S.A, y no a las entidades territoriales que eran sus clientes, actuación contraria a lo dispuesto en la Resolución 1200 de 1995, específicamente, literal d) del artículo 1.1.1.2 y literal b) del artículo 1.1.1.1, conducta que a su vez constituye una infracción del artículo 50, literales f), q) y x) de la Ley 964 de 2005.

4.2.2.2 - Inducción al error

Respecto a este cargo, la entidad en el acto administrativo sancionatorio consideró varias conversaciones telefónicas que sostuvo Juanita Irigorri López, entre funcionarios del Municipio de Silvia y Gobernación del Cauca⁴⁸, quienes expresaron confusión entre lo que se estaba negociando, sin que la demandante aclarara. Actuación que fue estimada por la SFC, en los siguientes términos⁴⁹:

(...)

De esta manera se tiene que la señora JUANITA IRAGORRI LÓPEZ, en principio no omitió conductas que indujeran o provocarían el error en la venta de los títulos, por parte del cliente Cauca, con lo que habría, en principio, desconocido el deber de lealtad y habría conllevado a Serfinco S.A, también incumpliera con dicho deber en su calidad de intermediario de valores.

En suma, con tales actuaciones, frente al municipio de Silvia y la Gobernación del Cauca, la señora JUANITA IRAGORRI LÓPEZ habría desconocido lo dispuesto en el numeral 3 del inciso segundo del literal D del artículo 1.1. 1.2 de la resolución 1200 de 1995 y el artículo 1.5. 3.1 del

⁴⁵ Visible en las hojas 104 a 106 del acto administrativo sancionatorio, contenido en los folios 123 a 125 c.1 del expediente judicial.

⁴⁶ Aportado al expediente judicial por la SFC, visible a folios 775 a 800 c.2, y 801 a 1038 c.3.

⁴⁷ Visible en la hoja 106 del acto administrativo sancionatorio, contenido en el folio 125 c.1 del expediente judicial.

⁴⁸ Transcritas en las hojas 26 a 28 del acto sancionatorio, visibles a folios 45 a 47 c.1 del expediente judicial.

⁴⁹ Folio 48 del expediente judicial.

decreto 1121 de 2008, que constituyen infracción en los términos de los literales f),q) y x) de la ley 964 2005.

(...)

4.2.2.3 Incumplimiento al deber de asesoría

Este deber se radica en el profesional del mercado de valores, representado en este asunto por la demandante, quién se encuentra obligado a asesorar a sus clientes con información detallada, a efectos de que realicen la mejor inversión posible, y se encuentra contenido en el literal e) del artículo 1.1.1.2 de la Resolución 1200 de 1995, la Circular Externa 10 de 1991, artículo 1.5.3.1 del Decreto 1121 de 2008, y que encajan como infracciones en los términos de los literales f,g y x del artículo 50 de la Ley 964 de 2005.

La entidad demandada estableció que Juanita Irigorri López, desconoció tales prerrogativas, en tanto que, pese al poco conocimiento y experiencia de las entidades públicas en el mercado de valores, no recibieron la asesoría que se exige en estos negocios, requerida con mayor exigencia en tratándose de recursos públicos. La SFC, determinó que la demandante incumplió este deber respecto a las siguientes entidades: Municipio de Silvia Cauca, Gobernación del Cauca, Acuavalle E.S.P, Hospital San Francisco de Paula Santander de Quilichao, Incentiva y Gobernación de Nariño, posterior a evaluar las pruebas en el expediente administrativo, tales como grabaciones, chats y declaraciones⁵⁰, que reflejaron que existía confusión y desconocimiento en los funcionarios respecto a las operaciones a realizar en el mercado de valores, respecto de las cuales, no recibieron asesoría clara y precisa por parte de la demandante.

Esta instancia judicial observa que, tal como lo advirtió la demandada, la señora Juanita Irigorri López, no brindó la asesoría, adecuada, que. en calidad de profesional en el mercado de valores, debió impartir a las entidades públicas, teniendo en cuenta el mayor grado de rigurosidad que se exigía por tratarse de dineros públicos.

4.2.2.4 Posible incumplimiento al deber de información

En el acto administrativo sancionatorio, se transcribieron apartes de las declaraciones que rindieron funcionarios y conversaciones telefónicas entre ellos y Juanita Irigorri López⁵¹ de las entidades Gobernación de Nariño, Municipio de Silva- Cauca, Gobernación del Cauca, Hospital Francisco de Paula- Santander de Quilichao, Acuavalle y Arauca, pruebas que reflejaron que la demandante, omitió suministrar archivos, documentos, extractos, en los que se evidenciara los flujos de dinero, y contradijo la verdad al enunciar que en algunas operaciones no cobraban comisiones, dineros que posteriormente fueron descontados.

