



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Magistrado Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D.C., 2 de junio de 2021

Radicación: 19001-33-31-002-2011-00399-02 (AP)
Demandante: Gabriel Eduardo Pillimue Potosí y Kevin Amilcar Calambas Velasco
Demandado: Superintendencia de Sociedades, Superintendencia de Salud, Superintendencia Financiera, Contraloría General de la República, Contraloría Departamental de Cauca, Serfinco S.A. y Probolsa S.A.
Referencia: Acción popular

Temas: ACCIÓN POPULAR- DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS A LA DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO – MORALIDAD ADMINISTRATIVA – Mercado bursátil – Excedentes de liquidez de recursos públicos destinados al sector de la salud

Síntesis del caso: dos funcionarios públicos demandaron mediante acción popular la vulneración de la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, por la pérdida de los excedentes de liquidez que fueron invertidos mediante dos sociedades comerciales encargadas de intermediar en el mercado de valores. No obstante, una de las sociedades no estaba autorizada por el Estado para desarrollar ese tipo de operaciones bursátiles.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de 29 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cauca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

La Sala¹ tiene competencia para estudiar este asunto por tratarse de un recurso de apelación contra una Sentencia proferida por un Tribunal Administrativo, de conformidad con los artículos 129 y 134 numeral 10 del Código de lo Contencioso Administrativo².

Contenido: 1. Antecedentes; 2. Consideraciones; 3. Decisión

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1 Posición de la parte demandante, 1.2. Posición de la parte demandada, 1.3. Sentencia de primera instancia, 1.4 Recursos de apelación, 1.5. Pruebas practicadas después del fallo de primera instancia, y, 1.6. Trámite relevante de segunda instancia.

1.1 Posición de la parte demandante

1. El 14 de julio de 2011, los señores Gabriel Eduardo Pillimue Potosí y Kevin Amilcar Calambas Velasco presentaron **acción popular** para obtener la protección de los derechos e intereses colectivos a la salud pública en

¹ En sesión de 3 de noviembre de 2020, la Subsección B de la Sección Tercera no aprobó el primer proyecto de sentencia sobre este asunto, por lo que, mediante Auto de 25 de noviembre de 2020, se remitió el expediente al siguiente ponente en turno. Folios 853 a 854 del cuaderno principal.

² Auto de 25 de febrero de 2016 folio 763 del cuaderno principal. Adicionalmente, es necesario resaltar que, el CCA es el estatuto procesal aplicable a este caso, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 308 del CPACA, porque la demanda se presentó con anterioridad al 2 de julio de 2012.

conexidad con la vida de la comunidades indígenas, la moralidad administrativa y el patrimonio público contra Serfinco S.A, Probolsa S.A, la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia de Salud, la Superintendencia Financiera, la Contraloría General de la República y la Contraloría Departamental del Cauca, con base en las siguientes pretensiones (se transcribe):

“PRIMERO: Ordenar a SERFINCO S.A. y a PROBOLSA S.A. realizar el reintegro al fisco del municipio de Silvia de los dineros invertidos en esta entidad a favor del municipio de Silvia cuyo capital asciende a la suma de SETECIENTOS NOVENA Y UN MILLONES CIENTO SETENTA MIL QUINIENTOS PESOS (\$791.170.500) y sus respectivos rendimientos financieros, al igual que la indemnización a la que hubiere lugar.

SEGUNDO: Vincular a la Superintendencia de Sociedades, la Superintendencia Nacional de Salud, Contraloría General de la República – Gerencia Popayán y a la Contraloría Departamental del Cauca, como responsables solidarios por su falta de control y vigilancia.

TERCERO: Obligar por intermedio de la Superintendencia Financiera de Colombia, para que adopte todas las medidas necesarias tendientes a lograr la restitución e indexación por parte de SERFINCO S.A. y PROBOLSA S.A. al municipio de Silvia.

CUARTO: Ordénese suspender el trámite del proceso disciplinario No. 115-2722-09 que cursa en segunda instancia ante Procuraduría Seccional Territorial Cauca que se adelanta en contra nuestra hasta tanto no se determine con esta acción la responsabilidad sobre los hechos, los daños y las indemnizaciones a que hubiere lugar, por parte de SERFINCO S.A. y PROBOLSA S.A. Todo lo anterior con el fin de evitar un perjuicio irremediable o posibles demandas por falla en el servicio o en su defecto demandas de reparación.”

2. Los hechos que fundamentan las pretensiones se resumen así: el municipio de Silvia (Cauca), a través de los accionantes Gabriel Eduardo Pillimue Potosí y Kevin Amilcar Calambas Velasco en su calidad para entonces de alcalde y secretario financiero del municipio, respectivamente, invirtieron la suma de \$1.500.000.000 provenientes de excedentes financieros del sistema general de participación en salud, a través de Serfinco S.A. (en adelante Serfinco) y con intermediación de Probolsa S.A. (en adelante Probolsa).

3. La inversión fue realizada el 4 de marzo de 2008, mediante la adquisición de un título de deuda pública TES. Por cuenta de esta inversión, Probolsa se comprometió a devolver la suma de capital invertido más los rendimientos financieros obtenidos. Ante los retardos presentados en el pago de dichas sumas, el municipio presentó un requerimiento ante Probolsa y en la respuesta se le indicó que la sociedad había entrado en proceso de liquidación.

4. Para ese momento, solo se había pagado al municipio de Silvia la suma de \$754.785.500 de los \$1.500.000.000 invertidos inicialmente. Sostuvieron que Probolsa y Serfinco se apropiaron de manera irregular, fraudulenta y con abuso del derecho de \$745.215.00 pertenecientes al municipio, que tenían destinación específica al sector de la salud. Esto afectó la prestación de los servicios de los habitantes del municipio, en su mayoría indígenas y campesinos, e impidió el pago total de las obligaciones con algunas EPS.

5. El 30 de junio de 2010 fueron destituidos e inhabilitados en primera instancia, por la Procuraduría General de la Nación, a pesar de que la apropiación irregular de los recursos era imputable a Serfinco y Probolsa. Sin desconocer que, esto ocurrió también por la permisividad y falta de control de la Superintendencia de Sociedades, la Contraloría General de la República, la Contraloría Departamental de Cauca.

6. Manifestaron que estos hechos les han generado “*daños en lo que se ha denominada vida de relación*”, debido a las difamaciones, amenazas extorsivas y acusaciones recibidas. Agregaron que en el proceso disciplinario no se tuvo en cuenta que la Superintendencia Financiera sancionó a Probolsa y Serfinco, por las irregularidades en sus operaciones, que pusieron en riesgo el patrimonio público del municipio.

1.2 Posición de la parte demandada

7. El Departamento de Cauca, la Superintendencia Nacional de Salud, la Contraloría Departamental de Cauca, la Contraloría General de la República, la Superintendencia Financiera y Serfinco S.A contestaron la demanda y se opusieron a las pretensiones de acción. Las entidades públicas alegaron de manera común que no participaron en los hechos que provocaron los daños al municipio y no se probó el nexo de causalidad. La Superintendencia de Sociedades y el Municipio de Silvia (vinculado de oficio³) no contestaron la demanda.

8. Las entidades públicas demandadas sostuvieron que desarrollaron sus competencias dentro de los límites del ordenamiento jurídico. La Superintendencia Financiera destacó la Resolución 1414 de 18 de septiembre de 2009, por medio de la cual sancionó a Probolsa y su representante legal, porque no estaba inscrita en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores y no podía realizar ninguna actividad de intermediación. Sostuvo que esa sociedad engañó al público denominándose corredora de valores.

9. Señaló que mediante la Resolución 1504 de 2 de octubre de 2009 se impuso sanción a Serfinco, por violar las normas sobre el conflicto de intereses, el deber de asesoría e información que tenía con el municipio. Adicionalmente, a través de la Resolución 1271 de 23 de junio de 2010 sancionó a la señora Juanita Iragorri Lopez, empleada de Serfinco, por incumplir el deber de asesoría e información con el municipio de Silvia.

