

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN CUARTA**

Consejera Ponente: STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-24-000-2010-00642-02 [20718]
Demandante: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.
Demandado: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
Temas: Sanción administrativa - Principio de Favorabilidad -
Debido Proceso

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia del 30 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "C", en Descongestión, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

El 20 de junio de 2007, la Superintendente Delegada para Supervisión de Riesgos de Mercado e Integridad de la Superintendencia Financiera, profirió pliego de cargos contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir. S.A.¹ Señaló que los hechos consignados en el pliego podrían constituir transgresiones a disposiciones del mercado de valores "con ocasión de las operaciones de compra y venta objeto de glosa que el

¹ Fis. 2 a 39 c.a. 2.

Despacho estima, en principio, fueron preacordadas, en los términos contemplados en la norma que se endilga como violada, vigente para la época de los hechos objeto de investigación, Artículo 4.1.1.1. de la Resolución 1200 de 1995², así como por la posible infracción del literal B) i y v del artículo 50 de la Ley 964 de 2005, por conductas relacionadas con la afectación de la libre formación de precios y la libre concurrencia en el mercado de valores.

El 14 de agosto de 2007, el apoderado de la sociedad presentó escrito de explicaciones frente al pliego de cargos³.

El 19 de septiembre de 2008, la Superintendente Delegada para la Supervisión de Riesgos de Mercados e Integridad de la Superintendencia Financiera expidió la Resolución 1508⁴, mediante la cual impuso a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., sanción pecuniaria de \$312.000.000 por desconocimiento de lo señalado en el numeral 1 del artículo 4.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995 expedida por la Superintendencia de Valores, adicionado por el artículo 3° de la Resolución 127 de 2002 y modificado por el artículo 3 de la Resolución 157 de 2002; y se abstuvo de sancionar por la aducida vulneración del literal B) i y v del artículo 50 de la Ley 964 de 2005.

El 30 de abril de 2010, mediante Resolución 910⁵, el Superintendente Financiero⁵ resolvió el recurso de apelación, en el sentido de modificar el artículo primero de la Resolución 1508, para reducir la sanción a \$210.600.000. A folio 231 del c.a. 2 obra comunicación del Coordinador del Grupo de Contabilidad de la Superintendencia Financiera, en cuanto al pago de la sanción impuesta efectuado por PORVENIR S.A. el 17 de junio de 2010, por valor de \$212.517.535.

² Fls. 40 a 74 c.a.2

³ Fls. 104 a 167 c.a.2 - Notificada el 8 de octubre de 2008 (fl. 170 c.a.2), como lo reitera la actora en el memorial de apelación (fl. 113 c.a.1), interpuesto contra el acto sancionatorio

⁴ Fls. 174 a 219 c.a.2

⁵⁵ Mediante el Decreto 4327 del 25 de noviembre de 2005, la Superintendencia Bancaria de Colombia se fusionó con la Superintendencia de Valores.

DEMANDA

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del CCA, solicitó la nulidad de las Resoluciones 1508 del 19 de septiembre de 2008 y 910 del 30 de abril de 2010.

Como consecuencia de la declaratoria anterior, solicitó que se le restableciera en su derecho, ordenándole a la Superintendencia Financiera el reintegro de la multa pagada en la suma de \$212.517.535, debidamente actualizada mediante la aplicación del índice de precios al consumidor (IPC), con el interés bancario corriente desde el 17 de junio de 2010 hasta la fecha que se realice la devolución, sin perjuicio del pago de intereses de mora conforme con el artículo 177 del CCA.

Como pretensión subsidiaria, «solicitó reducir la sanción, sin tener en cuenta las operaciones 508082927059 SEN, 508082927060 SEN y 508082927063 SEN, dado que respecto de las mismas operó la caducidad. Señaló que para efectos de la graduación de la sanción solo se podrá considerar el primer cargo imputado, consistente en el preacuerdo de las operaciones y no lo atinente a la afectación de la libre formación de los precios en el mercado de valores y obstaculización de la libre competencia al mercado».