En virtud de ello, la SFC, concluyó que la demandante infringió el deber contenido en el numeral 2, literal d) del artículo 1.1.1.2 de la Resolución 1200 de 1995, y ejecutó y cohonestó actos que conllevaron al desconocimiento del deber de información, en los términos del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el numeral 1 del artículo 1.5.3.2 del Decreto 1121 de 2008, que

⁵⁰ Contenidas en las hojas 32 a 60 del acto administrativo sancionatorio, visibles a folios 51 a 60 c.1 del expediente judicial.

⁵¹ Hoja 62 a 67, visibles a folios 63 a 68 del c. 1 del expediente judicial.

constituyen infracciones según se dispone en los literales i), n), q) del artículo 50 de la Ley 964 de 2005.

En este punto es necesario precisar, que en la Resolución No. 0958 de 22 de junio de 2010, se analizó el cargo de *non bis in idem* que formuló la demandante en el recurso de apelación, y se determinó⁵²:

(...)

Como se observa, algunos comportamientos de la doctora JUANITA IRAGORRI, más no todos, sirvieron de sustento a varios de los cargos formulados, por lo que igualmente, fueron sancionados más de una vez.

Así, en punto a los cargos segundo, tercero, y cuarto, relativos a la inducción a error y al incumplimiento de los deberes de asesoría e información, se advierte que es posible que una misma conducta encaje en varios tipos normativos, ya que para evitar confusiones en la celebración de negocios y brindar una adecuada asesoría, es necesario que el intermediario suministre a los clientes la información que requieren para la toma de decisiones consientes, por lo que en este aspecto puede configurarse una vulneración a la prohibición del non bis in ídem.

(...)

El anterior cuadro comparativo pone en evidencia que la falta de divulgación de datos relacionados con el tipo de transacciones realizadas y las condiciones financieras de los títulos negociados, v. gr., su valor nominal y de mercado, fueron objeto de reproche en los tres cargos analizados, vulnerándose de esta forma la garantía del non bis in ídem, ya que si bien con estos supuestos fácticos pudieron vulnerarse diferentes normas, lo cierto es que únicamente podían sancionarse una vez, como bien lo expone la apelante.

Es así como, según lo preciso la Corte Constitucional, "...el principio non bis in ídem es una proscripción que se afecta cuando una misma situación fáctica es sometida a un doble juicio o acarrea para el agente doble sanción...", razón por la cual no es posible que frente a un mismo hecho se impongan varias sanciones, como precisamente sucedió en el caso sub examine.

En todo caso, no está de más precisar que la vulneración del principio del non bis in ídem fue parcial, pues en estos cargos, como se analizó en precedencia, no sólo se reprochó la falta de divulgación de las condiciones financieras de los títulos y las operaciones, sino que se cuestionaron otras omisiones.

Así es, las omisiones reprochadas en el segundo cargo (inducción a error) se subsumen completamente en los supuestos del tercer cargo (deber de asesoría). Empero no todos los hechos censurados en el cuarto cargo (deber de información) encajan en el anterior, a saber: i) la falta de información sobre las tarifas o comisiones originadas en la ejecución de las operaciones; ii) la falta de revelación de los riesgos inherentes a los activos

⁵² Folio 1353 c.4 del expediente judicial.

negociados, antes de la realización de las operaciones, y iii) la falta de extractos, informes o cualquier otro documento que reflejara los saldos y movimientos de recursos y títulos de las entidades públicas.

En consecuencia, este Despacho modificará la Resolución apelada, en el sentido de revocar la sanción impuesta con ocasión del segundo cargo, confirmar la correspondiente al tercero y modificar la cuantía de la multa impuesta en relación con el cuarto, reduciéndola de forma proporcional al número de hechos sancionados doble vez, descartándose su revocatoria integral como lo pretende la apelante.

Sobre el punto, es preciso señalar que no todos los hechos cuestionados respecto del deber de asesoría pueden subsumirse dentro de los investigados con ocasión del deber de información y, en particular, dentro de la falta de divulgación de la diferencia entre el valor de mercado y el nominal de las inversiones, pues aspectos tales como la emisión de sugerencias y la asesoría sobre el estado de las inversiones excede este estrecho marco.