10. Indicó que la acción popular era improcedente porque los demandantes no podían solicitar la suspensión del proceso disciplinario, para velar por sus propios intereses, pues se persigue una finalidad distinta de la establecida en la norma. Resaltó que la responsabilidad sobre los recursos recaía en cabeza de los demandantes y no de las entidades públicas demandadas.

11. Por su parte, Serfinco sostuvo que debía esperarse la resolución del proceso de responsabilidad fiscal. Manifestó que el interés de los

³ Audiencia especial de pacto de cumplimiento de 12 de mayo de 2015, folio 561 del cuaderno 6. Se declaró fracasada y se vinculó al municipio de Silvia de manera oficiosa en atención al interés que le asiste.

accionantes por interrumpir el desarrollo del proceso disciplinario y fiscal constituía un fraude a la ley, que tenía por objeto desviar su responsabilidad, razón por la cual, si se considera la procedencia de la acción ellos deberían tener la calidad de demandados. Ellos *“no puede(n) auto investirse de la condición de actor popular, para eludir de manera ilegítima los efectos que en su cabeza se deberían desprender, en caso en que se concluyera que efectivamente fuera procedente darle curso a la acción popular y emitir una sentencia que le ponga fin a una situación que se estime como violatoria de derecho colectivos afectados”*.

12. Indicó que no violaron la moralidad administrativa, ni el patrimonio público, porque no recibieron los recursos de la entidad territorial, y tampoco ejercían funciones públicas. Precisó que la acción carecía de objeto y que, en todo caso, si se pretendía la suspensión del proceso disciplinario debía escogerse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.3. Sentencia de primera instancia

13. El Tribunal Administrativo de Cauca mediante Sentencia de 29 de octubre de 2015 negó las pretensiones de la demanda. Consideró que se demostró el detrimento patrimonial que sufrió el municipio de Silvia, por la suma de \$500.000.000, como consecuencia de las inversiones realizadas por los demandantes. Determinó que los accionantes en sus calidades de alcalde y secretario financiero no hicieron ningún estudio de riesgo, ni verificaron la idoneidad de Probolsa, por lo que, vulneraron los derechos e intereses colectivos alegados. Resaltó que los demandantes pretendían desligarse de la responsabilidad que les asistía por contribuir al detrimento patrimonial del municipio.

14. Respecto de las entidades demandadas estableció que no contribuyeron en la vulneración de los derechos e intereses colectivos, sino que, obraron bajo el marco de sus competencias investigativas y sancionatorias. No se acreditó un incumplimiento de las funciones de control y vigilancia a su cargo. Afirmó que Probolsa fue la única que se apropió de los recursos públicos, por lo que, no le imputó responsabilidad a Serfinco.

15. Dio por acreditada la violación de los derechos e intereses colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, pero no ordenó la restitución del dinero, por la imposibilidad de restablecer las cosas al estado anterior, debido a que Probolsa estaba liquidada.

1.4 Recurso de apelación

16. La parte demandante interpuso recurso de apelación⁴ contra la decisión de primera instancia. Reprocharon que no se hubiera ordenado a Serfinco y Probolsa el reintegro del dinero, con los respectivos rendimientos financieros, a pesar de haberse acreditado la violación de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público. Reiteraron que las entidades demandadas eran responsables solidarias por su omisión, pues contribuyeron a la defraudación de los recursos públicos del municipio.

⁴ Folios 747 a 753 del cuaderno principal

17. Afirmaron que no pretendían desligarse de su responsabilidad por el detrimento patrimonial, porque los procesos fiscal, disciplinario y penal seguían en curso. Sostuvieron que buscaban que las personas que se apropiaran de los recursos los reintegraran al municipio. El fallo de primera instancia se limitó “a determinar solamente la responsabilidad en cabeza de los accionantes” y desconoció los argumentos sobre la responsabilidad de Serfinco y los órganos de control. Indicaron que ellos no se apropiaron de los recursos, sino que fueron las sociedades comerciales las que los indujeron a error. Solicitaron que la restitución del dinero se hiciera en 3 actos públicos con las comunidades del municipio.

1.5. Pruebas practicadas después de la expedición del fallo de primera instancia

18. El 17 de marzo de 2016 el Consejo de Estado resolvió el recurso de apelación y revocó parcialmente el auto que denegó las pruebas solicitadas por Serfinco. Accedió al decreto de los testimonios solicitados y consideró que no era procedente el interrogatorio de parte, sin embargo, decretó el testimonio de los accionantes.

19. El 21 de abril de 2016, se recepcionó el testimonio de Juan Carlos Olmos Carreño, quien se desempeñó como director de riesgo operativo de Serfinco para el momento de los hechos. El 10 de junio de 2016, se recibió la declaración de Alberto Velandia en su calidad de vicepresidencia jurídico de la Bolsa de Valores de Colombia. Los demás testimonios fueron desistidos por Serfinco.

1.6. Trámite relevante de segunda instancia

20. En la etapa de alegatos de conclusión la Contraloría General de la República agregó a sus argumentos que los únicos responsables eran los accionantes. La Superintendencia Financiera indicó que las pruebas allegadas con posterioridad al fallo no cambiaban el sentido de la decisión, especialmente, respecto de la entidad. Por su parte, la Superintendencia Nacional de Salud manifestó que no le correspondía hacer seguimiento a cada una de las inversiones realizadas por los entes territoriales y que los accionantes eran los responsables.

21. Serfinco manifestó que los apelantes no cumplieron con la carga de argumentar los yerros atribuidos al fallo de primera instancia. Insistió en que Probolsa fue la única que se apropió de los recursos, por lo que, Serfinco no podía ser llamada a responder por los recursos perdidos.

22. Agregó que con los testimonios practicados con posterioridad a la sentencia de primera instancia se demostraba que: (i) Serfinco no intervino en la operación de nota estructurada celebrada entre el municipio de Silvia y Probolsa; (ii) el único papel de Serfinco fue intermediar en la compra de los TES para el Municipio, los cuales garantizaban la nota estructurada; (iii) los recursos utilizados por el municipio para la compra de los TES fueron devueltos con la venta de los títulos; (iv) los recursos que no fueron devueltos al municipio fueron los \$500.000.000 reinvertidos con Probolsa; (v) las sanciones impuestas por la Superintendencia Financiera no estaban

relacionadas con una supuesta apropiación indebida de Serfinco de los recursos públicos.

2. CONSIDERACIONES

Contenido: 2.1. Síntesis de la controversia y decisiones que se adoptarán; 2.2. Procedencia de la acción popular; 2.3 Afectación a los derechos e intereses colectivos; 2.3.1 Vulneración del derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público; 2.3.2. Vulneración del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa; 2.4 Medidas tendientes a restituir las cosas al estado anterior; 2.5. Costas.

2.1. Síntesis de la controversia y decisiones que se adoptaran

23. Está acreditado que en la compleja y atípica operación de inversión de los recursos públicos del municipio de Silvia participaron las sociedades comerciales Probolsa, Serfinco y los servidores públicos Eduardo Pillimue Potosí y Kevin Amilcar Calambas Velasco en su calidad de alcalde y secretario financiero respectivamente. Está demostrado que su participación incidió en la afectación del derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa.

24. Se probó que el municipio de Silvia sufrió una disminución de los recursos públicos destinados al sector de la salud, como consecuencia de la puesta en funcionamiento del atípico esquema de inversión, que fue diseñado por Probolsa, ejecutado y coordinado con Serfinco en su calidad de comisionista de bolsa y autorizado de manera negligente por el municipio de Silvia.

25. Se demostró que Probolsa, Serfinco y una empleada de esta última, fueron sancionadas por la Superintendencia Financiera, al incumplir las obligaciones a su cargo en la operación y por trasgredir normas de orden público económico. Asimismo, se probó que los accionantes fueron sancionados disciplinariamente con destitución e inhabilidad por 10 años.