La demandante invocó como normas violadas las siguientes:

- Artículos 29 y 33 de la Constitución Política
- Artículo 208 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Como concepto de violación expuso, en síntesis, lo siguiente:

Señaló que se inobservaron las garantías mínimas en materia probatoria, al omitirse practicar la prueba de recopilación de la costumbre, a cuyo efecto se debía oficiar a la Cámara de Comercio de Bogotá, para que, con fundamento en el artículo 86 del Código de Comercio, certificara si en Bogotá es o no costumbre mercantil que los *traders* de las mesas de dinero, no puedan dialogar sobre todas o algunas de las condiciones de las operaciones que posteriormente llevan a los sistemas transaccionales de la Bolsa de Valores.

Al efecto, adujo que la Superintendencia atribuyó la infracción de "sanos usos y prácticas del mercado de valores", sin acreditar la existencia de dichos usos y prácticas presuntamente vulnerados.

Precisó que las grabaciones magnetofónicas fundamento de la sanción son documentos propios de PORVENIR, que no pueden ser utilizadas en su contra. Alegó que, en consecuencia, «dicha prueba adolece de nulidad constitucional, porque la Superintendencia requirió a los funcionarios de PORVENIR para que reconocieran su voz en las grabaciones, aunque no les haya exigido confesar el hecho de que las mismas tratan».

Señaló que el artículo 4.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995 no está protegiendo el cumplimiento de una costumbre existente entre los actores del mercado, sino corresponde a la imposición de requisitos ajenos a la práctica preexistente a la expedición de la misma, por parte de quienes participan del mercado.

Indicó que se viola el principio de legalidad, por carecer de fundamento legal la norma con base en la cual se estructura la sanción. Aseveró que el citado artículo 4.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995 no tiene fuerza de Ley y la Superintendencia no está facultada para sancionar a PORVENIR.

Alegó ruptura del principio de unidad procesal, porque se debió correr traslado de forma simultánea a las diferentes entidades crediticias y comisionistas de bolsa que hacían parte de la Investigación.

Anotó que, en la aplicación de las sanciones administrativas, la Superintendencia debe aplicar el principio de proporcionalidad, en los términos del literal b) del artículo 208 del E.O.S.F., por lo cual debe graduar objetivamente todas las sanciones:

Precisó que respecto de varias operaciones por las que se sancionó a la sociedad había caducado la facultad sancionatoria, en los términos del numeral sexto del artículo 208 del E.O.S.F. Agregó que en la Resolución 910 del 30 de abril de 2010, la Superintendencia aceptó la caducidad respecto de trece (13) de operaciones, pero mantuvo su criterio inicial respecto de cuatro (4) operaciones realizadas el 8 de agosto de 2005.

Afirmó que la Superintendencia no podía tener en cuenta los cargos relacionados con la afectación de la libre formación de los precios en el mercado y la obstaculización de la libre concurrencia del mercado, para imponer la sanción, porque fueron archivados por improcedencia fáctica y jurídica.

Alegó la inexistencia de la conducta endilgada, ya que no se trata de operaciones preacordadas, puesto que las operaciones tuvieron tiempo suficiente de exposición al mercado, lo que permitía a cualquier inversionista intervenir en la operación, como se desprende de las conversaciones que transcribe, aspecto que apareja falsa motivación.

Con fundamento en el artículo 29 de la Constitución, solicitó la aplicación del **principio de favorabilidad**, debido a que conforme con el Decreto 1802 de 2007, relativo al nuevo régimen de las denominadas operaciones preacordadas, la conducta sancionada «es lícita y permitida».

Al efecto, indicó que a la luz del citado decreto no se pretermiten las regulaciones sobre transparencia y libre concurrencia en el mercado cuando las partes acuden a un módulo de negociación en el cual las posturas u ofertas de compra y de venta correspondientes al acuerdo previo sean expuestas durante un periodo de tiempo mínimo, en el que los demás participantes puedan interferir haciendo posturas.

OPOSICIÓN

Se advierte que pese a que la Superintendencia Financiera contestó la demanda, en el auto de pruebas del 18 de agosto de 2011 se tuvo por no contestada porque se aportó un poder que no correspondía a la radicación de este proceso. Dicha providencia fue recurrida y confirmada. Al alegar de conclusión en primera instancia, la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda y reiteró los argumentos aducidos en el memorial de contestación.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección "C", en Descongestión, negó las pretensiones de la demanda y la condena en costas, por las razones que se resumen a continuación:

Consideró que se observó el debido proceso de la sociedad, toda vez que presentó los descargos pertinentes y la administración ordenó la práctica de las pruebas solicitadas, entre ellas la certificación de la Cámara de Comercio. Adujo que si bien la Cámara de Comercio manifestó la

imposibilidad de certificar debido a la ausencia de recopilación consuetudinaria sobre la práctica mercantil, no significa que se hubiese desconocido el derecho constitucional.