Además, no debe pasarse por alto que entre los anteriores deberes existe una diferencia cualitativa que impide que los mismos, aunque pueden relacionarse en un momento dado, sean equiparados. Así, la asesoría se refiere a la emisión de "recomendaciones" o "sugerencias" de inversión, de suerte que el cliente pueda tomar decisiones informadas y considerando los riesgos propios de su actividad y su naturaleza jurídica. Por su parte, el deber de información está relacionado con el suministro de todos los datos necesarios para que el cliente conozca el tipo de negocios que está contratando, los activos sobre los cuales recaen y el comportamiento de su inversión.

Si bien es cierto, la entidad demandada, estimó que la demandante, tenía razón respecto a la vulneración del principio del *non bis in ídem*, únicamente revocó la sanción respecto al segundo cargo, esto es inducción al error, confirmó lo decidido respecto al tercer cargo, relativo a la omisión del deber de asesoría, y modificó la cuantía de la multa, en lo que tiene que ver al cuarto cargo, circunstancia que no implica que las conductas objeto de reproche no se cometieron.

En esa línea, el Despacho observa que los hechos objeto de sanción fueron plenamente probados, sustentados en el informe de visita No. 544 de 5 de marzo de 2009, grabaciones de conversaciones, transcritas en los actos sancionatorios, chats, correos electrónicos, entre otros.

4.2.3. Violación del debido proceso por desconocimiento de la garantía de la defensa y contradicción.

El apoderado de la demandante citó el contenido del artículo 29 de la Constitución Política, y algunos apartes jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional, relativos a las garantías que se desprenden de tal prerrogativa, entre las que se incluye, el ejercicio de la defensa, y la manera en la que debe hacerse efectiva en las actuaciones administrativas.

Precisó que, a la señora Irigorri le fue vulnerado el derecho al debido proceso, ya que se le impidió ejercer la defensa al rendir la declaración de 15 de diciembre de 2008, en razón a que la SFC, impidió el ingreso a la sala al apoderado que la

representaba en ese entonces, al argumentar, sin sustento alguno que la diligencia era de carácter reservado.

- La oposición al cargo por parte de la Superintendencia demandada

Puntualizó que, la diligencia de 15 de diciembre de 2008 se surtió en la etapa previa de investigación, momento en el cual aún no existía imputación de cargos, por ende la demandante no se encontraba incurso en actuación administrativa sancionatoria.

Afirmó que, la señora Iragorri para el 15 de diciembre de 2008, fungía como tercera, motivo por el cual los funcionarios detentaron reserva de la información, que se encuentra sustentada en los artículos 14 del Decreto 1169 de 1980 y 337 del EOSF. Indicó que, la actuación administrativa inició el 7 de abril de 2009, con la emisión del pliego de cargos, fecha en la que adquirió la condición de investigada.

Comentó que, en la diligencia de 2008, se puso de presente a la señora Iragorri, el contenido del artículo 33 constitucional, que establece la prohibición de declarar contra sí mismo, y se le cuestionó si comprendía el objeto de la misma, ante lo que ella respondió de forma afirmativa, motivos por los que estimó, el cargo no prospera.

- Análisis del Despacho

La diligencia que refiere la parte demandante se realizó con ocasión de lo ordenado por el Superintendente Delegado para Intermediarios de Valores y Otros agentes, mediante comunicación 2008062161 de 10 de diciembre de 2008⁵³, en la que se transcribió (fl 10 y 11 c.1 exp. judicial):

(...)

La señora Juanita Iragorri asistió acompañada del doctor Obdulio Muñoz Ramos identificado con la cédula ciudadanía número 19.475.091.de Bogotá D.C. con tarjeta profesional No. 68679. Los funcionarios de la Superintendencia Financiera de Colombia solicitaron a doctor Muñoz Ramos retirarse de la diligencia toda vez que al tratarse de una diligencia de testimonio celebrada en el marco de unas actuaciones que adelanta esta Superintendencia y que en los términos del artículo 14 del Decreto 1169 de 1980 y el literal c) del artículo 337 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dichas actuaciones están sometidas a reserva. El doctor Obdulio Muñoz Ramos solicitó dejar la siguiente constancia: "No entiendo las razones por las cuales se le niega a la declarante estar representada por un abogado cuando como es por todos sabido y como lo establece el Código Contencioso Administrativo lo no plasmado en dicho código se rige por el Código de Procedimiento Civil, normas estas en las cuales existe la posibilidad de que cualquier testigo o declarante pueda comparecer con abogado en defensa de sus derechos e igualmente dichas normas son de orden público y por lo tanto de obligatorio cumplimiento, de ahí que independiente de la reserva sumarial que pueda existir ello no es óbice para que se violen las normas del estatuto procesal, es más en la misma diligencia la doctora Carolina Ramirez Velandia