26. Respecto de las omisiones atribuidas a las entidades públicas demandadas, la Sala no encuentra un nexo de causalidad entre el detrimento patrimonial y las funciones a su cargo. Tanto la demanda como el recurso de apelación hacen imputaciones generales, sin elementos de juicio serios que respalden sus afirmaciones, por lo que, se descartará su responsabilidad en este caso.

27. La Sala se pronunciará sobre el fondo de este asunto porque están reunidos los presupuestos para fallar. Además, como la acción popular puede interponerse en cualquier tiempo mientras subsista la amenaza o la vulneración del derecho e interés colectivo, conforme con lo dispuesto en el artículo 11 de la ley 472 de 1998, se omite cualquier consideración sobre la caducidad del medio de control.

28. Se revocará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se condenará a Serfinco, porque su participación en la ejecución de la operación contribuyó y privilegió los intereses económicos de Probolsa. No obstante, mantendrá las consideraciones del fallo de primera instancia relacionadas con la intención de los accionantes de desligarse de su responsabilidad frente a los hechos,

pues contribuyeron a la vulneración de la defensa del patrimonio público y transgredieron de manera evidente el derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa.

29. Los fundamentos de esta decisión empezarán con la procedencia de la acción, luego expondrá las razones por las cuales se encuentran acreditada la vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados, y finalmente, se impartirán las ordenes que se ajustan al caso.

2.2 Procedencia de la acción popular

30. No son de recibo los argumentos de los demandados sobre la improcedencia de la acción popular, porque la demanda no se dirigió exclusivamente a solicitar la suspensión del proceso disciplinario en contra de los accionantes, ni a pedir indemnizaciones patrimoniales, sino que, también puso en conocimiento del juez popular la vulneración de derechos e intereses colectivos.

31. La Sala reconoce que, en este caso, quienes fungen como voceros de los derechos e intereses colectivos transgredidos pretendían obtener un provecho personal y abusivo, para evadir su responsabilidad y conseguir indemnizaciones a su favor⁵. Sin embargo, la Sala centrará su análisis respecto de aquellas pretensiones relacionadas con los derechos e intereses colectivos que fueron vulnerados, pues resulta inadmisibles que la acción popular sea instrumentalizada de manera solapada para conseguir beneficios particulares. Esta acción constitucional no tiene por objeto debatir posiciones jurídicas subjetivas; en cambio persigue la efectividad de los derechos e intereses que están en cabeza de la colectividad⁶.

32. Por su parte, el artículo 43 de la Ley 472 de 1998 establece de manera clara que *“la acción popular no puede interferir las acciones disciplinarias o penales que para el caso procedan”*. Esta disposición reafirma la finalidad colectiva que persigue la acción constitucional, la autonomía que detenta respecto de otros procesos y la competencia que tiene el juez popular para pronunciarse sobre las pretensiones que se encuentren asociadas con la vulneración o amenaza de derechos e intereses colectivos.

2.3 Afectación a derechos e intereses colectivos

33. La Sala limitará su estudio a los derechos e intereses colectivos que se acreditaron vulnerados en primera instancia, porque no se advierte la violación o puesta en peligro de otro que amerite su análisis⁷.

⁵ En la acción popular manifestaron *“(…) se nos ha generado, daños en lo que se ha denominado “vida en relación”. Debido a que se han presentado en la opinión pública todo tipo de señalamiento, acusación, difamación, injurias y calumnias, hasta tal punto que hemos recibidos amenazas contra la vida (…) Toda esta situación ha hecho que se genere un desequilibrio y pérdida de la tranquilidad y desarrollo normal de nuestras actividades individuales y familiares en los aspectos que tienen que ver con lo social, cultural, económico y espiritual, este último aspecto ha afectado gravemente el carácter colectivo de respeto de seriedad y de transparencia del movimiento indígena (…) // (…) con todo lo anterior, la Procuraduría inicia investigación disciplinaria en contra nuestra, y el día 30 de junio de 2010, se emite fallo de primera instancia por estos hechos; Decisión en la que, para nada se tienen en cuenta nuestros argumentos de hecho y de derecho para salvar nuestra responsabilidad (…)”*

⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-649 de 2017.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-176 de 2016. “En síntesis, el trámite de la acción popular se caracteriza por regirse por un sistema dispositivo especial, en el que el juez goza de la facultad de proferir fallos extra y ultra petita, de manera que: (i) si en el curso del proceso se encuentra probada una nueva circunstancia que no fue alegada

2.3.1. Vulneración del derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público

34. El derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público fue vulnerado por Probolsa, Serfinco y los servidores públicos del municipio de Silvia, porque el incumplimiento de los deberes profesionales a cargo de la comisionista de bolsa contribuyó, facilitó y permitió que Probolsa se apropiara de la diferencia entre el valor girado por la entidad y el valor realmente invertido de los recursos públicos, al privilegiar los intereses económicos de una sociedad comercial que no estaba autorizada por el Estado. Por su parte, la negligencia extrema de los señores Gabriel Eduardo Pillimue Potosí y Kevin Amilcar Calambas Velasco incidió en el detrimento patrimonial del municipio, pues desconocieron las condiciones mínimas de seguridad exigidas para la colocación o inversión de los excedentes de liquidez de la entidad territorial.

35. La jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha comprendido *“que el derecho a la defensa del patrimonio comprende todos los bienes, derecho y obligaciones que le pertenecen al Estado y su protección, a través de la acción popular, se orienta a garantizar una administración eficiente y responsable que debe acompasarse con la buena fe y la transparencia que exige la moralidad administrativa⁸”*. En ese sentido, el patrimonio público debe gestionarse de conformidad con el principio de eficiencia y transparencia de la función administrativa, el cual debe interpretarse a partir del marco jurídico que lo desarrolla, entre ellos, las normas presupuestales, la destinación de los recursos y las obligaciones que surgen de las operaciones bursátiles que realizan los entes territoriales.

36. En igual sentido, el Consejo de Estado ha entendido que *“el derecho colectivo a la defensa del patrimonio público no se ve afectado, de manera exclusiva, cuando a dicho patrimonio se le da una destinación contraria a derecho o cuando se evidencia su mengua sin que ello obedezca a una causa justificada en el orden jurídico imperante, sino también cuando, como consecuencia de una conducta activa u omisiva reprochable desde el punto de vista jurídico, los recursos económicos no se encuentran disponibles para ser utilizados conforme el ordenamiento lo indica, es decir, para destinarlos al cumplimiento de los deberes y obligaciones que le fueron atribuidas a las entidades que se encuentran a cargo del cumplimiento de la función administrativa⁹”*.

por el demandante, y que configura una amenaza o vulneración de un derecho colectivo, el juez de la acción popular tiene a su cargo la obligación de protegerlo; y (ii) en ejercicio de sus facultades oficiosas, el juez constitucional puede ordenar remedios que excedan las pretensiones presentadas por el actor popular en la demanda, siempre que resulte necesario para hacer cesar la vulneración o amenaza. // No obstante, este sistema no implica que las facultades del juez sean absolutas, pues éstas encuentran su límite en los derechos al debido proceso y de defensa del demandado. Así pues, las determinaciones que se adopten en una acción popular están circunscritas a la causa petendi de la demanda, lo que significa que el operador judicial no puede decidir con fundamento en hechos y pretensiones que no tengan relación con los que le fueron puestos en conocimiento por el actor popular.” También ver Sentencia T-004 de 2019 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 21 de agosto de 2020, Radicado 2017-00987-01 (AP).

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 25 de febrero de 2016, Radicado 2012-00656-01 (AP).

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 11 de abril de 2019, Radicado 2012-00077-02 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 25 de enero de 2018, Radicado 2013-02202-01.

37. En concordancia, el derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público no puede interpretarse de manera restringida, sino que debe valorarse desde su gestión eficiente y transparente, razón por la cual, todas las acciones y omisiones que contribuyan de manera determinante en su afectación también serán objeto de reproche. A partir del alcance de este derecho e interés colectivo, la Sala apreciará las pruebas que demuestran su vulneración en este caso.