Precisó que la Circular 088 de 2000 dispuso el «registro de la totalidad de las operaciones de las empresas sujetas a control financiero» y tal exigencia no genera la imposibilidad de usar esos documentos dentro del marco de una «investigación comercial», porque «ingresaron al plenario bajo el apego de los parámetros constitucionales». Al respecto, indicó que previo a las declaraciones de reconocimiento de voz, los indagados manifestaron que lo hacían de manera voluntaria, esto es, sin coacción.

Explicó que la Superintendencia de Valores tenía la atribución de regular lo concerniente a la protección de los sanos usos y prácticas en el mercado y al comprobar el desconocimiento del citado artículo 4.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995 era procedente la sanción. Afirmó que la actora debía ejercer una continua supervisión frente a las condiciones en las que sus empleados desarrollaban las operaciones, sin que se pudieran establecer acuerdos sobre el precio, tasa, valor nominal y transado, o la especificación del número de la operación.

Dijo que la figura de la divisibilidad es adecuada y la misma permite a la administración adelantar de manera separada las actuaciones, bajo la formulación individualizada de cargos.

Desestimó el fundamento de la inclusión de conductas sobre las cuales había operado la caducidad, por cuanto tal circunstancia fue corregida y subsanada de manera oportuna por la demandada.

Concluyó que la derogatoria posterior de las normas que sirven de fundamento al acto sancionatorio no conduce a la inexistencia de la conducta infractora, ni a quedar por fuera del ordenamiento jurídico,

teniendo en cuenta que la regulación que rige una situación jurídica «es la vigente al momento de las situaciones fácticas que se analizan», para el caso, la Resolución 1200 de 1995.

Con fundamento en el artículo 177 del CCA (modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) se abstuvo de condenar en costas, porque la conducta de la parte actora no fue de mala fe, maliciosa ni con abuso del derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, inconforme con la decisión de primera instancia, interpuso recurso de apelación, con fundamento en lo siguiente:

Como cuestión preliminar señaló que el Tribunal no se pronunció sobre el no ejercicio del derecho de contradicción por parte de la Superintendencia Financiera, al no contestar la demanda. Adujo que no se apreció el indicio en contra de la demandada⁶, ausencia de valoración de la conducta procesal de la Superintendencia que, de haber sido observada, hubiera influido en la decisión final, con la vocación de prosperidad de las peticiones de la demanda, pues la actuación procesal de la entidad no desvirtuó los hechos de la demanda.

Afirmó no compartir lo aducido por el Tribunal frente a la no violación el debido proceso pues, en su criterio, la prueba de la certificación de costumbre mercantil sobre operaciones preacordadas no se practicó efectivamente. Expresó que la prueba se decretó, pero la respuesta fue una mera formalidad, que cercenó el espíritu de la misma, en torno a establecer la existencia o no de tal costumbre.

⁶ Aludió a los arts. 144 del CCA y 95 del CPC, así como a la sentencia del Consejo de Estado de 27 de mayo de 2010, Exp. 17324..

Agregó que la Superintendencia no probó la existencia de la práctica cuyo incumplimiento constituye la supuesta "Infracción", y «de hecho no se podía hacer, toda vez que dialogar sobre las operaciones y algunos de sus elementos constituye una práctica común al mercado».

Manifestó disentir de las apreciaciones del Tribunal sobre las grabaciones que fueron utilizadas como prueba, ya que se vulneró el derecho a la no autoincriminación y el debido proceso, al exigir a la sociedad recaudar unas grabaciones con un propósito de supervisión prudencial, para luego, sin sustento legal, utilizar dichos documentos -de índole privada y naturaleza comercial- con una finalidad probatoria e imponer una sanción en su contra. Sostuvo que el reconocimiento de las grabaciones, no es oponible a Porvenir, porque la sociedad nunca las reconoció.