⁵³ Folios 10 a 19 c.1.

reconoce que no existe norma alguna que impida la comparecencia de un abogado a asistir a una persona para que declare sobre unos hechos determinados cuya investigación está en trámite, por lo cual reitero nuevamente mi solicitud de permitir que la declarante asista con un abogado y me otorgue poder para ello en estas diligencias.." A continuación la doctora Carolina Ramirez Velandia efectúa las siguientes precisiones: "En primer lugar se debe aclarar que no se ha manifestado lo que afirma el doctor Obdulio, lo que se ha puesto de presente es que dentro del procedimiento administrativo especial que rige las actuaciones de esta entidad no existe una norma que regule de manera especial el tema. De igual forma se debe aclarar que la remisión que existe en el Código Contencioso Administrativo aplica para los procesos de Jurisdicción Administrativa y no a las actuaciones administrativas, menos aun, si se rigen por procedimientos especiales. **Igualmente se señala que el rendir testimonio es un deber, no un derecho pues la persona citada como testigo no se encuentra vinculada a una investigación en su contra y la naturaleza de la prueba testimonial que pretende conocer los hechos que le constan al testigo impide que para tal efecto se nombre un apoderado, finalmente se debe reiterar que las actuaciones adelantadas por esta entidad, y en consecuencia esta diligencia, están sometidas a reserva legal de acuerdo con lo ordenado por el artículo 14 del Decreto 110 de 1980 y el literal c) del artículo 337 del EOSE."** En consecuencia, se reitera la solicitud al doctor Obdulio Muñoz Ramos de retirarse de la diligencia. Antes de iniciar la declaración y en aras de garantizar los derechos fundamentales a la declarante, se le pone de presente el contenido del artículo 33 de la Constitución Política que señala lo siguiente: "Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni contra su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil". Se advierte al deponente que el artículo 33 mencionado fue interpretado por la Corte Constitucional en Sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001, en el sentido de indicar que dicha garantía constitucional se extiende hasta el cuarto grado civil. **PREGUNTADO: Sírvase decir a la Superintendencia si entiende el contenido de este artículo. RESPONDIÓ: SI.** SUPERINTENDENCIA. Acto seguido se da lectura del artículo 442 del Código Penal modificado por el artículo 8 de la Ley 890 de 2004. que tipifica el delito de Falso Testimonio, cuyo texto señala: "El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad de juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años". **PREGUNTADO: ¿Señora Juanita Iragori a sabiendas de la responsabilidad que asume con el juramento, jura decir la verdad en cuanto se le pregunte y tenga la obligación de responder? RESPONDIÓ: Sí juro.** **PREGUNTADO: Sírvase indicar su nombre y apellidos, documento de identificación, edad, lugar y fecha de nacimiento, estado civil, grado de educación, profesión u ocupación, cargo actual y empresa donde lo desempeña, dirección y teléfono de residencia, dirección y teléfono de su sitio de trabajo, teléfonos celulares, fax y correo electrónico RESPONDIÓ: Me llamo Juanita Iragorri, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 34.563.628 de Popayán (Cauca), tengo 35 años, nací en Popayán el 23 de mayo de 1973, divorciada, especialización, soy ingeniera industrial, soy Gerente de Inversión en Serfinco S.A., vivo en la Calle 106 No. 23 - 21 teléfono 2145436"en Bogotá, la dirección de la oficina es Carrera 11 No. 82 - 01, y el teléfono es 6514646, y el celular es 3108313728, PREGUNTADO: ¿Conoce**

*usted el motivo de la presente diligencia? RESPONDIÓ: No. SUPERINTENDENCIA: Teniendo en cuenta lo manifestado por el declarante, se informa que la diligencia se efectúa en el marco de algunas **investigaciones** que actualmente se encuentra adelantando esta Superintendencia en relación con Probolsa S.A. y algunas operaciones en las que ha intervenido Serfinco S.A.*

(...)

Negrillas fuera del texto original.

El procedimiento administrativo sancionatorio que adelantó la Superintendencia Financiera de Colombia, antes Superintendencia Bancaria, se tramitó por lo establecido en el artículo 208 del EOSF, del cual se extraen los apartes relevantes para esta actuación a fin de analizar el cargo propuesto:

ARTICULO 208. REGLAS GENERALES.

(...)