38. Está acreditado que desde septiembre de 2007 el municipio de Silvia estableció relaciones comerciales con Probolsa y con Serfinco. La administración local de esa época celebró una operación de nota estructurada por valor de \$500.000.000 con Probolsa¹⁰, que generó rendimientos trimestrales por la suma de \$11.473.000.

39. Para realizar el negocio anterior, el municipio abrió¹¹ una cuenta en Serfinco, autorizó a esta sociedad para realizar operaciones de inversión¹² y consultar las centrales de riesgo¹³, firmó un contrato de administración de valores para la suscripción en Deceval S.A.¹⁴, registró las firmas¹⁵ y declaró el origen de los fondos de la entidad territorial¹⁶. Esa primera operación fue cancelada en tiempo, de conformidad con la solicitud del alcalde José Gustavo Cuene Correa¹⁷.

40. Respecto de ese negocio no versa el objeto de este proceso, sin embargo, sirve para demostrar la preexistencia¹⁸ de las relaciones comerciales entre el municipio de Silvia y los demandados. Asimismo, permite extraer elementos importantes del atípico esquema de inversión que volvería a utilizarse en 2008 por parte de la nueva administración local.

41. En ese orden, se tiene probado que en enero de 2008 Probolsa presentó oferta comercial al municipio de Silvia, en la que le propuso la celebración de una operación de "nota estructurada", cuyo objeto era invertir recursos líquidos en una cuenta determinada a cambio de una tasa de interés predefinida. Este negocio tenía como garantía la compra de TES principales clase B. La Sala advierte que Probolsa no estaba autorizada para realizar operaciones de intermediación y que el instrumento propuesto realmente no tenía el carácter de una nota estructurada en los términos de la regulación vigente de ese momento¹⁹.

42. La propuesta de "nota estructurada" fue aceptada por el municipio de Silvia y mediante consignación bancaria de 1 de febrero de 2008 depositó

¹⁰ Folio 7 del cuaderno 3.

¹¹ Folio 17 del cuaderno 3.

¹² Folio 22 del cuaderno 3.

¹³ Folio 21 del cuaderno 3.

¹⁴ Folio 25 del cuaderno 3.

¹⁵ Folios 15, 16 y 26 del cuaderno 3. Alcalde José Gustavo Cuene Correa y Jannio Hernán Orozco Murillo como secretario de hacienda del municipio de Silvia.

¹⁶ Folio 23 del cuaderno 3.

¹⁷ Folio 7 y 11 del cuaderno 3.

¹⁸ Esto fue confirmado por el señor Juan Carlos Olmos Carreño, quien se desempeñó como director de riesgo de Serfinco. Declaración de 21 de abril de 2016 del cuaderno que contiene el despacho comisorio folios 88 a 89.

¹⁹ Resolución 1608 de 6 de agosto de 2010, expedida por la Superintendencia Financiera, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución 1414 de 18 de septiembre de 2009, folios 25 a 35 del cuaderno 1. "Ciertamente afecto los intereses de los inversionistas del mercado, en particular, por efecto económico que tuvo en algunas entidades públicas con las cuales estableció vínculos comerciales".

a Probolsa, la suma de \$1.500.000.000²⁰, que eran recursos públicos provenientes de excedentes financieros del sistema general de participación en salud. Este negocio fue garantizado con unos TES, que se compraron con la intermediación de Serfinco el 25 de febrero de 2008²¹. La Sala destaca que, los servidores públicos del municipio no realizaron estudios de riesgos y no verificaron las condiciones mínimas de seguridad e idoneidad de Probolsa, para recibir los recursos públicos provenientes de los excedentes de liquidez²².

43. Para poner en funcionamiento la operación anterior, Probolsa se comunicó con Serfinco para definir las condiciones en que esta se ejecutaría²³. Posteriormente, Serfinco a través de la gerente de inversión Juanita Iragorri confirmó telefónicamente la compra de los TES con el secretario financiero Kevin Amilcar Calambas Velasco²⁴. Esto sirve para demostrar las relaciones operativas entre ambas sociedades comerciales y su vínculo con el municipio de Silvia. También, prueba el conocimiento que tenía Serfinco sobre el origen de los recursos y el alcance de la operación²⁵.

44. La Sala encuentra probado que entre Probolsa y Serfinco existía un acuerdo, alianza o estrategia operativa²⁶, que definía de manera previa la forma en que se ejecutaba el negocio con el municipio de Silvia. Se advierte que, el juez popular no tiene competencia para pronunciarse sobre la licitud o ilicitud de la celebración de este acuerdo.

45. Se tiene probado que el 31 de julio de 2008 el alcalde encargado²⁷ Jhon Eric Newball y el secretario financiero Kevin Amilcar Calambas Velasco del municipio de Silvia solicitaron: (i) el pago de la suma de \$1.000.000.000 de capital invertidos más la suma de \$73.213.272 por concepto de rendimientos financieros generados por la inversión; y (ii) la reinversión de los \$500.000.000 restantes mediante una nueva operación de nota estructurada²⁸. Esta solicitud fue suscrita por el alcalde encargado, quien solamente estaba facultado para atender situaciones urgentes y extraordinarias, pero no para contratar²⁹.

46. El 1 de agosto de 2008 el señor Héctor Jairo Bonilla López representante legal de Probolsa remitió la propuesta de inversión, confirmó la renovación

²⁰ Folio 46 y 100 del cuaderno 3.

²¹ Folio 85 del cuaderno 3 y folio 263 del cuaderno 4.

²² Las versiones libres de los señores Gabriel Eduardo Pillimue Potosí y Kevin Amilcar Calambas Velasco son coincidentes en sostener que solo hicieron estudio de riesgo respecto de Serfinco, pero no frente a Probolsa folios 295 a 298 y 305 a 305 del proceso fiscal. La Sala puede valorar las versiones libres a partir de un análisis integral y conjunto de las pruebas que obran en el expediente.

²³ Informe de visita 544 de 5 de marzo de 2009, elaborado por la Superintendencia Financiera folios 1869 a 1879 que se encuentra contenido en el CD del folio 30 del cuaderno de pruebas 1, que tiene las pruebas del proceso fiscal.

²⁴ Declaración juramentada de Juanita Iragorri de 15 de diciembre de 2008 folios 311 a 319 y Declaración juramentada de Kevin Amilcar Calambas Velasco ante la Superintendencia Financiera de Colombia folios 1764 a 1769 que se encuentra contenido en el CD del folio 30 del cuaderno de pruebas 1, que tiene las pruebas del proceso fiscal.

²⁵ Informe de visita 544 de 5 de marzo de 2009, elaborado por la Superintendencia Financiera folios 1869 a 1879 que se encuentra contenido en el CD del folio 30 del cuaderno de pruebas 1, que tiene las pruebas del proceso fiscal.

²⁶ Resolución 610 de 2012, proferida por el Superintendente Financiero, que resuelve la apelación interpuesta por Serfinco SA contra la Resolución 1504 de 2 de octubre de 2009. Folios 69 a 227 del cuaderno 4.

²⁷ Acta de posesión de Jhon Erik Newball Velasco de 29 de julio de 2008. Folio 57 del cuaderno 3.

²⁸ Cuaderno No. 3, folio 51.

²⁹ Decreto 62 de 2008, por el cual se encarga a un funcionario. Folios 49 a 50 del cuaderno 3.

de la nota estructurada por la suma de \$500.000.000 más los rendimientos trimestrales por valor de \$19.249.410³⁰ y allegó un pagare por esos valores³¹. Esto demuestra que la renovación de operación se dio sin haber recibido el valor de la primera inversión y refleja la negligencia de los funcionarios de la entidad territorial en el manejo de los recursos públicos.

47. El 4 de agosto de 2008 el secretario financiero Kevin Amilcar Calambas Velasco le solicitó a la señora Juanita Iragorri gerente de inversión de Serfinco realizar la venta por el valor total del TES. Ese día se registró la operación de venta por valor nominal de \$1.500.000.000 nominales de TES, pero el valor de giro correspondía \$708.829.500³². Esa diferencia de valores era conocida por Probolsa y Serfinco.