Aseguró que la sentencia impugnada no tuvo en cuenta que la Resolución 1200 de 1995 carece de fundamento legal, por lo que la Superintendencia no tenía facultades para imponer la sanción. Afirmó que el régimen vigente para la época de los hechos, autorizaba al Superintendente para disponer medidas de carácter general en orden a proteger los sanos usos y prácticas en el mercado de valores, pero no para imponer tales usos y prácticas.

Anotó que el artículo 4.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995 desborda el alcance de lo establecido el literal c) del artículo 211 del EOSF, pues la competencia sancionatoria de la Superintendencia está referida a «conductas reprimibles que constituyan infracción a la ley» a fin de preservar el principio de legalidad.

Insistió en que al no estar establecida la tipicidad de la infracción de sanos usos y prácticas del mercado de valores por no estar acreditada la existencia de los mismos, surge palmaria la nulidad de los actos acusados.

Expresó vulneración del debido proceso por el rompimiento de la unidad procesal, ante el fraccionamiento de la investigación, sin justificación, respecto de Porvenir y los comisionistas de bolsa.

Alegó indebida tasación de la sanción, por cuanto si bien la Superintendencia aceptó la caducidad en relación con trece operaciones, mantuvo su criterio respecto de cuatro operaciones realizadas el 8 de agosto de 2005, frente a las cuales, para el 19 de septiembre de 2008 (fecha del acto sancionatorio), ya habían transcurrido tres años desde la fecha de la presunta conducta ilícita y por lo tanto, la entidad actuó sin competencia. También adujo indebida graduación de la sanción, porque las conductas reprochadas no afectaron la libre concurrencia ni la libre formación de precios.

Enfatizó en la aplicación del **principio de favorabilidad**, teniendo en cuenta que la nueva regulación contenida en el Decreto 1802 de 2007 sobre «operaciones preacordadas» dispone que no se considera que se obstaculiza la libre concurrencia al mercado cuando las partes han acordado previamente los elementos esenciales de una operación sobre valores y la misma se lleva a un módulo de negociación, en el que los demás participantes pueden interferir haciendo posturas. Destacó que frente a las operaciones por las cuales se sancionó a la actora en el año 2008, se cumplió con un tiempo mínimo de exposición, que permitía a los demás participantes del sistema interferir en la operación haciendo posturas, esto es, una conducta lícita y permitida por el referido Decreto 1802 de 2007.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La actora manifestó que reiteraba los argumentos del recurso de apelación.

La demandada señaló que el recurso de apelación interpuesto por la demandante no está debidamente sustentado pues, a su juicio, tal requisito no puede ser una simple reiteración de los argumentos planteados en la demanda, sino la expresión de las razones por las cuales disiente del fallo.

Precisó que la Superintendencia sí contestó la demanda, pero el *a quo* consideró que el apoderado judicial no tenía derecho de postulación y decidió tener como no contestada la demanda, lo que no se puede tomar como un indicio grave en contra de la demandada.

Manifestó que la no efectividad en el medio probatorio solicitado no puede ser atribuida a la entidad que ordenó su práctica. Se respetó el debido proceso, se ordenó la práctica de la prueba y se puso a disposición del accionante el acervo probatorio.

Consideró que no se vulneró el principio de no autoincriminación, porque las declaraciones de reconocimiento de voz fueron realizadas de acuerdo con los mandatos constitucionales vigentes, conforme con los cuales la entidad solicitó copia de las grabaciones telefónicas de las operaciones.

Aseguró que la facultad sancionatoria de la Superintendencia se encuentra reconocida por la ley y por la jurisprudencia. Anotó que la demandante jamás negó la materialización de los hechos que sustentan las conductas que fundamentan los cargos.

Señaló que por regla general el procedimiento administrativo sancionatorio es divisible, siendo excepcional el traslado conjunto de los pliegos de cargos.

Adujo que la demandante no logra probar la ocurrencia de la supuesta caducidad de la facultad sancionatoria, para alegar la indebida tasación de

la sanción. Destacó que la Superintendencia conservó su competencia sancionatoria y respecto de las mencionadas operaciones ejecutadas el 8 de agosto de 2005 señaló que no había operado la alegada caducidad, en virtud de la suspensión decretada para la práctica de pruebas en el Auto N° 1 del 29 de abril de 2008.

Concluyó que la Superintendencia no se encuentra facultada para aplicar el principio de favorabilidad en materia administrativa sancionatoria. Expresó que no era aplicable al caso la regulación sobre sanos usos y prácticas, contenida en el Decreto 1802 de 2007, por cuanto esa disposición no existía para el momento de los hechos censurados.

El Ministerio Público no se pronunció.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala decide sobre la legalidad de los actos por los cuales la Superintendencia Financiera impuso a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sanción pecuniaria por desconocimiento de lo señalado en el numeral 1 del artículo 4.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995.

Concretamente se discute (i) si el recurso de apelación interpuesto por la parte actora está debidamente sustentado, (ii) el efecto de haberse tenido por no contestada la demanda, (iii) si en el caso operó la caducidad de la facultad sancionatoria y, si no ocurrió, (iv) las aducidas vulneraciones al debido proceso (*relacionadas con la prueba de la certificación de la costumbre mercantil sobre operaciones preacordadas, la utilización de grabaciones de índole privada y el rompimiento de la unidad procesal*), la falta de tipicidad de la infracción de sanos usos y prácticas del mercado de valores y la tasación y graduación de la sanción, teniendo en cuenta que la actora y apelante solicitó la aplicación del principio de favorabilidad.

En el alegato de conclusión, la parte demandada manifestó que el recurso de apelación no estaba debidamente sustentado pues, en su entender, tal requisito no puede ser una reiteración de los argumentos de la demanda y, por lo mismo, tal recurso no debe prosperar.

Al respecto, la Sala reitera que el legislador⁷ sometió el requisito de sustentación del recurso de apelación «a un contenido de suficiencia que asoció exclusivamente a la concreción de las razones de Inconformidad del apelante respecto de la providencia objeto del recurso».

En ese orden, la Sección ha expresado que «no existe una fórmula sacramental, basta que el apelante controvierta la sentencia con argumentos que apunten a desvirtuarla total o parcialmente y sirvan de marco al juez de segunda instancia para llevar a cabo la función revisora»⁸.

En el caso, contrario a lo afirmado por la demandada, se advierte que la sociedad apelante expuso las razones por las cuales no compartía los motivos de desestimación de los cargos expuestos por el *a quo*, que se concretaron en la vulneración del debido proceso, la falta de tipicidad de la infracción de sanos usos y prácticas del mercado de valores, la falta de la tasación y graduación de la sanción, así como la aplicación del principio de favorabilidad, aspectos que a su vez fueron el fundamento de la demanda, que constituye «el marco dentro del cual el juez en su sentencia debe pronunciarse para decidir la controversia, en aplicación del principio de congruencia⁹ y en virtud del debido proceso y del principio de lealtad entre las partes»¹⁰.

⁷ Artículo 212 del CCA (Art. 247 del CPACA)

⁸ Sentencia de 29 de junio de 2017, Exp. 20838, C.P. Dr. Jorge Óctavio Ramírez Ramírez.

⁹ Artículos 305 del CPC y 170 del CCA.

¹⁰ Cfr. Sentencia del 27 de septiembre de 2012, Exp. 17835, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

Por tanto, se considera que la sustentación del recurso de apelación resulta suficiente para emitir un pronunciamiento sobre la sentencia de primera instancia.

De otro lado, como el *a quo* tuvo por no contestada la demanda, la sociedad apelante estima que no se apreció el indicio en contra de la entidad demandada, por lo que la ausencia de valoración de la conducta procesal de la Superintendencia hubiera influido en la decisión final, con la vocación de prosperidad de las peticiones de la demanda.

Al respecto se observa que pese a que la Superintendencia Financiera contestó la demanda, en el auto de pruebas de 18 de agosto de 2011 se tuvo por no contestada, porque se aportó un poder que no correspondía a la radicación de este proceso. Dicha providencia fue recurrida y confirmada.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta lo previsto en los artículos 144 del CCA y 95 del CPC, aplicable en virtud del artículo 267 del CCA, se reitera que «la falta de contestación de la demanda o de oposición a las pretensiones, puede ser apreciada por el juez, solo como indicio grave, no como allanamiento a las pretensiones»¹¹.

Igualmente se advierte que en el proceso que dio lugar a la sentencia reiterada (*que por lo demás también fue invocada por la apelante*), el municipio demandado no actuó en el proceso, en contraste con el caso que se analiza, en el cual la entidad demandada incurrió en una equivocación involuntaria al aportar un poder que no correspondía, pero intervino a lo largo del proceso.

¹¹ Sentencia de 27 de mayo de 2010, Exp. 17324, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. En dicha providencia se destacó, con base en los arts. 93 y 94 del CPC, que la falta de intervención del municipio demandado no puede entenderse como allanamiento a las pretensiones, pues es ineficaz, por tratarse de una "entidad pública" y por no reunir los demás requisitos exigidos.

En cuanto a la alegada caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia, no se encuentra que la misma haya operado.

En efecto, frente a las operaciones mencionadas en la apelación, esto es, las realizadas el 8 de agosto de 2005, se advierte que la entidad demandada actuó con competencia al notificar el acto sancionatorio el 8 de octubre de 2008, teniendo en cuenta que el término de los tres (3) años previsto en el numeral 6 del artículo 208 del EOSF (*sustituido por el art. 45 de la Ley 795 de 2003*) se suspendió por dos (2) meses¹², con ocasión del Auto N° 1 de 29 de abril de 2008¹³, por el cual se decretaron las pruebas solicitadas por Porvenir S.A.

Sería del caso analizar las aducidas vulneraciones al debido proceso (*relacionadas con la prueba de la certificación de la costumbre mercantil sobre operaciones preacordadas, la utilización de grabaciones de índole privada y el rompimiento de la unidad procesal*), la falta de tipicidad de la infracción de sanos usos y prácticas del mercado de valores y la tasación y graduación de la sanción. No obstante, de prosperar la aplicación del "principio de favorabilidad", se haría innecesario el análisis de los demás cargos, por lo que se procede al estudio del mismo.

Principio de favorabilidad

El *a quo* señaló que la derogatoria posterior de las normas que sirven de fundamento al acto administrativo no conduce a la inexistencia de la conducta infractora, ni a que deba quedar por fuera del ordenamiento jurídico, pues la regulación que rige una situación jurídica «es la vigente al momento de las situaciones fácticas que se analizan»¹⁴.

¹² Auto de pruebas (Fl. 102) - EOSF art. 208, num. 4, lit, m), el cual dispone: «Suspensión de términos. El término previsto para expedir y notificar la resolución que ponga fin a la actuación se suspenderá en los siguientes casos: (...) 2. Por el período probatorio de que trata el literal i) de este numeral, caso en el cual la suspensión se contará a partir de la ejecutoria del acto que resuelva sobre las pruebas en la actuación, y por el término que se señale para la práctica de las mismas;»

¹³ Aportado por la sociedad actora con la demanda (fis. 23 y 24) y que obra a folios 98 a 102 c.a.2

¹⁴ Para el caso, la Resolución 1200 de 1995.

La apelante adujo ausencia de tipicidad de la conducta sancionada, teniendo en cuenta que la nueva regulación contenida en el Decreto 1802 de 2007, sobre «operaciones preacordadas» dispone que no se considera que se obstaculiza la libre concurrencia al mercado cuando las partes han acordado previamente los elementos esenciales de una operación sobre valores y la misma se lleva a un módulo de negociación, en el que los demás participantes pueden interferir haciendo posturas.

Y destacó que frente a las operaciones por la cuales se sancionó a la actora en el año 2008, se cumplió con un tiempo mínimo de exposición, que permitía a los demás participantes del sistema interferir en la operación haciendo posturas, esto es, una conducta lícita y permitida por el referido Decreto 1802 de 2007.

En ese escenario, la Sala debe establecer si la demandante debía ser sancionada al tenor numeral 1 del artículo 4.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995, norma vigente al momento de ocurrencia de los hechos o, en virtud del principio de favorabilidad, aplicar el Decreto 1802 de 2007, que determinó un nuevo régimen sobre las denominadas operaciones preacordadas y no tipificó la infracción por la que se sancionó a la sociedad.

En relación con este aspecto, la Sala¹⁵ ha dicho que el principio de favorabilidad, por mandato constitucional, se aplica a toda clase de actuaciones administrativas y judiciales¹⁶, como expresión de una mínima garantía del debido proceso a que tiene derecho cualquier persona.

En las referidas sentencias se aludió a lo precisado en torno a la materia por la Corte Constitucional, en cuanto a que «las contravenciones administrativas cometidas en vigencia de la normativa anterior, pueden

¹⁵ Cfr. Sentencias del 3 de diciembre de 2009, **Exp. 15392**, C.P. Dr. Héctor J. Romero Díaz y del 2 de agosto de 2012, **Exp. 17439**, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia.

¹⁶ Artículo 29 de la Constitución Política.

ser sancionadas conforme a normas posteriores, siempre y cuando sean más favorables. En dicha providencia, la Corte expresó que¹⁷:

*"El principio de legalidad de las sanciones indica de un lado que corresponde al legislador crear, modificar o suprimir los tipos penales y establecer, modificar o suprimir sanciones. De otro significa también que dicho señalamiento debe ser anterior al hecho que se pretende sancionar. **No obstante, este último alcance del principio de legalidad de las sanciones no es absoluto, pues una persona puede resultar sancionada conforme a una ley que no estaba vigente al momento de cometer el delito o la falta, siempre y cuando sea más favorable que la que tenía vigencia en el momento en que se infringió la ley.**" (Se destaca)*

Así, en las mencionadas providencias, la Sala aplicó las normas posteriores más favorables, en desarrollo y observancia del principio de favorabilidad, como expresión del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, que rige toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

En el caso, el principio de favorabilidad se concreta en la aplicación de la norma posterior, que le resulta más favorable a la sociedad actora.

En efecto, según la normatividad aplicada por la Superintendencia, vigente en el momento de los hechos objeto de reproche¹⁸ (num. 1 del art. 4.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995), la realización de operaciones preacordadas constituía conducta contraria a los sanos usos y prácticas del mercado de valores.

Sin embargo, con posterioridad fue expedido el Decreto 1802 de 23 de mayo de 2007¹⁹, conforme con el cual, no se considera que se obstaculiza la libre concurrencia al mercado cuando las partes han acordado

¹⁷ Sentencia C-922 de 2001. En la cual se resolvió: "Declarar EXEQUIBLE el artículo 2º del Decreto 1074 de 1999, condicionado a que su aplicación se restrinja a las normas procedimentales que regulan los juicios de responsabilidad cambiaria, o que respecto de las normas sustanciales, se condicione su aplicación a que las infracciones del Régimen Sancionatorio Cambiario, cometidas bajo la vigencia del Decreto 1092 de 1996, sean sancionadas conforme a la norma más favorable, háyanse o no formulado cargos".

¹⁸ Junio a Septiembre de 2005.

¹⁹ Vigente para la época en que fueron proferidos el pliego de cargos y las resoluciones sancionatoria y su confirmatoria.

previamente los elementos esenciales de una operación sobre valores y la misma se lleva a un módulo de negociación, en el que los demás participantes pueden interferir haciendo posturas²⁰.

En este orden de ideas, es claro que la norma posterior contenida en el artículo 1 del Decreto 1802 de 2007, en el marco de la libre concurrencia y participación en el mercado, no considera que se obstaculicen tales presupuestos, ni que por ende sea sancionable la celebración de acuerdos previos a las operaciones de valores, que sean expuestas durante un tiempo mínimo en el cual los participantes puedan interferir haciendo posturas, como en efecto ocurrió en el caso respecto de las operaciones reprochadas, como lo afirmó la actora y no lo cuestionó la demandada.

Lo anterior, por lo demás fue enfatizado con lo prevenido en el Decreto 1121 de 2008²¹, según el cual *"no se considera que se afecte la libre concurrencia y la interferencia de otros, cuando los participantes en los sistemas de negociación de valores de renta fija, de forma previa a la celebración de una operación sobre valores, compartan información relativa a los elementos de la misma"*.

Con fundamento en lo aducido, la Sala, como expresión del **debido proceso** y en desarrollo del **principio de favorabilidad**, aplica al caso la norma posterior, más favorable, contenida en el artículo 1 del Decreto 1802 de 2007²².

²⁰ **DECRETO 1802 DE 2007 - ARTÍCULO 1. LIBRE CONCURRENCIA EN EL MERCADO DE RENTA FIJA.** En el mercado de renta fija se considera que se obstaculiza la libre concurrencia y la interferencia de otros participantes, si se acuerdan previamente los elementos esenciales de una operación sobre valores, cuando la misma se celebre a través de un sistema de negociación. En todo caso, no se considera que se obstaculice la libre concurrencia y la interferencia de otros participantes, cuando la respectiva operación sobre valores se realice a través de un módulo de negociación en el cual, tanto la postura u oferta de compra como la postura u oferta de venta correspondientes al acuerdo previo, sean expuestas durante un período de tiempo mínimo en el cual los demás participantes del sistema de negociación pueden interferir haciendo posturas, y siempre y cuando la adjudicación de la respectiva operación se realice solo al vencimiento de dicho período con la mejor oferta disponible. El tiempo mínimo de difusión al mercado deberá ser definido en el reglamento del sistema de negociación. En todo caso, el módulo deberá indicar al mercado que tanto la postura u oferta de compra como la postura u oferta de venta corresponden a un acuerdo previo.- Artículo modificado por el artículo 7 del Decreto 1121 de 2008. El nuevo texto es el siguiente: Para los efectos previstos en el literal b) del artículo 50 de la Ley 964 de 2005, no se considera que se afecte la libre concurrencia y la interferencia de otros, cuando los participantes en los sistemas de negociación de valores de renta fija, de forma previa a la celebración de una operación sobre valores, compartan información relativa a los elementos de la misma.

²¹ El art. 7 del Decreto 1121 de 2008 modificó el art. 1 del Decreto 1802 de 2007.

²² Modificado por el art. 7 del Decreto 1121 de 2008.

En consecuencia, se anularán los actos demandados por violación del principio de favorabilidad y, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará la devolución de la suma de \$212.517.535 pagada por la sociedad actora el 17 de junio de 2010, según lo certifica la Superintendencia Financiera²³, suma que deberá ser ajustada, con base en el índice de precios al consumidor, de conformidad con el inciso final del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo²⁴.

Asimismo, respecto de la suma actualizada proceden intereses moratorios, acorde con lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del CCA, a partir del vencimiento de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, dentro de los cuales deben adoptarse las medidas dirigidas a darle cumplimiento²⁵. No se causan intereses corrientes²⁶, teniendo en cuenta lo precisado por la Sala sobre la materia²⁷, con base en la sentencia C-188 de 1999 de la Corte Constitucional, que declaró inexecutable uno aparte del artículo 177 ibídem.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia del 30 de septiembre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección "C", en Descongestión, por las razones expuestas en esta providencia. En su lugar, dispone:

²³ Folio 231 c.a.2

²⁴ Sentencias de 18 de septiembre de 2014, Exp. 20253, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia y 5 de febrero de 2015, Exp. 20720, C.P. Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

²⁵ Sentencia de 28 de mayo de 2015, Exp. 20228, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia

²⁶ En el mismo sentido, sentencia del 23 de julio de 2015, Exp. 20920, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia

²⁷ Sentencia del 23 de febrero de 2017, Exp. 19841, C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto, en la cual se reitera la sentencia del 14 de julio de 2016, Exp. 19775, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, en el sentido de precisar que "no hay lugar al pago de intereses comerciales a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago."

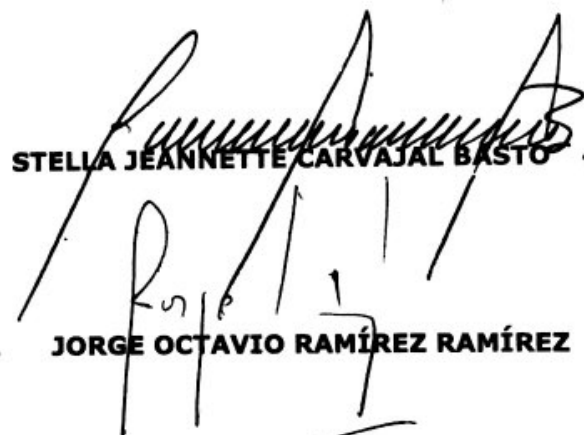
1. ANÚLANSE las Resoluciones números 1508 del 19 de septiembre de 2008 y 910 del 30 de abril de 2010, por las cuales la Superintendencia Financiera impuso a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. una sanción pecuniaria.

2. A título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** a la Superintendencia Financiera devolver a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. la suma de DOSCIENTOS DOCE MILLONES QUINIENTOS DIECISIETE MIL QUINIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$212.517.535), ajustada con base en el IPC, junto con los intereses moratorios, de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

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

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.


MILTON CHAVES GARCÍA
Presidente de la Sección


STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO


JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ


JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