4. Procedimiento administrativo sancionatorio.

a) Inicio de la actuación. La actuación administrativa para determinar la comisión de infracciones podrá iniciarse de oficio, por informes recibidos de terceros, mediante la práctica de visitas administrativas de inspección, vigilancia y control, por traslado de otras autoridades, por quejas o informes de personas naturales o jurídicas y, en general, por cualquier otro medio que ofrezca credibilidad;

*b) Actuación administrativa. **Para la determinación de las infracciones administrativas los funcionarios competentes, en la etapa anterior a la formulación de cargos, practicarán las pruebas de acuerdo con las disposiciones que las regulen, respetando siempre los derechos fundamentales.** El trámite posterior se sujetará a lo previsto de manera especial en este artículo y en general en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y, en lo no regulado de manera especial, a lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo.*

(...)

7. Reserva

***Las actuaciones que se surtan dentro de los procesos administrativos sancionatorios que adelante la Superintendencia Bancaria tendrán el carácter de reservadas frente a terceros.** Las sanciones no serán objeto de reserva una vez notificadas, sin perjuicio de lo establecido en el literal d) del numeral 1 del artículo 208 del presente Estatuto en relación con el principio de revelación dirigida.*

A efectos de dilucidar el cargo objeto de estudio, el Despacho transmitirá el contenido del artículo 213 del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta que para el momento de la diligencia, 15 de diciembre de 2008, era la normativa vigente, así:

*ARTÍCULO 213. DEBER DE TESTIMONIAR. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> Toda persona tiene el **deber** de rendir el testimonio que se le pida, excepto en los casos determinados por la ley.*

Negrillas fuera del texto original

El medio de prueba, testimonio, tiene como finalidad que un tercero declare respecto a un hecho.

Ahora bien, según el marco jurídico que se reseñó, el literal b del artículo 208 del EOSF, faculta a la Superintendencia Financiera a adelantar cualquier diligencia tendiente a determinar si se incurrió en una infracción de manera previa a decidir de fondo, procedimiento en el cual, la norma enfatiza que se deberán respetar los derechos fundamentales. Por otro lado, el numeral 7 del mismo artículo, señala expresamente que las actuaciones administrativas sancionatorias adelantadas por la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, están sujetas a reserva frente a terceros.

La diligencia de 15 de diciembre de 2008 en la que la parte demandante alega se vulneró el derecho al debido proceso, la adelantó la SFC, con el fin de conocer los hechos que podrían constituir infracción, según lo previsto en el numeral 4, literal b del artículo 208 del EOSF.

Así las cosas, en ese momento, la demandante, no tenía la calidad de investigada, ya que esta la adquirió el 7 de abril de 2009, momento en el que se profirió el pliego de cargos en su contra (fls 868 a 1038 c.3 del expediente judicial).

En ese orden, la señora Irigorri López al 15 de diciembre de 2008 era una tercera en la investigación que adelantaba la Superintendencia Financiera, motivo por el cual, en virtud del contenido del numeral 7 del artículo 208 del EOSF que pregona la reserva de las actuaciones administrativas sancionatorias a terceros, le prohibió el ingreso a la misma al señor Obdulio Muñoz Ramos, quién para ese entonces fungía como su apoderado. Posterior a ello, la entidad verificó los datos de la señora Irigorri, y le manifestó expresamente si conocía el contenido del artículo 33 constitucional, ante lo cual respondió afirmativamente, aspecto, con el que se cumplió la exigencia prevista en el literal b del numeral 4 del artículo 208 del EOSF, respecto al respeto de las garantías constitucionales.

En segundo lugar, el Despacho aprecia de la revisión de la diligencia en la que rindió el testimonio la señora Irigorri, que se le interrogó sobre los hechos sucedidos en Serfinco S.A y Probolsa S.A, y las entidades territoriales, sin que se observe que se le endilgó conducta alguna en su contra, que requiriera el ejercicio de la defensa técnica por parte de un abogado.

Adicionalmente, debe estimarse que, en el testimonio se le indagó a la demandante, respecto a información relacionada a los dineros que pertenecían en ese entonces a la Nación, y las operaciones que con estos recursos se realizaron en el mercado de valores, datos altamente sensibles, motivo por el cual, el legislador estableció de manera expresa que las actuaciones administrativas sancionatorias que adelantara la Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera, estarían sujetas a reserva legal frente a terceros

ajenos a la investigación.

Por los motivos expuestos, el Despacho evidencia que, contrario a lo que afirmó la parte demandante, la entidad, en el procedimiento que se cuestiona, respetó las garantías constitucionales, y si bien, prohibió el ingreso al señor Obdulio Ramos, esto se justificó en la reserva legal que cubre la información que se cuestionó en ese entonces, por ende, al sentir de esta Operadora Judicial, tal restricción no representó la vulneración del derecho a la defensa y contradicción.

En este punto, el Despacho resalta que el derecho a la **defensa y contradicción** fue garantizado a la demandante, posterior a proferir el pliego de cargos en contra de la señora Juanita Iragorri, esto es, el 7 de abril de 2009, Allí la autoridad administrativa le concedió 30 días a efectos de presentar explicaciones, aportar o solicitar pruebas, según lo regulado en el literal h, numeral 4 del artículo 208 del EOSF, que recorrió mediante escrito identificado con el radicado 2009026604-002-000 de 1 de junio de 2009⁵⁴.

4.2.3.1 Violación del Debido Proceso por la Proscripción de la Responsabilidad Objetiva

La representación judicial de la señora Iragorri López, citó apartes jurisprudenciales emitidos por la Corte Constitucional, relacionados a los principios constitucionales aplicables en materia penal, y estimó que deben extenderse a los ámbitos de derecho administrativo sancionador y disciplinario.

Dijo que, en materia penal uno de los principios más importantes es la proscripción de la responsabilidad objetiva, en virtud del cual, no es posible condenar a una persona sin demostrar que actuó con dolo o culpa, y fue desconocido, en el caso de la señora Iragorri quién fue condenada al pago de una sanción pecuniaria, sin que se demostrara su actuación dolosa, ni que causó daño, y perjuicio alguno.

Adicionó que, la entidad desconoció los principios de las actuaciones penales, que establecen que la conducta debe ser típica, antijurídica y culpable, ya que se sancionó, sin analizar el dolo o culpa en que presuntamente incurrió la investigada.

Agregó que, al momento de imponer la sanción la entidad no respetó el principio constitucional de la buena fe, dado que *“al tener a Probolsa como estructurador de la nota, entendía que los rendimientos provenientes de las inversiones, tenían que quedar en cabeza de dicha sociedad, para que fueran invertidos en el derivado financiero acordado con las diferentes entidades públicas, para lo cual Probolsa podía acudir al intermediario de su preferencia, y no necesariamente a Serfinco S.A.”*⁵⁵.

Expresó que, la entidad no consideró que existía una Resolución que autorizó a Probolsa en el Registro Nacional de Agentes de Mercado de Valores, hecho a partir del cual, la señora Juanita Iragorri, al no ostentar la calidad de abogada, presumió que dicha sociedad se encontraba vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

- La oposición al cargo por parte de la Superintendencia demandada.

⁵⁴ Folios 189 a 293 c.1 y 1213 a 1329 c.4.

⁵⁵ Folio 1524 c.4 del expediente judicial.

Explicó que, la responsabilidad objetiva es aquella en la que resulta indiferente si el transgresor obró dolosa o culposamente, se configura por la causación del resultado, comprendido, como la infracción a un deber funcional.

Precisó que, en el ejercicio de la facultad sancionatoria de la SFC, se deben respetar las garantías constitucionales, y en particular los principios del debido proceso, contenidos en el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo, algunos principios que integran el artículo 29 de la Constitución Política, no tienen el mismo alcance y contenido en materia administrativa, que en penal.

Dijo que, así lo han comprendido la Corte Constitucional y el Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, al reconocer que los principios en materia penal, no se aplican de la misma forma en el despliegue de la facultad sancionatoria, ya que, tienen finalidades distintas. La sanción en materia penal tiene como función prevenir y corregir, mientras que la sanción en materia administrativa, se dirige a lograr el cumplimiento de los fines que el Estado se ha trazado y velar por su correcto funcionamiento.

Por tal motivo, enunció que, en el derecho administrativo sancionatorio al resultar demostrado *el desconocimiento de un precepto legal de obligatoria observancia, es causal suficiente para que proceda la imposición de una sanción por parte de una autoridad administrativa, bajo el entendido de que en el ordenamiento debe estar contemplada la consecuencia aplicable al desconocimiento del respectivo precepto legal, sin que sea necesario que la Administración, como se ha mencionado, entre a demostrar que el responsable de la conducta infractora obra con culpa o dolo*⁵⁶, lo cual no implica el desconocimiento del debido proceso, ya que la imposición de una sanción debe atender un procedimiento previo, que en el asunto, es el contemplado en el EOSF, que fue llevado a cabo en el caso de la señora Iragorri.

Adicionó que, el artículo 208, numeral 4 del EOSF, consagra la responsabilidad objetiva, y que a la señora Iragorri, le fue respetada la garantía al derecho de defensa y contradicción, tal como lo evidencia el auto de pruebas 001 de 8 de septiembre de 2009, que le permitió objetar y agregar las que estimara pertinentes, providencia que no fue por ella recurrida.

Finalmente, enunció que, por los hechos objeto de investigación, se desplegaron acciones de tipo penal en Pasto-Nariño y Popayán- Cauca.

- Análisis del despacho.

El Despacho reitera, lo ya analizado y que se encuentra probado dentro del proceso, en el sentido de que la señora Iragorri López, incurrió en desatención de los deberes atinentes a los conflictos de interés, transgresión de normas relacionadas al deber de asesoría y deber de información, respecto a las entidades públicas que fueron sus clientes, privilegiando los intereses de Probolsa S.A.

En este punto, esta Instancia Judicial acoge la postura, que respecto a la proscripción de la responsabilidad objetiva esbozó el Tribunal Administrativo de

⁵⁶ Folio 771 c.3 del expediente judicial.

Cundinamarca⁵⁷, en la demanda que planteó Serfinco S.A, en la que enunció y citó lo siguiente:

Así mismo, es pertinente destacar que en tratándose del derecho administrativo sancionador, pese a ser parte del derecho punitivo a cargo del Estado, no le son aplicables en su integridad, los principios del derecho penal y disciplinario, contruidos a partir de la culpa y el dolo del agente, en tanto lo que se pretende amparar con la potestad sancionatoria del Estado, es el adecuado cumplimiento de su función para la realización de los fines que le son propios. Esta postura conviene con el criterio de la H. Corte Constitucional que sobre el particular precisa:

“En efecto, reiterada jurisprudencia ha afirmado que si bien tanto la actividad sancionadora en lo administrativo como el proceso penal son expresiones de la facultad punitiva del Estado, y en ambas deben respetarse las garantías del debido proceso, unas y otra persiguen fines diferentes; en especial, esta diferente teleología se ha puesto de presente en relación con la potestad disciplinaria de la Administración como expresión de la facultad administrativa sancionadora; en este Sentido se han vertido los siguientes conceptos:

(...)

“La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.

En el mismo sentido del fallo anterior, la Corte ha destacado que la finalidad de la sanción administrativa es el adecuado funcionamiento de la Administración, objetivo que vendría entonces a ser la diferencia específica que la distinguiría de la sanción penal:

“La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso”.

“La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida

⁵⁷ Adosada al expediente judicial por el apoderado de la SFC, tal como se observa a folios 1390 a 1447 c.4.

de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido”⁵⁸.

En la misma línea el H. Consejo de Estado consideró lo siguiente:

“Al respecto ha sido criterio jurisprudencial de esta jurisdicción el considerar que el ejercicio del poder sancionatorio en cabeza del Estado encuentra su límite propio en el respeto a los principios y garantías que informan el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución.

Ha considerado la Sección, a partir de la naturaleza y finalidades de una y otra disciplina, que en el campo del derecho administrativo sancionatorio por infracciones al derecho financiero, como el que en esta oportunidad ocupa la atención de la Sección, en donde se debaten actos dictados en desarrollo de la facultad sancionatoria que ostenta el Superintendente Bancario, respecto de las actuaciones de las entidades y personas objeto de inspección, vigilancia y control, la aplicación de las garantías y fundamentos propios del derecho penal es restrictiva, en tanto no caben figuras tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad, favorabilidad y otras aplicables en “materia penal”⁵⁹ (subrayado fuera del texto).

De tal manera que el sólo incumplimiento del mandato legal, y la inobservancia de las obligaciones tipifican la conducta en materia del derecho administrativo sancionatorio, y de allí la imposición de la sanción, sin que ello implique que se está ante un régimen de responsabilidad objetiva, que en todo caso en el presente asunto, sí logro demostrarse, puesto que no sólo se probaron la infracción a las normas que tipifican la conducta reprochable, sino que tal desconocimiento se debió a los acuerdos y maniobras desplegados entre SERFINCO S.A. a través de PROBOLSA S.A., incumpliendo con sus deberes como comisionista de bolsa.

El cargo no prospera.

Negrillas fuera del texto original.

De conformidad con el texto jurisprudencial transcrito, queda debidamente ilustrado que en derecho administrativo sancionatorio no resultan aplicables en su integridad los principios de derecho penal, ya que persiguen finalidades distintas. En el presente asunto, se demostró el incumplimiento de los mandatos legales exigibles a la señora Irigorri López, motivo por el cual, la entidad le impuso una sanción.

En segundo lugar, este Despacho no evidencia transgresión al principio constitucional de buena fe, en tanto que si bien, se presume en todas las

⁵⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo (M.P.) (Dr.). H. Corte Constitucional. Sentencia C-506 de 2002. Referencia: expediente D-3852.

⁵⁹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel (M.P.) (Dr.). H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 18 de abril de 2002.

actuaciones de los administrados, la misma es de carácter legal, por lo que admite ser desvirtuada. En palabras de la Corte Constitucional⁶⁰:

*La Corte ha señalado que la buena fe es un principio que de conformidad con el artículo 83 de la Carta Política se presume y conforme con este (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) **ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico administrativas, pero dicha presunción solamente se desvirtúa con los mecanismos consagrados por el ordenamiento jurídico vigente, luego es simplemente legal y por tanto admite prueba en contrario.***

Negrillas fuera del texto original

Si bien, la presunción de buena fe cobijó a la demandante durante la actuación administrativa, la misma fue desvirtuada con las pruebas que componen el expediente administrativo, lo cual no implica, que el principio fue desatendido por la entidad.

Por las razones expuestas, el cargo analizado en precedencia tampoco está llamado a prosperar.

Por es necesario precisar, que pese a que en audiencia inicial No. 096 de 21 de noviembre de 2018 se formuló en el problema jurídico, como uno de los cargos para analizar la desviación de poder, de la revisión del escrito de demanda, no se observa que la demandante haya formulado cargo alguno al respecto, por lo que este tema no será abordado dentro del texto de la presente sentencia.

5. CONCLUSIÓN

Conforme con el estudio que se hizo a cada uno de los cargos y argumentos de la demanda, se concluye que los motivos aducidos en los actos materia de control de legalidad, son adecuados, suficientes y guardan relación con la situación fáctica y con las normas que los fundamentan, sin que se hubiere probado lo contrario por la parte interesada, razones suficientes para desestimar las pretensiones.

6. Condena en costas.

Finalmente, el Despacho no impondrá condena en costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto en el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso⁶¹, pues no encuentra que su conducta en este proceso amerite tal decreto, en tanto, se trató de su ejercicio de acción, sin trámite dilatorio.

Lo anterior, siguiendo la orientación que ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo

⁶⁰ Corte Constitucional, Sala Plena. (3 de diciembre de 2008) Sentencia C- 1194/08. [MP. Dr. Rodrigo Escobar Gil].

⁶¹ “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”.

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN PRIMERA –
Expediente No.: 1100133340012012 0151 00
Sentencia Número 030 - 2020

de Estado⁶², en el sentido que tal condena no es automática en el nuevo ordenamiento procesal administrativo y de lo contencioso administrativo, pues el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, contiene un verbo facultativo – “dispondrá”–. Máxime cuando no existe prueba de la causación de gastos que funden esa condena.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN PRIMERA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la demanda, conforme con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en Costas.

TERCERO: En firme esta sentencia, de mediar solicitud, liquídense los gastos procesales, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

CUARTO: Esta decisión se notifica de conformidad al artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A. (Ley 1437 de 2011).

QUINTO: Por cumplir los requisitos de que trata el artículo 76 del C.G.P, se acepta la renuncia de poder que presentó Juan Carlos Expósito Vélez, identificado con la cédula de ciudadanía 73.133.880 y la T.P No. 60810 del C.S.J.

SEXTO: Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada de la parte demandante a Carolina Rodríguez Ruíz, identificada con la cédula de ciudadanía No.1010196602 y la tarjeta profesional No. 286120, en los términos y para los efectos del poder obrante a folio 1530 C.4 del expediente.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUZ MYRIAM ESPEJO RODRÍGUEZ

Jueza

Firmado Por:

LUZ MYRIAM ESPEJO RODRIGUEZ

⁶² Ver Sentencias del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B”, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, del 27 de agosto de 2015, radicado 250002342000201301936-01 NI. 2806-14; del 02 de abril de 2016, Subsección “A”, C.P. William Hernández Gómez, radicado 13001233300020130002201 NI 1291-14 y del la Subsección “B”, del 27 de enero de 2017, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, radicado 15001-23-33-000-2013-000872-01 NI 2462-14

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO DE BOGOTÁ – SECCIÓN PRIMERA –
Expediente No.: 1100133340012012 0151 00
Sentencia Número 030 - 2020

JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 001 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO BOGOTA-CUNDINAMARCA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
b5454e832c2607dcf9cd198844e2ed3664b83f1949613a25ae9982b341a306b9
Documento generado en 25/06/2020 02:27:58 PM