48. El municipio de Silvia recibió de Serfinco y Probolsa la suma de \$1.000.000.000 por concepto de capital invertido³³ y el monto de \$77.025.413 por concepto de rendimientos financieros al 23 de septiembre de 2008³⁴. Se destaca que estos pagos no fueron inmediatos y Probolsa manifestó que no pudo cancelar la totalidad del valor solicitado, debido a que, por error, fueron consignados a otro municipio³⁵.

49. Mediante escritura pública 1465 de 5 de noviembre de 2008 elevada ante la Notaría 13 del Cali, se dispuso la liquidación de Probolsa. El 23 de diciembre de 2008 el secretario financiero del municipio de Silvia le solicitó a Serfinco información “acerca del porque no se efectuó la transacción tal y como se consignó³⁶” en el oficio de 4 de agosto de 2008. El 30 de diciembre de 2008, el alcalde presentó una solicitud ante el agente liquidador de Probolsa para obtener el pago de la suma de \$500.000.000 reinvertida de conformidad con la solicitud de 31 de julio de 2008³⁷.

50. El 12 de diciembre de 2008, mediante Auto No. 620-001556, la Intendencia Regional de Cali de la Superintendencia de Sociedades reconoció el crédito del municipio de Silvia por valor de \$500.000.000, dentro del proceso de liquidación de Probolsa. El 18 de marzo de 2010, mediante auto No. 620-000404, se declaró terminado el proceso de liquidación de Probolsa. De conformidad con el informe de rendición de cuentas final del liquidador, por falta de recursos, no fue posible pagar la acreencia de \$500.000.000 reconocida³⁸.

51. El 9 de enero de 2009 el señor Gabriel Eduardo Pillimue Potosí, en su calidad de alcalde municipal de Silvia y el señor Héctor Jairo Bonilla López,

³⁰ Folios 56 a 57 del cuaderno 3.

³¹ Folio 58 del cuaderno 3.

³² Folio 81 del cuaderno 1.

³³ La suma de \$1.000.000.000 fue pagada así: (i) el 19 de agosto de 2008 el municipio de Silvia recibió \$708.829.500 de Serfinco por la venta de TES que garantizaban la nota estructurada emitida por Probolsa (folio 49 del cuaderno 1); (ii) el 19 de septiembre Probolsa consignó al municipio la suma de \$200.000.000 (folios 65 a 67 del cuaderno 3); y (iii) el 29 de septiembre Probolsa consignó al municipio la suma de \$108.180.026 de los cuales \$91.170.500 correspondía a pago del capital adeudado (folios 72 del cuaderno 3)

³⁴ La suma de \$77.025.413 por concepto de rendimientos financieros fue pagada así: (i) el 23 de septiembre de 2008 Probolsa consignó al municipio la suma de \$60.958.681 (Cuaderno No. 3, folio 67); y (ii) el 29 de septiembre Probolsa consignó al municipio la suma de \$108.180.026 de los cuales \$17.009.526 correspondían a rendimientos financieros (Cuaderno No. 3, folios 72)

³⁵ Folio 50 del cuaderno 1. Suscrita por el gerente general Héctor Jairo Bonilla López.

³⁶ Folio 53 del cuaderno 1.

³⁷ Folio 54 del cuaderno 1.

³⁸ Folios 1358

en su calidad de representante legal de Probolsa, suscribieron un acuerdo de pago³⁹. En virtud de este acuerdo, Probolsa y el señor Bonilla López en nombre propio, se comprometieron a pagar la suma de \$500.000.000 reinvertida por el municipio a través de Probolsa en dos instalamentos así: (i) \$300.000.000 representados en títulos TES, el 30 de abril de 2009 y; (ii) \$200.000.000 representados en títulos TES, el 30 de julio de 2009.

52. El 3 de febrero de 2009, el alcalde Gabriel Eduardo Pillimue Potosí presentó reclamación contra Serfinco ante la Defensoría del Cliente, en la que solicitó la adopción de medidas tendientes a recuperar el dinero, porque según él no autorizó la venta de este. Al respecto, Serfinco sostuvo que se confirmaron las operaciones telefónicamente entre Juanita Irigorri y Kevin Amilcar Calambas. Frente a estos hechos la Defensoría del Cliente señaló que no tenía competencia por el monto de la reclamación⁴⁰.

53. Frente a estos hechos, la Superintendencia Financiera mediante la Resolución 1608 de 6 de agosto de 2010⁴¹ sancionó al señor Héctor Jairo Bonilla López como representante legal de Probolsa, por haber utilizado una denominación⁴² dirigida al público, que causó confusión sobre la legitimación de esa sociedad para realizar operaciones de corretaje. Determinó que no estaba inscrita en el Registro Nacional de Agentes del Mercado de Valores (RNAMV), que no estaba facultada para celebrar operaciones de valores y que afectó los intereses de los inversionistas del mercado, en particular, por el efecto económico que tuvo sobre algunas entidades públicas.

54. A pesar de que no existe duda sobre la apropiación de los recursos públicos por parte de Probolsa, la Sala no puede imputarle responsabilidad porque esa sociedad comercial se extinguió y fue desvinculada durante el curso de este proceso por no tener capacidad legal para ser parte⁴³.

55. En relación con Serfinco, la Sala encuentra que fue sancionado por incumplir su deber de asesoría, de información y por haber actuado en conflicto de intereses. De esta manera, está probado que a pesar de que conocía que los intereses de Probolsa y el municipio de Silvia eran incompatibles, decidió privilegiar a esa sociedad comercial que no estaba autorizada para realizar ese tipo de operaciones (se transcribe):

“Al respecto, encuentra este Despacho que SERFINCO S.A., al haber actuado en el mercado de valores a pesar de encontrarse en una situación de conflicto de interés, ciertamente provocó una afectación a los bienes jurídicos de la transparencia y lealtad, pues los inversionistas esperaban que su intermediario les favoreciera al momento de ejecutar sus órdenes de inversión o, por lo menos, que no privilegiara a terceros, situación que precisamente se desconoció en el presente caso.”

³⁹ Documento denominado “INDIRA LOPEZ PRF 1396 MNPIO SILVIA CAUCA CP 2 (folios 1313 a 1315)” contenido en el CD obrante a folio 30 del cuaderno de pruebas No. 1.

⁴⁰ Folios 278 a 280 que se encuentra contenido en el CD del folio 30 del cuaderno de pruebas 1, que tiene las pruebas del proceso fiscal.

⁴¹ Folios 25 a 31 del cuaderno 1. Este acto administrativo confirmó la Resolución 1414 de 18 de septiembre de 2009, folios 33 a 45 del cuaderno 1. Teniendo en cuenta las consideraciones previas esta Superintendencia infiere que la utilización de la expresión “corredores de valores” por parte de Probolsa y su representante legal y “accionista mayoritario” confundió al público sobre la legitimación de esa sociedad para realizar operaciones sobre valores”.

⁴² Certificado de existencia y representación de Probolsa. Folios 220 a 222 del cuaderno 3.

⁴³ Auto de 31 de mayo de 2013 folios 472 a 474 del cuaderno 5.

Otro tanto sucede con la falta al deber de asesoría, pues con este proceder afectó o puso en peligro el bien jurídico de la transparencia y la integridad del mercado, en tanto las entidades públicas actuaron sin contar con los elementos de juicio suficientes para tomar sus decisiones de inversión y, en todo caso, sin las sugerencias o recomendaciones de su intermediación de valores.

Por último, la omisión en el deber de información afectó el bien jurídico de la confianza, ya que las entidades públicas no contaron con los insumos que les permitieran conocer los movimientos realizados en su cuenta individual y, por ende, hacer un oportuno seguimiento, situación que podría desestimular su futura intervención en el mercado de valores⁴⁴".

56. Ese incumplimiento de deberes en el marco de la ejecución coordinada de la operación por parte de Serfinco tuvo una incidencia directa en la afectación del patrimonio público del municipio de Silvia, pues su participación fue trascendental y esencial para facilitar que Probolsa le provocará un detrimento patrimonial al municipio de Silvia.

57. El fundamento principal de defensa de Serfinco reside en que no se apropiaron de los recursos y que nunca le fueron entregados de forma directa a ellos, sino a través de Probolsa. La Sala no comparte ese argumento, porque no sirve para excusarla de su responsabilidad. El hecho de que Serfinco no se hubiera apropiado de los recursos del municipio de Silvia no elimina el efecto determinante que tuvo su conducta en la afectación del patrimonio público de la entidad territorial.

58. Si bien no está probado que ese acuerdo operativo tuviera como finalidad directa el aprovechamiento indebido de los recursos por ambas sociedades, lo cierto es que, el resultado final de la ejecución de esas operaciones de inversión sirvió para facilitar que Probolsa se quedara con esos recursos, por lo que, la negligencia y el incumplimiento de los deberes de Serfinco incidió en la vulneración del derecho e interés colectivo alegado.

59. Por esta razón, las acciones y omisiones que provocaron una indebida gestión de los recursos y la mengua del patrimonio público deben ser objeto de responsabilidad. Resulta ilustrativo resaltar la conclusión a la que llegó la Superintendencia Financiera en el marco del proceso sancionatorio contra Serfinco (se transcribe):

"En todo caso, no está de más indicar que la vinculación del Municipio de Silvia como cliente de la Sociedad Comisionista de Bolsa se efectuó varios meses antes de la aludida conversación, lo que evidencia que la

⁴⁴ Resolución 610 de 2012, proferida por el Superintendente Financiero, que resuelve la apelación interpuesta por Serfinco SA contra la Resolución 1504 de 2 de octubre de 2009. Folios 69 a 227 del cuaderno 4. La validez de este acto administrativo se confirmó mediante la Sentencia de 13 de agosto de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, Radicado 2012-00421-00, que está contenida en el CD folio 781 del cuaderno principal. Esta decisión quedó en firme porque no se interpuso recurso de apelación. "No queda duda que la demandante debió informarles a todas las entidades públicas que eran sus clientes, que Probolsa SA no era intermediario de valores, luego no era una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, y que era atípico que llevara a cabo esta clase de operaciones, absteniéndose de informarle // Por lo demás, de conformidad con las consideraciones expuestas en el análisis de los cargos anteriores, se dilucidaron los intereses propios de Probolsa y las actuaciones por parte de Serfinco SA para actuar en beneficio del primero, aún cuando sus intereses se contraponían a los propios de las entidades públicas, lo cual evidenció incluso desde el momento mismo del acuerdo para vincular a estas entidades como clientes, como a las particularidades de las operaciones efectuadas con los recursos de las mismas, con lo cual se advierte que contrario a lo señalado por la demandante, Serfinco SA tuvo pleno conocimiento de las relaciones entre Probolsa SA y las entidades públicas, vulnerando sin duda alguna el deber de asesoría respecto de los clientes, en los términos que se reseñaron con antelación (...)"

participación de Serfinco SA no era simplemente instrumental o posterior a la configuración de los hechos, ya que, por el contrario, dicha participación permitió que las operaciones se ejecutaran de tal forma que el resultado final fuera que dineros de origen público quedaran a disposición de Probolsa S.A”

60. En ese sentido, la Sala considera que Serfinco no puede desligarse de su responsabilidad patrimonial frente a la vulneración del patrimonio público, porque coordinó de manera conjunta la operación y privilegió los intereses de Probolsa al no asesorar e informar sobre los alcances de dicha operación al municipio.

61. No se desconoce la responsabilidad que tienen los servidores públicos de la entidad territorial y la incidencia de su comportamiento sobre el detrimento patrimonial, sin embargo, no puede ignorarse la participación determinante de Serfinco en el complejo esquema de inversión. Esa estructura de negocio no puede interpretarse de manera aislada y desarticulada, debido a que, Serfinco era una pieza fundamental para que su engranaje interno funcionara y se pusiera en movimiento, situación que privilegió a Probolsa.

62. La Sala debe resaltar que la gerente de inversiones Juanita Irigorri de Serfinco conocía de manera anticipada el alcance de la operación y comprendía la dinámica del negocio, pues sabía que el dinero girado por la entidad territorial era superior a los recursos públicos realmente invertidos por el municipio. Ella fue sancionada⁴⁵ por la Superintendencia Financiera y despedida por Serfinco al encontrar que transgredió las normas de orden público económico, incumplió sus deberes y obligaciones contractuales⁴⁶.

63. Es importante destacar que, el municipio de Silvia no podía considerarse como cliente profesional, por lo que, Serfinco estaba obligada a cumplir su deber de asesoría. No era suficiente realizar una simple confirmación telefónica, sino que como profesional del mercado bursátil debía dar recomendaciones o sugerencias previas a cada una de las operaciones y determinar el perfil de riesgo de los clientes, entre otras obligaciones.

64. Sin duda alguna, el estándar de exigencia de los deberes profesionales de los agentes del mercado bursátil se aumenta cuando hay de por medio recursos públicos, toda vez que, los principios de eficiencia, transparencia y lealtad de la actividad económica y de la administración pública se fusionan. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia⁴⁷ ha sostenido (se transcribe):

“(…) el Estado en desarrollo de sus competencias constitucionales y legales ha expedido un régimen normativo al cual se deben sujetar los distintos agentes involucrados, dirigido a proteger no sólo a los inversionistas, sino también el orden público económico.

Precisamente por estar comprometido el interés público, los comisionistas, en sus actividades negociales con los inversionistas, encuentran constreñido al ámbito de su autonomía privada, en la medida que su actividad está

⁴⁵ Resolución 1271 de 23 de junio de 2010, proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia.

⁴⁶ Terminación de contrato 14 de enero de 2009 folio 2055, que se encuentra contenido en el CD del folio 30 del cuaderno de pruebas 1, que tiene las pruebas del proceso fiscal.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de marzo de 2012, Radicado 2008-00586-01.

sujeta a controles por parte del Estado, quien ejerce un control tendiente a preservar el interés general, comprometido en la transparencia del mercado de valores, precaviéndolo de eventuales actividades ilícitas por parte de terceros que pretenden utilizarlo para el lavado de activos u otras conductas delictivas.

En coherencia, la ley les impone a las sociedades profesionales en la materia, a propósito del mandato especial de comisión para la compra y venta de valores, entre otros, los deberes de asesoría y abstención."

65. Esto genera una protección más intensa de los bienes jurídicos que se encuentran relacionados, pues el grado de profesionalismo, prudencia y diligencia se eleva para garantizar que la gestión de los recursos no sea puesta en peligro o afectada, principalmente, porque están asociados a la efectividad de otros derechos.

66. Es necesario destacar que, las declaraciones de los señores Ángel Alberto Velandia Rodríguez en su calidad de vicepresidente de la Bolsa de Valores de Colombia y Juan Carlos Olmos Carreño como ex director de riesgo operativo de Serfinco fueron coincidentes en sostener que, las obligaciones de la comisionista de bolsa debían valorarse como vehículos de ejecución de órdenes de compra y de venta. Señalaron que las sanciones impuestas no tenían relación con la pérdida de los recursos públicos, sino que estaban relacionados con temas de administración de la comisionista.

67. La Sala no comparte esas apreciaciones porque el esquema de inversión utilizado no puede analizarse de manera aislada y desarticulada, pues Serfinco debía cumplir con sus deberes en el marco del contrato de comisión y abstenerse de privilegiar los intereses económicos de Probolsa. De haber cumplido los deberes exigidos frente al municipio de Silvia los hechos hubieran sido distintos. Se reitera que el papel de Serfinco fue trascendental para que Probolsa se quedara con los recursos públicos.

68. Respecto de los servidores públicos del municipio de Silvia, se encuentra probado que la Procuraduría Regional de Cauca sancionó a los señores Gabriel Eduardo Pillimue Potosí, Jhon Eric Newball y Kevin Almicar Calambas Velasco⁴⁸, porque no realizaron un estudio de riesgo sobre Probolsa, le entregaron los recursos a una sociedad comercial que no estaba autorizada para desarrollar operaciones de intermediación, ni vigilada por la Superintendencia Financiera. Asimismo, reinvirtieron los recursos públicos sin haber recibido el monto de la primera inversión.

69. No son de recibo los argumentos relacionados con los presuntos engaños ocasionados por las sociedades comerciales involucradas en la operación, porque ellos estaban facultados desde un principio para verificar la idoneidad de Probolsa y las condiciones de seguridad de la inversión. Tampoco exonera de responsabilidad a los accionantes el incumplimiento de los deberes profesionales de Serfinco, porque la negligencia extrema de

⁴⁸ Fallo disciplinario de segunda instancia de 20 de noviembre de 2013, proferido por la Procuraduría Regional de Cauca. Folios 90 a 121 del despacho comisorio.

los servidores públicos fue determinante en la mengua del patrimonio público de Silvia.

70. El hecho de que el municipio hubiera establecido vínculos con Probolsa y Serfinco con anterioridad a la inversión que generó la disminución del patrimonio público no exonera de responsabilidad a las accionantes, toda vez que, cada operación que involucre el uso de los recursos públicos debe gestionarse de manera específica y conforme con las condiciones de seguridad, eficiencia y transparencia de cada una de ellas. Por esta razón, los funcionarios estaban obligados comprobar y verificar la idoneidad de la persona jurídica que recibiría los recursos públicos y el alcance que tendría esta operación.

71. Respecto del proceso fiscal, es necesario poner de presente que, se adelantó en oportunidad y se profirió fallo de primera instancia que declaró responsables a los investigados. No obstante, por razones de competencia fue declarado nulo y posteriormente se terminó el proceso el 5 de junio de 2014, con la declaratoria de prescripción y orden de archivo⁴⁹.

72. Así las cosas, la Sala concluye que Probolsa, Serfinco y municipio de Silvia vulneraron el derecho e interés colectivo a la defensa del patrimonio público, porque contribuyeron de manera conjunta y determinante en la disminución de los recursos públicos de la entidad territorial de conformidad con las obligaciones contractuales y legales a su cargo.

2.3.2. Vulneración del derecho e interés colectivo a la moralidad administrativa

73. La Sala comparte las consideraciones del fallo de primera instancia sobre la vulneración de la moralidad administrativa, porque la actuación administrativa en cabeza de los servidores públicos Gabriel Eduardo Pillimue Potosí y Kevin Amilcar Calambas Velasco en su calidad de alcalde y secretario financiero respectivamente, desconoció de manera grosera las condiciones mínimas de seguridad para invertir los excedentes de liquidez del municipio.

74. Es importante aclarar que, en este caso, la actuación de los servidores públicos coincide y representa al municipio de Silvia, toda vez que, la entidad territorial responde por los actos de sus dependientes. La Sala encuentra que la actuación de los servidores públicos, y, por ende, del municipio contrario los principios de la función administrativa, al permitir que los recursos públicos sirvieran para incrementar de manera injustificada el patrimonio de una sociedad comercial que no estaba autorizada por el Estado para realizar operaciones de intermediación.

75. La moralidad administrativa es un derecho e interés colectivo consagrado en el artículo 88 constitucional y un principio de la función administrativa establecido en el artículo 209 constitucional. El entendimiento

⁴⁹ Auto de 541 de 5 de junio de 2014, por medio del cual se decretó la prescripción del proceso de responsabilidad 1396, que se encuentra contenido en el CD del folio 30 del cuaderno de pruebas 1.

actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵⁰ establece que es necesario hacer un análisis de los elementos objetivo y subjetivo. El primer elemento se ha entendido como un “*quebrantamiento del ordenamiento jurídico*”, que puede manifestarse, por violación de una norma jurídica o de un principio general del derecho. El segundo elemento se ha comprendido como un juicio de reproche frente a la conducta de los servidores públicos.

76.No obstante, la Sala advierte que la comprensión jurisprudencial de la moralidad administrativa no se encuentra restringida únicamente a la ilegalidad de una actuación administrativa, toda vez que, hay escenarios en los que en aplicación de normas jurídicas se construyen estructuras legales, que contrarían los principios de la función administrativa y que persiguen un beneficio personal que no puede ser amparado por el derecho⁵¹.

77.En relación con la comprensión del elemento subjetivo la Sala debe aclarar que, las exigencias probatorias en las acciones populares no están dirigidas a identificar el aspecto volitivo del servidor público. Por esta razón, el juez popular no tiene competencia para hacer juicios personales o subjetivos de la conducta de los servidores involucrados en la actuación administrativa con la misma intensidad que ocurre en materia penal, disciplinaria y fiscal, de ahí que, el estándar probatorio para establecer su configuración sea distinto. Tampoco se puede desconocer que en algunos casos no es posible identificar a un funcionario particular por la complejidad de la actuación, sin embargo, esto no es un impedimento para declarar probada la vulneración de la moralidad administrativa.

78.A partir del alcance anterior de la moralidad administrativa, en este caso, está acreditado que los servidores públicos que representaban al municipio de Silvia para desarrollar la inversión ignoraron el artículo 355 constitucional y las normas básicas del mercado de valores⁵², al celebrar una operación con una sociedad comercial que no estaba autorizada por el Estado para recibir e invertir recursos públicos. Estas actividades revisten un interés público que no puede ser desconocido por los servidores encargados de controlar el patrimonio de los entes territoriales y que supone un grado de cuidado y diligencia mayor.

79.Está demostrado que los servidores públicos involucrados en la inversión no realizaron un estudio de riesgo⁵³ respecto de Probolsa, no exigieron

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 1 de diciembre de 2015, Radicado 2007-00033-01 (AP).

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-280 de 2017 “Una persona comete abuso del derecho cuando: (i) obtuvo el derecho de forma legítima, pero lo utiliza para fines contrarios al ordenamiento jurídico; (ii) se aprovecha de la interpretación de las normas o las reglas, con el fin de obtener resultados no previstos por el ordenamiento jurídico; (iii) hace un uso inadecuado e irrazonable del derecho, contrario a su contenido esencial y a sus fines; y (iv) invoca las normas de una forma excesiva y desproporcionada desvirtuando el objetivo jurídico que persiguen.”

⁵²Ley 964 de 2005 artículo 3 literal b, la Resolución 400 de 1995, proferida por la Superintendencia de Valores. “Art. 1.5.2.1.- Adicionado. Res. 1201 de 1996, art. 1°. Principio general de inscripción. La intermediación de valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios sólo podrá realizarse por personas inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. // La inscripción de intermediarios en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios se realizará en la forma y con los requisitos previstos en el Capítulo Sexto, del título primero, de la parte primera, de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores” y también los artículos 1 y 2 del Decreto 1121 de 11 de abril de 2008.

⁵³ Las versiones libres de los señores Gabriel Eduardo Pillimue Potosí y Kevin Amilcar Calambas Velasco son coincidentes en sostener que solo hicieron estudio de riesgo respecto de Serfinco, pero no frente a Probolsa folios

garantías y reinvirtieron los recursos sin haber recibido el primer monto de la inversión. Por estos hechos, los accionantes fueron condenados disciplinariamente.

80. En relación con el elemento subjetivo de la moralidad administrativa, la Sala encuentra que la conducta de los servidores públicos a cargo y en representación de las inversiones del municipio Silvia contribuyó de manera determinante a que una sociedad comercial incrementara su patrimonio de manera injustificada y en detrimento de los recursos públicos del ente territorial. Esos recursos fueron destinados para una finalidad distinta, que contrario los intereses generales del municipio y que impidió su destinación en el sector salud.

81. La transparencia e integridad del mercado bursátil al ser vinculado a la actividad de la administración impone unos deberes superiores de cuidado, prudencia y previsión por parte de los funcionarios. Este tipo de operaciones no pueden quedar libradas al azar, ni sustentarse en la creencia subjetiva de que es una operación que genera confianza, puesto que, la gestión del patrimonio público, y en especial, de los recursos públicos implica el desarrollo de una actuación administrativa rigurosa y previsiva de los riesgos que se pueden presentar.

82. En ese sentido, la Sala encuentra que la actuación administrativa del municipio de Silvia en cabeza del alcalde y el secretario financiero no fue transparente y obraron de manera irresponsable, a tal punto que, la jefe de control interno le enviara a Kevin Amilcar Calambas el oficio de 23 de diciembre de 2008, en el que le manifiesta su asombro y preocupación por el uso de esos recursos⁵⁴. Le solicitó al servidor público explicar las razones por las cuales se obviaron los procedimientos a seguir como pedir la asesoría de la oficina jurídica y control interno. Asimismo, le pidió justificar porque no constituyeron pólizas para asegurar la inversión. Esto demuestra la falta de claridad sobre la gestión de estos recursos y la opacidad de la operación.

2.4. Medidas tendientes a restituir las cosas al estado anterior

83. La Ley 472 de 1998 faculta al juez para emitir órdenes de hacer o no hacer, mediante las cuáles se define la conducta pertinente para proteger el derecho e interés colectivo vulnerado o amenazado y evitar que se repitan las acciones trasgresoras de tales derechos o intereses⁵⁵. Asimismo, la acción popular tiene un carácter restitutivo, que le permite al juez emitir órdenes para volver las cosas al estado anterior a la violación del derecho en aquellos casos en que fuera posible, porque de no serlo procedería una indemnización⁵⁶.

84. Teniendo en cuenta el grado de participación de Serfinco, Probolsa y el municipio de Silvia por medio de sus servidores públicos, la Sala encuentra

295 a 298 y 305 a 305 del proceso fiscal. Tampoco obra en el proceso ninguna prueba que acredite el estudio de riesgo de Probolsa después de haber realizado un integral de las pruebas que obran en el expediente.

⁵⁴ Folios 190 a 191 del cuaderno 3.

⁵⁵ Ley 472 de 1998. Artículo 34.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 28 de marzo de 2014, Radicado 2001-90479-01 (AP)

que no puede condenar al pago de los perjuicios a Probolsa porque esta sociedad fue liquidada y desvinculada de este proceso. Tampoco puede imponerle la totalidad del pago de los perjuicios al municipio, de conformidad con el artículo 34 de la ley 472 de 1998 y porque concurriría la calidad de deudor y acreedor en el municipio de Silvia respecto de la parte sobre la cual es responsable. No obstante, puede condenar a Serfinco por la tercera parte del detrimento patrimonial, conforme a la incidencia que tuvo en la vulneración del derecho e intereses colectivo.

85. A partir de los derechos vulnerados, la Sala le impone la obligación a Serfinco de pagar la tercera parte de la suma de \$ 500.000.000 actualizada, esto es, el monto de \$166.666.666 actualizados en favor del municipio de Silvia, que corresponde a un tercio de los recursos que no fueron realmente invertidos por Probolsa y que Serfinco contribuyó a que ingresaran al patrimonio de esta, al incumplir sus deberes como comisionista de bolsa, y especialmente, por privilegiar los intereses de una sociedad comercial que no estaba autorizada por el Estado. Se reitera que, sobre este monto de la condena el municipio no se considera una entidad pública culpable.

86. Es importante destacar que, el inciso segundo del artículo 34 de la Ley 472 de 1998, establece que la condena de los perjuicios se hará “*in genere*” y se liquidará conforme al incidente del artículo 307 del CPC (hoy 283 del CGP). Sin embargo, en este caso, la Sala tiene elementos suficientes de juicio para establecer con certeza una condena concreta. Asimismo, no se puede desconocer que la naturaleza del derecho e intereses colectivo vulnerado permite su cuantificación, porque en este proceso el patrimonio público se representa a través del detrimento de una suma determinada de recursos públicos, que es medible y cierta.

87. Es necesario señalar que, la Corte Constitucional en Sentencia C-215 de 1999, determinó que la condena “*in genere*” tenía como propósito facilitarle la labor al juez para decidir, puesto que, la brevedad de los tiempos en las acciones populares no permitía determinar de manera concreta el monto de los perjuicios causados por la violación de un derecho colectivo. No obstante, se reitera que, la Sala tiene elementos suficientes para determinar con certeza los perjuicios de la vulneración del patrimonio público.

88. En ese sentido, para restituir las cosas al estado anterior la Sala le concederá el plazo de 6 meses a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que realice el pago del dinero actualizado, sin perjuicio de que el municipio de Silvia establezca un método de pago distinto para cumplir la obligación de dar que se impone en esta Sentencia. Para determinar el monto exacto del valor que deberá pagar se tomará como índice inicial el mes de diciembre de 2008, toda vez que, en esta fecha debía ingresar el dinero al municipio de Silvia y se tomará como índice final el último conocido a la fecha de esta providencia:

$$Ra = Rh \times \frac{\text{índice final / abril de 2021}}{\text{Índice inicial / diciembre de 2008}}$$

$$Ra = \$166.666.666 \times \frac{107,76}{69.80}$$

Ra = \$ 257.306.590.

89. En relación con la vulneración de la moralidad administrativa se ordenará al municipio de Silvia difundir el contenido de esta Sentencia entre los servidores de la entidad territorial y los habitantes de la población. Asimismo, le pide su colaboración para que desarrolle capacitaciones con las personas encargadas de manejar el patrimonio público de la entidad territorial, con el objetivo de que conozcan con claridad las condiciones mínimas de seguridad, idoneidad y de riesgo en la inversión de los excedentes de liquidez del sector de la salud.

2.5 Costas

90. La Ley 472 de 1998 desarrolló expresamente las costas en las acciones populares y realizó una remisión normativa expresa a las disposiciones del procedimiento civil, por lo que, el legislador estableció una regulación especial⁵⁷ de conformidad con las características propias de esta acción constitucional.

91. La Sala se abstendrá de condenar en costas en favor del actor popular, toda vez que, el numeral 6 del artículo 392 del CPC (hoy numeral 5 del artículo 365 del CGP) señala que, *“en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

92. Teniendo en cuenta la forma en que se desarrollaron los hechos, y que prosperaron parcialmente las pretensiones de los accionantes, porque solicitaban de manera injustificada la suspensión del proceso disciplinario en beneficio personal y no colectivo, la Sala se abstendrá de condenar en costas.

3. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de 29 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cauca, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, y en su lugar, **AMPARAR** los derechos e intereses colectivos a la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

⁵⁷ “Artículo 38. Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar.” Ver Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 27 Especial de Decisión, Sentencia de Unificación de 6 de agosto de 2019, Radicado 2017-00036-01 (AP)REV-SU.

Radicación número: 19001-33-31-002-2011-00399-01 (AP)
Actor: Gabriel Eduardo Pillimue Potosí y otro
Demandado: Superintendencia de Sociedades y otros
Referencia: Acción popular
Decisión: Revoca – condena

SEGUNDO: ORDENAR a SERFINCO S.A pagar la suma **\$ 257.306.590.** en favor del municipio de Silvia, para restablecer el derecho a la defensa del patrimonio público. Se concede el plazo de 6 meses a partir de la ejecutoria de esta providencia, para que realice el pago, sin perjuicio de que acuerden con el municipio de Silvia una forma de pago diferente.

TERCERO: ORDENAR al municipio de Silvia la difusión del contenido de esta Sentencia entre los servidores públicos y los habitantes de la entidad territorial. Asimismo, le **ORDENA DESARROLLAR** capacitaciones con las personas encargadas de manejar el patrimonio público de la entidad, con el objetivo de que conozcan con claridad las condiciones mínimas de seguridad, idoneidad y de riesgo en la inversión de los excedentes de liquidez del sector salud durante los próximos 3 años.

CUARTO: ABSTENERSE de condenar en costas.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expedir a la parte actora las copias auténticas con las constancias.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Salvamento de voto

Firmado electrónicamente
RAMIRO PAZOS GUERRERO

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA