

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA  
SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., tres (3) de julio de dos mil veinte (2020)

**MAGISTRADA PONENTE: CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**

**Expediente No.:** 11001-3334-003-2016-00292-01  
**DEMANDANTE:** JUAN CARLOS ORTÍZ ZARRATE  
**DEMANDADO:** SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES  
**Medio de Control:** Nulidad y restablecimiento del derecho -  
Sistema oral

---

**Asunto: Fallo Segunda Instancia**

En la oportunidad procesal prevista en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor JUAN CARLOS ORTÍZ ZARRATE contra la sentencia del diecinueve (19) de enero de 2018, proferida en audiencia por el Juzgado Tercero (3) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá - Sección Primera, mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**1. El escrito de demanda**

El señor JUAN CARLOS ORTÍZ ZARRATE, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control, de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2012), presentó demanda contra la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (fls. 1 al 34 del Cdo. Ppal. No.1).

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

## 1.1. Pretensiones

La parte actora solicitó las siguientes:

**Primera:** Declárense nulos los siguientes actos administrativos, proferidos (sic) el Superintendente de Sociedades Ad-Hoc: a) Resolución No. 125-002526 del 24/07/2015, por la cual se declara una situación de control y se imponen unas multas; y b) Resolución No. 125-000887 del 08/03/2016, por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición.

**Segunda:** Que, como consecuencia de lo anterior, en calidad de restablecimiento del derecho, se exima a mi mandante, JUAN CARLOS ORTÍZ ZARRATE, del pago de la multa que se le impuso en los actos administrativos señalados en el numeral anterior, por valor de ciento veintiocho millones ochocientos setenta mil pesos (\$128.870.000) y los intereses e indexaciones que haya generado.

**Tercero:** Que se condene a la demandada al pago de las costas y gastos del proceso.”

## 2. HECHOS

Fueron expuestos así por la parte actora:

El día treinta (30) de enero de 2013, el demandante fue notificado personalmente a través de apoderado de la Resolución No. 300-000488 del veintidós (22) de enero de 2013, por medio de la cual se corrieron cargos por una supuesta violación al artículo 30 de la Ley 222 de 1995, frente a la empresa Valores Incorporados S.A.S.

Manifiesta que la resolución antes mencionada se inició por la solicitud del Doctor Jaime Granados, abogado de la sociedad Eclipse Management B.V., en el marco de una reunión con el Superintendente de Sociedades, algunos funcionarios de esa entidad y ciertos particulares.

Señala que el hoy demandante presentó descargos el día veinte (20) de febrero de 2013, indicando que no es controlante de Rentafolio Bursátil y Financiero S.A.S., y exponiendo los argumentos esbozados en dicho escrito.

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

Mediante Resoluciones No. 125-002432 del quince (15) de abril de 2013 y 125-002995 del treinta (30) de abril de 2013 se decretaron de oficio y a solicitud de parte, la práctica de pruebas documentales y testimoniales.

Indica que con la Resolución No. 125-003613 del cinco (5) de agosto de 2014, se corrió traslado de las pruebas practicadas al demandante, quien se pronunció el día veintiséis (26) de agosto de 2014.

Por medio de la Resolución No. 125-002526 del veinticuatro (24) de julio de 2015, la Superintendencia de Sociedades declaró a los señores Juan Carlos Ortiz Zarrate y Tomás Jaramillo Botero como controlantes de la sociedad Valores Incorporados S.A.S., y les impuso multas por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, acto administrativo notificado personalmente al primero el diez (10) de agosto de 2015.

Manifiesta que el demandante presentó el correspondiente recurso de reposición contra la Resolución antes mencionada e indicó los argumentos esgrimidos en dicho escrito.

Señala que el recurso de reposición fue resuelto mediante la Resolución No. 125-000887 del ocho (8) de marzo de 2016, confirmando íntegramente la decisión que revisaba y, por tanto, incurriendo en violación a normas superiores que se cometió en la primera decisión; Este último acto administrativo fue notificado personalmente el veintinueve (29) de marzo de 2016.

Finalmente considera importante indicar que, con ocasión de una imputación de cargos dentro de una actuación penal de hechos sucedidos única y exclusivamente relacionados con el Fondo Premium, el demandante reconoció la comisión de unos delitos, cuya situación fáctica es totalmente diferente a la expuesta en las decisiones acusadas.

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

### 3. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTOS DE LA VIOLACIÓN.

3.1. Considera la parte demandante que los actos administrativos demandados vulneran:

Los artículos 1, 2, 6, 13 y 29 de la Constitución Política, artículo 30 de la Ley 222 de 1996, los artículos 3º y 52 de la Ley 1437 de 2011 CPACA y, artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

3.2. La parte demandante propuso como conceptos de la violación los siguientes:

**Violación de las normas superiores en las que debe fundarse:** menciona que el Estado de Derecho como instrumento de ordenación de una sociedad supone la existencia de un marco normativo dentro del cual se puedan desarrollar las manifestaciones de existencia tanto de los administrados como los administradores.

Señala que ese marco o esquema jurídico es de diferente intensidad dependiendo de la calidad del destinatario de la norma, pues el pensamiento occidental se ha orientado hacia el respeto de la autonomía de la voluntad en cuanto a los participantes por lo que la regulación para ellos se caracteriza por ser de límites.

Así mismo, indica que las normas constitucionales no prevén formas de dirigismo estatal político o ético, sino que, por el contrario, consagran como principio el pluralismo y la coexistencia de las más diversas formas de vida, lo cual corresponde al principio de la *"indubio pro libertate"*.

Indica que existe una fuerte inclinación a delimitar clara y detalladamente el ambiente de acción de los agentes estatales, dando como resultado la

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

estructuración del principio de legalidad de la administración, prueba de ello es el artículo 6° de la Constitución Política, norma constitucional que regula el principio de legalidad.

Considera que, en el derecho colombiano, cabe plantear el estudio de las causales de nulidad del acto, abordando el análisis del principio de legalidad, por lo que aparece así la necesidad de establecer controles por parte del Estado para evitar trasgresiones o cuando menos, se eviten.

Concluye que obviamente dentro de la violación al principio de legalidad se encuentra el quebrantamiento de las normas constitucionales, pues el marco normativo esencial de la actividad del Estado es la Carta Política. Así, las violaciones a la norma superior que plantea en la demanda son tan constitucionales como legales.

Señala que la hipótesis de la Superintendencia de Sociedades en la investigación administrativa era, al iniciar el trámite, que el demandante se encuentra en situación de control conjunto indirecto, en compañía del señor Tomás Jaramillo, dado que eran directores de la sociedad Premium Capital Investment Advisors LTDA y como tales son los controlantes de la sociedad PCAF al tener la propiedad de todas las acciones con derecho a voto.

Por lo anterior, aduce que por su calidad de directores de la sociedad Premium Capital Investment Advisors LTDA eran controlantes de la sociedad PCAF y esta a su vez era la controlante de ANDEAN CAPITAL MARKETS S.A., y esta última es la controlante de la sociedad Valores Incorporados S.A.S.

Indica que las dos últimas participaciones societarias no están probadas en el expediente de la investigación administrativa por presunto incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1996. Considera que en el expediente no existe prueba alguna que la sociedad extranjera PCAF controlaba la sociedad

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

extranjera ANDEAN CAPITAL MARKETS S.A., y mucho menos una prueba documental pertinente.

Igualmente, no existe prueba en el expediente correspondiente a la investigación administrativa por presunto incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1996, de la supuesta propiedad de la sociedad extranjera ANDEAN CAPITAL MARKETS S.A., de una participación accionaria en Valores Incorporados S.A.S., por lo que en la Resolución No. 300-000488 del veintidós (22) de enero de 2013 que inició el procedimiento, se indicó que tal composición accionaria fue verificada, al parecer, en una visita de la Superintendencia de Sociedades a la empresa Valores Incorporados S.A.S., sin embargo, en el expediente de la investigación administrativa, dicho elemento probatorio no se encuentra, como prueba trasladada, o como prueba directamente recaudada dentro del mismo.

Expone que en la misma resolución se indica la forma en la cual se probó la composición accionaria de la sociedad extranjera ANDEAN CAPITAL MARKETS S.A., con el dicho del Doctor Jaime Granados y un resumen ejecutivo de una reunión de accionistas, situación que a todas luces es impertinente para probar la composición accionaria de una sociedad y menos extranjera. Aún así, tales documentos no reposan como prueba trasladada o directa en el expediente.

Considera que no se encuentra probado en el expediente la calidad de director de la sociedad Premium Capital Investment Advisors LTDA, que se le endilga al demandante, pues se trata de una condición que no tiene respaldo probatorio alguno.

Señala que es absolutamente claro que ocurrió una crasa violación al debido proceso y al derecho de defensa, pues en la Resolución No. 300-000488 del veintidós (22) de enero de 2013, que la puede asimilar a la imputación de cargos, se aprecia una simple lectura de formulación ambigua y anfibológica

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

de la citada imputación que impide el pleno ejercicio del derecho de defensa, toda vez que considera, que en ninguna parte del acto administrativo se establece si la imputación se realiza a partir de una de las presunciones del artículo 261 del Código de Comercio y si ello es así, de cuál de las enlistadas en el citado artículo, pues cada una de ellas contiene supuestos fácticos diferentes.

Manifiesta que no es posible defenderse adecuadamente de la formulación del cargo de violación del artículo 30 de la Ley 222 de 1996, porque esa conducta implica necesariamente la trasgresión de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio en alguna de las modalidades allí previstas, pero debe ser definido por el investigador antes de la apertura de la investigación disciplinaria.

Reitera que la apertura de la investigación se realizó a partir del dicho de un tercero, sin tener elementos probatorios conducentes que permitan siquiera a partir de indicios, encuadrar algún comportamiento del demandante como violatorio del ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, se le imputó al demandante una cierta responsabilidad disciplinaria, de tipo administrativo, sobre consideraciones de sospecha, a partir de conjeturas de terceros, y no sobre elementos de convicción debidamente probados, como ordena la Constitución al reconocer la presunción de inocencia, por lo que le correspondía a la entidad demandada desvirtuar dicha presunción.

Considera que el reproche gira en torno a que no se determinaron las presunciones que se estaban utilizando en la investigación, y además, la modificación de su fundamento fáctico.

Señala que la vaguedad en la construcción de la hipótesis de imputación y las variaciones en el planteamiento de los hechos que dan sustento a la

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

imputación, generan un quebrantamiento del derecho de defensa y del debido proceso.

Indica que la demandada mediante auto No. 400-013267 del veintinueve (29) de julio de 2013 explicó que la mayor accionista de la sociedad Valores Incorporados SAS era una sociedad denominada ANDEAN CAPITAL MARKETS (82.51%) y que a su vez la composición accionaria de esta, las únicas acciones con derecho a voto pertenecían a título personal a Rachid Maluf y Juan Andrés Tirado, lo que quiere decir, que estas personas eran los que controlaban las sociedades antes mencionadas.

Adicional a lo anterior, dice que el fundamento fáctico de la imputación quebrante el principio de congruencia que debe gobernar los procesos en los que esta comprometido el derecho sancionatorio, pues su respeto guarda conexión con el ejercicio al derecho de defensa.

Señala que la condición de ser controlante conjunto indirecto de la sociedad Valores Incorporados SAS comporta una conjunción de voluntades que podría ser permanente o transitoria que necesariamente requiere la definición temporal de esa unión o propósito común dado que no es solamente verificar los elementos objetivos como la participación accionaria, que en el caso no es mayoritaria, sino la prueba evidente de comportamientos coordinados de una pluralidad de personas que controlan una sociedad manifestando la intención de actuar en común, que deje claro el ánimo de actuar como grupo.

Las circunstancias temporales, modales y geográficas de ocurrencia de ese supuesto control conjunto no están probadas en el expediente ni mucho menos con los extractos de los testimonios citados en la resolución cuestionada de los señores Rachid Maluf y Juan Andrés Tirado que son los que señalan que recibían órdenes del hoy demandante y del señor Tomás Jaramillo, atinentes al manejo de la empresa supuestamente controlada, sin embargo, no se encuentra documentada.

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

Considera que en gracias de discusión, si se aceptara que los señores Maluf y Tirado recibieron instrucciones del demandante y del señor Jaramillo, con ello no esta probado el actuar conjunto en el control de la compañía.

Señala que la demandad no tuvo en cuenta el material probatoria que beneficiaba al demandante, tales como el distanciamiento tanto personal como profesional con el señor Tomás Jaramillo, por graves discrepancias, que ocurrió a partir del año 2011, es decir, que desde ese año se separó de cualquier tipo de actividad que significara tener relación con el señor Jaramillo y de tales hechos dan cuenta los señores Jhon Muñoz, Rachid Maluf y Ricardo Emilio Martínez.

Expone que existían diferencias radicales entre el demandante y el señor Tomás Jaramillo que impedían que se estructuraran los supuestos legales sobre los que se edifica el control conjunto, y mucho menos, si es de naturaleza indirecta.

Manifiesta que la Superintendencia de Sociedades no aclara en qué temas específicos coinciden los testimonios de los señores Maluf y Tirado con la prueba documental, reiterando que en la prueba del control conjunto habría que demostrar la voluntad de ejercer ese control, que documentalmente no se encuentra probado en el expediente.

Indica que las personas antes mencionadas, se encuentran vinculados a un proceso penal como fue manifestado por los propios testigos y tiene conocimiento la entidad demandada, en el que se tienen que defender de graves sindicaciones de la Fiscalía General de la Nación que comprometen su responsabilidad, por lo que ese solo hecho debe colocar en tela de juicio dichas afirmaciones.

La afirmación en cuanto a que el demandante ejercía un supuesto control en

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

compañía del señor Tomás Jaramillo de la sociedad extranjera PCAF, debe tener en cuenta que las personas jurídicas que componen su *staff* directivo son los que controlan y deciden en la aludida sociedad.

Manifiesta que está probado que la sociedad extranjera PCAF y la sociedad Premium Capital Investment Advisors LTDA tenía una relación contractual en plano de igualdad, que en modo alguno significaba el total control de los primeros sobre los segundos.

El diecisiete (17) de mayo de 2013 la Superintendencia de Sociedades mediante Auto 400-008970 ordenó la intervención mediante la toma de posesión de los bienes, haberes, negocios y patrimonio y la suspensión inmediata de las actividades de las sociedades Rentafolio Bursatil y Financiera SAS., Valores Incorporados SAS y Premium Capital Investment Advisor LTD, con domicilio en Bahamas y de varias personas naturales, entre esas, el demandante.

Señala que la anterior decisión prácticamente responsabiliza a las personas sobre las cuales se tomó posesión de los bienes, de supuestas operaciones de captación o recaudo de dineros, en infracción a la ley.

Señala que la citada decisión tuvo en cuenta unas pruebas trasladadas de la investigación administrativa para la determinación de situación de control conjunto, y a partir de tal material probatorio (que aún no ha sido sometido a valoración definitiva de la autoridad competente en el procedimiento administrativo correspondiente) se da por cierto que el demandante y el señor Tomás Jaramillo son, sin decirlo explícitamente pero sí en otras palabras, controlantes conjuntos de la sociedad Valores Incorporados SAS.

Por lo anterior, concluye que el proceso esta viciado por un evidente prejuizgamiento sobre la condición jurídica del demandante, con un indudable quebranto de su presunción de inocencia, derecho de defensa y en general,

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

derecho fundamental al debido proceso.

Respecto a la violación del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, indica que la calidad de controlante conjunto indirecto comporta la conjunción de voluntades, que podría ser permanente o transitoria, considera lógico que se requiera la definición temporal de esa unión o propósito común, dado que no es solamente verificar elementos objetivos, sino la prueba evidente de comportamientos coordinados de una pluralidad de personas que controlan una sociedad manifestando la intención de actuar en común.

Por lo anterior, advirtió que en los testimonios de los señores Jhon Muñoz, Rachid Maluff y Ricardo Emilio Martínez, que existió un severo distanciamiento tanto profesional como personal entre el demandante y el señor Tomás Jaramillo a partir del año 2011, es decir, que ese mismo año, el señor Juan Carlos Ortiz Zarrate se separó de cualquier tipo de actividad que significara actuar en compañía del señor Jaramillo.

En vista de lo precedente, expone que si se pensara en la existencia de una situación de control conjunto con el señor Jaramillo, ella cesó a partir del año 2011 y en ese sentido habría caducado la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades para adelantar la investigación por el presunto incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1996, de acuerdo con el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 CPACA.

Así mismo, indica que a pesar que persista una eventual participación accionaria del demandante en la sociedad Premium Capital Investment Advisor LTDA o en la sociedad PCAF, en la situación de control conjunto es un elemento necesario la unión de voluntades para un mismo propósito, que en este caso, a partir del año 2011 no ocurrió.

No obstante lo anterior, la caducidad de la facultad sancionatoria fue desechada en los actos demandados tras considerar que como existe norma

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

especial aplicable, como lo es el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, no era aplicable el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 CPACA.

**Falsa motivación:** Manifestó que el acto administrativo como categoría que es del acto jurídico, exige como elemento esencial suyo que su expedición tenga una causa y una razón de ser de su existencia, por lo que la causa o motivo de un acto administrativo no puede ser el capricho o las intenciones subjetivas de un servidor público.

Señala que en caso concreto del demandante los actos administrativos demandados son contrarios a la realidad, por lo que se expiden bajo el presupuesto del control conjunto de la sociedad Valores Incorporados SAS por parte del señor Juan Carlos Ortiz Zarrate y del señor Tomás Jaramillo, sin embargo, ello no fue probado durante la investigación administrativa.

Concluye que los actos administrativos bajo reproche están basados en la construcción de una hipótesis según la cual existía dicho control, sin tener sustento fáctico alguno, por lo que devienen en falsa motivación.

#### **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

##### **4.1. Superintendencia de Sociedades**

4.1.1. La entidad demandada por intermedio de su apoderada judicial, solicitó despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda y condenas solicitadas, argumentando:

Que las Resoluciones Nos. 125-002526 del veinticuatro (24) de julio de 2015 y 125-000887 del ocho (8) de marzo de 2016, expedidas por el Superintendente de Sociedades *Ad-Hoc*, gozan de presunción de legalidad, atributo propio del acto administrativo.

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En este sentido, los artículos 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil señalan que lo legalmente presumido se tiene por cierto, salvo prueba en contrario, y que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por lo que solicita se aplique la presunción de legalidad.

Respecto al primer cargo sostiene que las afirmaciones realizadas por la parte demandante resultan fácilmente desvirtuadas con una simple revisión al expediente administrativo, soportado en las pruebas tanto documentales como testimoniales.

Señala que respecto a la calidad del demandante como Director de la sociedad Premium Capital Investment Advisors LTDA, mediante Resolución No. 125-002995 del treinta (30) de abril de 2013, se requirió al Director de dicha sociedad (i) copia de los estatutos de constitución y, (ii) Certificado de composición accionaria desde su constitución hasta la fecha, donde aparece el señor Juan Carlos Ortiz Zarrate con una participación del 50%.

En cuanto a la relación entre la sociedad Premium Capital Appreciation Fund B.V. y ANDEAN CAPITAL MARKETS S.A., a través del radicado No. 2013-01-122563 del dieciocho (18) de abril de 2013 fueron allegados *“Notes to the Consolidated Financial Statements”*, lo que en español se traduciría como los estados financieros consolidados de la sociedad Premium Capital Appreciation Fund B.V., en los cuales es señalado textualmente *“The fund owns 99.9% of the shares in Andean Capital Markets S.A., a company incorporated under the laws of Panama. The remaining 0.1% is owned by related parties”*, traduciéndose que el fondo (Premium Capital Appreciation Fund B.V., - PCAF) posee el 99.9% de las acciones de Andean Capital Markets S.A., una empresa constituida bajo las leyes de Panamá. El 0.1% restante es de propiedad de las partes relacionadas.

Respecto a la participación del demandante en la sociedad PCAF, se

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

encontró demostrada con la radicación No. 2013-01-157675 mediante el cual fueron allegados documentos entre ellos, los estatutos de PCAF y el registro de accionistas con derecho a voto, documental de la cual se logró desprender la participación del demandante y el señor Tomás Jaramillo en dicha sociedad en un 50% c/u.

En cuanto a la relación entre la sociedad Andean Capital Markets S.A. con Valores Incorporados SAS, contrario a lo manifestado por la parte demandante, resulta ser prueba debidamente decretada, copia del libro de registro de accionistas y la certificación expedida por la revisoría fiscal de Valores Incorporados SAS, Marisol Castellanos Roa (miembro de la firma CR Financial & Legal Services Colombia SAS) del veintinueve (29) de noviembre de 2012, de la cual se desprende la composición accionaria de aquella, por lo que se logra verificar que la accionista mayoritaria de la sociedad Valores Incorporados SAS es la sociedad Andean Capital Markets SA, con una participación del 82.51% y en consecuencia, acreditada la calidad de controlante se ésta sobre la primera.

Con relación a la violación del debido proceso y al derecho de defensa en cuanto a la supuesta formulación ambigua o anfibológica, sostiene que una de las características del Estados de Derecho, parte del supuesto que todas las competencias son regladas, así, controla el poder estatal y se protegen y realizan los derechos del individuo.

Dicha previsión contenida en el artículo 189 numeral 24 de la Constitución Política, que establece que corresponde al Presidente de la República *“Ejercer de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles”*, funciones que precisamente ejerce por delegación la Superintendencia de Sociedades en los términos dispuestos en los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995 y los Decretos 1080 de 1996 y 4350 de 2006.

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

Fue por dichas atribuidas a la Superintendencia de Sociedades y con ocasión de la información que le fuera suministrada por parte del señor Jaime Granados, que procedió a realizar una toma de información a la sociedad Valores Incorporados SAS, con el fin de verificar las situaciones puestas en su conocimiento (Credencial 300-000548 del veintiséis (26) de noviembre de 2012).

Realizada la respectiva diligencia de toma de información el día seis (6) de diciembre de 2012, se resolvió a través de Resolución No. 300-000488 decretar la apertura de una investigación administrativa y correr traslado por el presunto incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

Con las pruebas, la entidad concluyó que: (i) los señores Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zarrate controlaban a la sociedad PCAF, (ii) PCAF es el controlante de Andean Capital Markets SA, (iii) Andean Capital Markets SA es el controlante de Valores Incorporados SAS y, (iv) Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zarrate controlaban a la sociedad Valores Incorporados SAS de manera indirecta, por intermedio de las sociedades antes mencionadas.

Indica que dentro de la resolución de apertura de la investigación fue señalado, que la presunción de la situación de control obedecía a la participación de los señores Juan Carlos Ortiz Zarrate y Tomás Jaramillo Botero en el capital de la sociedad Valores Incorporados SAS, la cual, como fue planteado, se presentó indirectamente, por lo que el presupuesto de control en ese caso resultaba ser el establecido en el numeral 1º del artículo 261 del Código de Comercio, en concordancia con el párrafo 1º de la misma norma y el artículo 260 del mismo estatuto, cargo formulado atendiendo a la documental recopilada en la diligencia de toma de información, así como de la información suministrada por el señor Jaime Granados.

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

Considera importante advertir que al encontrarse en frente a una presunción de subordinación, correspondía a los investigados desvirtuar aquella, situación que dentro del trámite administrativo no ocurrió, pues la prueba documental y testimonial recaudada logró establecerse la situación de control ejercida por los investigados sobre la sociedad Valores Incorporados SAS, sin que esta se encontrara debidamente registrada, lo cual dio lugar a imponer la multa objeto del presente litigio.

Expone que resulta claro que la fundamentación fáctica tanto de la imputación como de la declaratoria de control y la multa para evidenciar la situación de control de los investigados sobre Valores Incorporados SAS., estuvo constituida por diversas pruebas con las cuales logró demostrarse que los señores Ortiz y Jaramillo controlaban la sociedad Valores Incorporados SAS, indirectamente a través de la sociedad Premium Capital Appreciation Fund B.V., sociedad última que controlaban a través de las propiedad de todas las acciones con derecho a voto.

Informa que en la resolución de apertura fue indicado que los investigados eran controlantes indirectos de Valores Incorporados SAS, entre otras cosas, por tener todas las acciones con derecho a voto y ser los controlantes de Premium Capital Appreciation Fund B.V., sin que fuese consignado que el control proviniera de su calidad de directores de Premium Capital Investment Advisors LTD, como es afirmado.

Considera que la afirmación de la conjunción de voluntades resulta fácilmente desvirtuada gracias al material probatorio recopilado a lo largo de la investigación, el cual permitió determinar las actuaciones de los investigados que denotaba la voluntad conjunta y mancomunada de ambos investigados, mediante las cuales ejercían control conjunto sobre Premium Capital Appreciation B.V., sociedad que a su vez controlaba a Valores Incorporados SAS a través de Andean Capital Markets SA.

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

Expone que de las pruebas se logró acreditar que los investigados tenían un papel fundamental dentro de Premium Capital Appreciation Fund B.V., ejerciendo un control de manera conjunta sobre dicha sociedad. Lo anterior, atendiendo que en cabeza de aquellos se encontraban decisiones de tal importancia como nombrar y remover a los miembros de la Junta Directiva, a los Directores del Consejo de Vigilancia, aprobar los estados financieros, modificar los estatutos e incluso, la facultad de disolver la sociedad.

Los poderes otorgados a Eclipse Management B.V., para votar en nombre de ellos de manera idéntica en la asamblea anual de Premium Capital Appreciation Fund B.V., que se llevaría a cabo el veintinueve (29) de junio de 2012 en Curazao, demuestra que los investigados ejercían las facultades que les otorgaban los estatutos y tomaban las decisiones más relevantes para la compañía de manera conjunta, demostrando con ello que no solo ejercían control societario sobre Premium Capital Appreciation Fund B.V., sino que lo hacían de manera conjunta.

Con relación al correo electrónico del veinticuatro (24) de junio de 2010, se advierte que independientemente de cuál de los dos investigados procedió a dar respuesta, lo que se extrajo del mismo fue que el remitente consideró que debía dirigirlo tanto a Juan Carlos Ortiz como a Tomás Jaramillo Botero, quienes eran percibidos conjuntamente como controlantes y sus superiores, control conjunto que fue reafirmado con los testimonios de los señores Rachid Maluf Raad Codirector y asesor Premium Capital Investment Advisor LTDA, y Juan Andrés Tirado Moreno Asesor financiero y directos de la misma sociedad.

En atención a la afirmación que el supuesto control ejercido por la sociedad Eclipse Management sobre la sociedad Premium Capital Appreciation Fund B.V., y no por parte de los investigados, considera necesario poner de presente el hecho que según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 9º de los estatutos de Premium Capital Appreciation Fund B.V., y el contrato del

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

veintiocho (28) de febrero de 2008 celebrado entre Premium Capital Appreciation Fund B.V., Premium Capital Investment Advisor LLC y Eclipse Management B.V., para el nombramiento del Directores, consta que la facultad para nombrar a Eclipse Management B.V., como Director del fondo, correspondía a los accionistas con derecho a voto de Premium Capital Appreciation Fund B.V., es decir, a Juan Carlos Ortiz Zarrate y Tomás Jaramillo Botero.

Respecto al cargo de violación al artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, manifiesta que en el presente caso la investigación se encontraba dirigida a demostrar el incumplimiento de lo ordenado en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, ley dentro de la cual se hace referencia expresa a un término de cinco (5) años para el ejercicio de la facultad sancionatoria concedida a la entidad.

Por lo anterior, se desprende de la norma antes mencionada que las actuaciones que pueda adelantar la entidad en cumplimiento de funciones administrativas cuentan con un término de prescripción de cinco (5) años, término este que por encontrarse en una norma de carácter especial, esto es, la Ley 222 de 1995, se prefiere al contenido en la Ley 1437 de 2011.

La acusación por falsa motivación endilgada contra los actos de la administración solo proceden por error de hecho, o por error de derecho, ya sea por el yerro que se les impute tenga que ver con la inexistencia de os hechos que dieron lugar a la expedición del acto, o con la indebida adecuación normativa que de ellos haga la autoridad correspondiente.

4.1.2. La Superintendencia de Sociedades no propuso excepciones.

## **5. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA**

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicado y repartido el presente medio de control, le correspondió el conocimiento al Juzgado Tercero (3º) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá - Sección Primera, quien mediante auto del veinte (20) de octubre de 2016 (fl. 98 del Cdo. Ppal. No. 1) inadmitió la demanda para que: (i) se haga la presentación personal por el poderdante ante el Juez, Oficina de Apoyo o Notaría.

Contra la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de reposición argumentando que el poder en cuestión si cuenta con la presentación personal del demandante, tras considerar que éste se encuentra afectado por una medida de aseguramiento intramural impuesta el veintisiete (27) de febrero de 2015, por el Juzgado 78 Penal de Bogotá, con función de garantías, al acoger la petición de la Fiscalía, como presuntos responsables de los delitos de estafa, concierto para delinquir y manipulación fraudulenta de especies.

El dieciséis (16) de noviembre de 2016, se decidió el recurso de reposición, reponiendo la anterior decisión y admitiendo la demanda (fl. 107 *Ibíd*), y se dispuso la notificación personal a la Superintendencia de Sociedades, al Agente del Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, corriéndoseles traslado para pronunciarse frente a los hechos y pretensiones de la demanda.

Posteriormente, la parte demandante presentó solicitud de corrección, siendo resuelta el día doce (12) de enero de 2017, corrigiendo el numeral 10º del auto del dieciséis (16) de noviembre de 2016.

### **5.1. Audiencia inicial**

Convocada mediante auto del cinco (5) de julio de 2017 para el día diez (10) de agosto de 2017 (fls. 165 *Ibíd.*), la audiencia inicial se llevó a cabo con la comparecencia de los apoderados del señor Juan Carlos Ortiz Zarrate y de

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

la Superintendencia de Sociedades (fls. 167 al 252 *Ibíd.*).

En la diligencia la Jueza de instancia se pronunció sobre:

i) El saneamiento del proceso: indicando que no existe irregularidad procesal que impida continuar con el proceso o emitir pronunciamiento de fondo dentro del asunto.

ii) Las excepciones previas: la Superintendencia de Sociedades no propuso ninguna en la contestación de la demanda y el Despacho no encontró fundamento para decretar alguna de oficio.

iii) La fijación del litigio: declaró probados los hechos 1 a 8 narrados en el escrito de demanda, declaró parcialmente cierto el hecho 9, fijó en litigio el hecho 11, el supuesto del numeral 10 no tiene la característica de ser una premisa fáctica.

De conformidad con los cargos formulados en la demanda se debe establecer si con la expedición de las Resoluciones No. 125-002526 del veinticuatro (24) de julio de 2015 y 125-000887 del ocho (8) de marzo de 2016, la Superintendencia de Sociedades incurrió en violación al debido proceso y derecho de defensa, si tenía competencia para expedir los actos administrativos acusados en razón de la caducidad de la facultad sancionatorio y si estos fueron expedidos con falsa motivación, todo ello en los términos expuestos en el concepto de violación de la demanda.

iv) La etapa conciliatoria: se declaró fallida ante la falta de ánimo conciliatorio de las partes.

v) Medidas cautelares: No se presentó solicitud de medidas cautelares.

vi) Las pruebas: se dio el valor probatorio a las aportadas por las partes.

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

### Oficios parte demandante:

- Se decretó oficiar a la Superintendencia de Sociedades para que remitiera copia del Auto No. 400-008970 del veintinueve (29) de julio de 2013 proferida por la Delegada para Procedimientos de Insolvencia, por medio del cual se ordenó la intervención mediante posesión de bienes, haberes, negocios y patrimonio, de las sociedades Rentafolio Bursátil y Financiero SAS, Valores Incorporados SAS, Premium Capital Investment Avisor LTDA y contra varias personas naturales.

- Se decretó oficiar a la Superintendencia de Sociedades para que remitiera copia del Auto No. 400-013267, por medio del cual se ordenó la intervención mediante posesión de bienes, haberes, negocios y patrimonio, de la sociedad Valores Incorporados SAS, así como la suspensión inmediata de las actividades de otras sociedades, que complementan las medidas de intervención adoptadas el die siete (7) de mayo del mismo año a las sociedades Rentafolio Bursátil y Financiero SAS y a las personas naturales.

### 5.2. Audiencia de Pruebas

Convocada en la audiencia inicial para el día ocho (8) de septiembre de 2017 (fls. 173 *Ibíd.*), la audiencia inicial se llevó a cabo con la comparecencia de los apoderados del señor Juan Carlos Ortiz Zarrate y la Superintendencia de Sociedades (fls. 179 al 182 *Ibíd.*).

Al no haber encontrado circunstancia que sanear ni la ocurrencia de causal de nulidad alguna, se reconoció personería jurídica al apoderado de la entidad demandada para actuar en esa audiencia y se le requirió para que allegara las pruebas, suspendiéndose la audiencia.

La continuación a la audiencia de pruebas se realizó previa citación mediante

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

auto del dieciocho (18) de octubre de 2017, para el día quince (15) de noviembre del mismo año, donde se procedió a incorporar las pruebas decretadas y se corrió traslado para alegar de conclusión.

## 6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**6.1. Parte demandante:** Ratificó los argumentos y pretensiones dichos en la demanda, los cuales obran del folio 218 al 242 del Cdno. Ppal No. 1.

**6.2. Superintendencia de Sociedades:** Ratificó los argumentos presentados en la contestación de la demanda, los cuales obran del folio 243 al 248 *Ibídem*.

## 7. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado Tercero (3º) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá - Sección Primera profirió sentencia de primera instancia, denegando las pretensiones de la demanda (fls. 249 al 285).

Indicó que el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 señala que cuando se configure una situación de control, es obligación de la sociedad controlante hacerla constar en documento privado y presentarlo para su inscripción en el registro mercantil de cada uno de los vinculados, si no se cumple con dicha obligación, la autoridad que ejerza la inspección, vigilancia y control sobre cualquiera de las vinculadas deberá declarar la situación de control, ordenar la respectiva inscripción en el registro mercantil, así como impondrá las multas correspondientes si a ello hubiere lugar.

Señaló que los artículos 260 y 261 del Código de Comercio indican que una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas, directamente o por intermedio de las subordinadas de aquella, por lo que el control también

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

podrá ser ejercido por intermedio de las subordinadas de la persona que ejerce poder de decisión sobre la sociedad controlada, caso en el cual, se deberá determinar también la subordinación respecto de esta o estas.

Así mismo, el legislador estableció los casos en los cuales se presume que existe subordinación de una sociedad (numerales 1 a 3 del artículo 261 del Código de Comercio), entre ellos, cuando más del 50% del capital de la sociedad, pertenezca a la matriz, bien sea directamente o con el concurso de sus subordinadas. Igualmente, también existía subordinación o control cuando el mismo lo ejerciera una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, directamente o por intermedio de las entidades en las cuales éstas posean más del 50% del capital. Configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la misma.

Por lo anterior, una situación de control sobre una sociedad se puede predicar bien respecto de otra sociedad, cuando esta posea más del 50% del capital de la subordinada, o bien respecto de una persona o personas (naturales o jurídicas) que no tengan naturaleza societaria, siempre que ésta o estas posean más del 50% del capital, dispongan la mayoría mínima para tomar decisiones y/o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la sociedad controlada, directamente o por intermedio de las subordinadas de aquella.

Consideró que se probó que la Superintendencia de Sociedades inició la actuación administrativa imputando a los señores Juan Carlos Ortiz Zarrate y Tomás Jaramillo el cargo consistente en el presunto incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995 y por tanto, el objeto de la investigación se concretó en determinar una posible situación de control indirecta ejercida por los antes señalados sobre la sociedad Valores Incorporados SAS, así fue como en la Resolución No. 300-000488 del dos (2) de enero de 2013, se determinaron ciertos aspectos para presumir la situación de control.

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Así mismo, considera que se encuentra acreditado que en la actuación administrativa la Superintendencia de Sociedades logró desvirtuar la presunción de inocencia del demandante, tal como se observa en las Resoluciones Nros. 125-002526 del veinticuatro (24) de julio de 2015, por la cual se declara una situación de control y se imponen unas multas y la 125-000887 del ocho (8) de marzo de 2016 por la cual se resuelven unos recursos, donde se efectuó un análisis riguroso del material probatorio recaudado.

Concluyó que como los señores Ortiz y Jaramillo ejercían control sobre Premium Capital Appreciations Funds B.V., a través de su gerente de inversión Premium Capital Investments Advisors LTDA, (en tanto ejercían como accionistas mayoritarios) y que dicho fondo a su vez era el partícipe mayoritario de Andean Capital Markets SA, sociedad última sobre la cual, por se también ejercían control, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 261 del Código de Comercio, en concordancia con el párrafo 1º *Ibidem*, y por tanto se encuentra probado el control indirecto que estos también ejercían sobre la sociedad Valores Incorporados SAS Premium.

No encontró respaldo a la afirmación realizada en la demanda en cuanto a que no se probó la existencia de comportamientos coordinados entre los señores Ortiz y Jaramillo o una manifestación de intención de actuar en común, indicando igualmente, que el supuesto distanciamiento entre los antes mencionados, resulta ser irrelevante frente a que su actuar conjunto se encuentra demostrado en relación con el manejo de las compañías sobre las cuales en conjunto poseían el total de sus acciones y sobre aquellas en los que indirectamente ejercían control, que para el caso resulta ser finalmente Valores Incorporados SAS.

Respecto a la presunta vulneración al derecho fundamental al derecho de defensa en relación con la práctica de los testimonios de los señores Alessandro Corridori, Eric Andersen y Víctor Maldonado, que no fueron

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

recaudados dentro de la actuación administrativa, consideró que, si los hechos objeto de la investigación administrativa se encuentran suficientemente esclarecidos, el juzgador podrá abstenerse de recepcionarlos pues en esa medida se tornan innecesarios.

Respecto a la infracción del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, aduce que la norma antes citada alude a la caducidad y la contenida en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 a la prescripción, por lo que desde el punto de vista procesal la caducidad se refiere a la pérdida del derecho de acción por su no ejercicio, mientras que la prescripción, es una forma mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo.

Por lo que lo que se busca establecer es si ocurrió o no la caducidad de la facultad sancionatoria y al respecto, si hubo o no indebida aplicación del artículo 235 de la Ley 222 de 1995 y, por consiguiente, falta de aplicación del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 CPACA.

Citando pronunciamiento del Consejo de Estado en sentencia del veintiséis (26) de octubre de 2006, donde se estudió si la norma que debía aplicarse frente al ejercicio de la facultad sancionatorio de la Supersociedades, era la contenida en el Decreto 01 de 1984 o el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, coligió que en la medida en que este último se refiere al término para desarrollar las actividades estatales encaminadas a hacer efectivas las consecuencias de la violación de sus disposiciones, infirió que dicho artículo sí es aplicable al caso concreto, pues es dicha ley la que regula específicamente lo concerniente a la inspección, vigilancia y control de que ejerce la Supersociedades.

Expuso que la Supersociedades ejerció respecto del actor las actividades previstas en la Ley tendientes a establecer si éste infringió o no lo contemplado en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, se tiene que se llevó a

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

cabo una acción administrativa con base en la cual tomó la decisión de imponer sanción al hoy demandante, al encontrar precisamente el cumplimiento de los presupuestos legales para ello.

Así mismo, y atendiendo al criterio de especialidad, según la cual la norma especial prima sobre la general, entendiéndose que la norma general de aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial y por tanto, opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, se tiene que la norma que aplicó la entidad demandada es la correcta y por tanto, la oportunidad que tenía para el efecto se debe establecer con base en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 y no del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, por lo que la Supersociedades disponía de cinco (5) años contar a partir de la fecha de ocurrencia de los hechos o de la cesación de la conducta, que en este caso fue el veintiséis (26) de noviembre de 2012, día en que la sociedad Premium Capital Investment LTDA dejó de fungir como Gerentes de Inversiones de Premium Capital Appreciation Fund B.V., de modo que el término iba hasta el veintisiete (27) de noviembre de 2017.

## 8. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante solicita revocar la decisión de la *A-quo* y en su defecto, se concedan las pretensiones de la demanda, reiterando algunos argumentos de la demanda y adicionando los siguientes (fls. 293 a 305 del Cdno. Ppal No. 1):

Indica que la conducta de ser controlante conjunto indirecto de la sociedad Valores Incorporados SAS, implicaría que el control se ejerce en compañía de otra u otras personas, en dicho de la demandada, con Tomás Jaramillo; Tal calidad comporta una conjunción de voluntades que podría ser permanente o transitoria y que necesariamente requiere la definición temporal de esa unión o propósito común, dado que no es solamente verificar

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

elementos objetivos como la participación accionaria, sino la prueba evidente de comportamientos coordinados de una pluralidad de personas que controlan una sociedad manifestando la intención de actuar en común, que deja en claro el ánimo de actuar como grupo, existiendo unidad de propósito y dirección, ubicados en concretas circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Menciona que la propia Superintendencia de Sociedades explicó que de los tres accionistas registrados de la sociedad Valores Incorporados SAS, era una sociedad denominada Andean Capital Markets (82.51%), pero con acciones ordinarias nominativas sin derecho a voto, contrario sensu, los accionistas restantes, Rachid Maluf y Juan Andrés Tirado tenían una acción cada uno, sin ese tipo de restricciones, es decir, sí tenían derecho al voto, por lo tanto, las únicas acciones con derecho a voto eran las de los señores Maluf y Tirado.

## **10. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante auto del doce (12) de julio de 2019, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia del diecinueve (19) de enero de 2018, proferida por el Juzgado Tercero (3º) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá D.C. y se dispuso la notificación personal del auto al Agente del Ministerio Público.

En providencia del veintinueve (29) de julio de 2019, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

### **10.1 Alegatos de conclusión en segunda instancia**

El apoderado judicial de la parte demandante, presentó sus alegatos de conclusión en escrito radicado el día nueve (9) de septiembre de 2019, en el que reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso (fls. 11 al 21 del Cdno. Ppal. No. 2).

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La Superintendencia de Sociedades presentó sus alegatos de conclusión mediante escrito radicado el día diez (10) de septiembre de 2019, reiterando los argumentos expuestos en el curso del proceso (fls. 22 al 26 *Ibidem.*).

## 10.2. La intervención del Ministerio Público

La Procuradora 134 Judicial II para asuntos Administrativos de Bogotá emitió concepto en el presente caso solicitando se confirmara la decisión tomada en la sentencia de primera instancia.

Estima que de la lectura de la Resolución que declara la existencia de una situación de control y se impone la multa, se extrae que en el numeral 4.1 la Superintendencia de Sociedades hace el análisis de la tipificación de los hechos en la presunción del numeral 1 del artículo 261 del Código de Comercio, pues allí refiere que la sociedad Premium Appreciation Fund B.V., está constituida en Curazao, compuesta por dos clases de acciones, unas sin derecho a voto y con derecho a utilidades las cuales denominaban “Acciones de Inversionista”, y otras con derecho a voto y sin derecho a utilidades las cuales denominaban “Acciones Administrativas”. Por lo anterior, la Superintendencia de Sociedades encontró en el registro de accionistas de Premium Capital Appreciation Fund B.V., que los señores Ortiz Zarrate u Jaramillo Botero figuran como titulares de las acciones administrativas con derecho a voto de la sociedad en mención (50% c/u) desde el doce (12) de junio de 2008, por lo que no tiene asidero el reclamo presentado por la parte apelante.

Respecto a la falsa motivación adujo que, del acervo probatorio se puede evidenciar que los hechos por los cuales se presume una situación de control conjunto indirecto son totalmente ciertos, toda vez que eso fue probado mediante certificados aportados por la parte demandante tales como el registro de accionistas con Rad. 2013-01-157675 del siete (7) de mayo de

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2013, y la certificación expedida por la revisoría fiscal de Valores Incorporados del veintinueve (29) de noviembre de 2012, donde se evidencia la composición accionaria, además de los testimonios de los señores Rachid Maluff y Juan Andrés Tirado quienes también tenían participación dentro de la sociedad controlada.

Así mismo, considera que el distanciamiento de los señores Juan Carlos Ortiz Zarrate y Tomás Jaramillo alegado por el apelante, no constituye argumento ni prueba que desvirtúe o anule la condición como titulares de las acciones administrativas con derecho a voto de la sociedad Valores Incorporados SAS (50% c/u) de Premium Capital Appreciation Fund B.V.

Respecto a la caducidad de la facultad sancionatoria manifestó que, citó pronunciamiento de esta Subsección, así como la sentencia del Consejo de Estado de fecha veintiséis (26) de octubre de 2006, concluyendo que al ser la Ley 1437 de 2011 una norma de carácter general y la Ley 222 de 1995 de carácter especial, la cual regula situaciones propias para el régimen de sociedades, indicando el término de cinco (5) años en que prescriben las acciones administrativas, la sanción por parte de la Superintendencia de Sociedades al señor Juan Carlos Ortiz Zarrate se produjo dentro del término legal, de manera que no operó la caducidad.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

Es competente esta Sección Primera para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, al tenor de lo previsto en el artículo 153 del C.P.A.C.A<sup>1</sup> y del numeral 1º del artículo 18 del Decreto 2288 de 1989.

<sup>1</sup> Ley 1437 de 2011, art. 153:

*“Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones*

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En este asunto se trata de una situación de apelante único, donde, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez en segunda instancia se reduce al análisis de los puntos objeto del recurso.

En ese contexto, es claro que el superior, solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso.

## **2. Problema jurídico**

Debe la Sala estudiar los cargos de impugnación sustentados por el apoderado del señor Juan Carlos Ortiz Zarrate, para determinar si debe revocarse la sentencia de primera instancia y declararse probadas las pretensiones de la demanda por estar viciados de nulidad y falta de competencia en razón a la caducidad de la facultad sancionatoria.

## **3. Análisis de la Sala**

Teniendo en cuenta los argumentos esbozados en el recurso de alzada procede esta Corporación a analizar los siguientes aspectos: i) formulación de cargos en el procedimiento administrativo sancionatorio contra el demandante, (ii) de la falsa motivación y, (iii) la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades, para verificar si se encuentran o no viciados de nulidad los actos administrativos demandados.

### **i) De la formulación de cargos en el procedimiento administrativo sancionatorio.**

---

*de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda”.*

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El apoderado judicial de la parte demandante afirma que en el procedimiento administrativo existió una grave violación al derecho de defensa y al debido proceso al haberse formulado contra el señor Juan Carlos Ortiz Zarrate una imputación anfibológica, al no haberse establecido con claridad cuál es la presunción utilizada por la Superintendencia de Sociedades y al haberse variado la fundamentación fáctica de la misma.

Una vez revisado los antecedentes administrativos allegados por la entidad demandada, se observa que en la Resolución No. 300-000488 “*Por la cual se decreta la apertura de una investigación administrativa y corre traslado por el presunto incumplimiento del artículo 30 de la Ley 222 de 1995*” del veintidós (22) de enero de 2013 (CD. Anexo, “*VISITAS A CARPETA 1*”, fl. 1029), se observa:

**“CUARTO.-** *Que en primer lugar, el Despacho, se referirá a la composición de capital de las sociedades involucradas y a la forma como se toman las decisiones en las mismas.*

**A. COMPOSICIÓN DE CAPITAL DE VALORES INCORPORADOS SAS.**

“(…)”

**E. CONCLUSIONES.-** *de conformidad con lo anteriormente expuesto, se puede concluir que:*

1. *Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zárate controlaban a la sociedad PCAF.*

2. *PCAF es el controlante de ANDEAN CAPITAL MARKETS SA*

3. *ANDEAN CAPITAL MARKETS SA es el controlante de VALORES INCORPORADOS SAS.*

4. *Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zárate controlaban a la sociedad VALORES INCORPORADOS SAS de manera indirecta por intermedio de las sociedades arriba mencionadas.* (Subrayado fuera del texto original)

**QUINTO: NORMATIVIDAD APLICABLE**

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En los artículos 260 y 261 del Código de Comercio que se transcriben a continuación, se establece que podría existir situación de control en los siguientes casos:

“(…)”

#### **SEXTO: RESPECTO DEL CASO CONCRETO**

De conformidad con la normatividad anteriormente transcrita, una situación de control se configura cuando el poder de decisión de una entidad, se encuentre sometido a la voluntad de una o varias personas jurídicas o naturales.

De acuerdo a lo expuesto por el despacho en el numeral CUARTO de la presente resolución, la sociedad VALORES INCORPORADOS SAS, se encuentra controlada de manera indirecta por lo señores JUAN CARLOS ORTIZ ZÁRATE y TOMÁS JARAMILLO BOTERO. Relación de subordinación que se presenta en el siguiente gráfico:

“(…)”

#### **A. EXPLICACIÓN DEL GRÁFICO**

Se tiene entonces que los señores TOMÁS JARAMILLO BOTERO y JUAN CARLOS ORTIZ ZÁRATE, son controlantes indirectos de la sociedad VALORES INCORPORADOS S.A.S. por lo siguiente:

1. De conformidad a lo expresado por ECLIPSE MANAGEMENT BV, director de PCAF, a través de su apoderado, doctor JAIME GRANADOS, los señores TOMAS JARAMILLO BOTERO y JUAN CARLOS ORTIZ ZARATE, son los controlantes de la sociedad PREMIUM CAPITAL INVESTMENT ADVISOR LTDA, teniendo en cuenta su calidad de directores.

2. Los directores de la sociedad PREMIUM CAPITAL INVESTMENT ADVISORS LTDA, son los controlantes de la sociedad PCAF al tener la propiedad de todas las acciones con derecho a voto.

3. PCAF es la controlante de ANDEAN CAPITAL MARKETS S.A. al tener la propiedad de más del 99% de participación en dicha sociedad.

4. ANDEAN CAPITAL MARKETS SA es la controlante de la sociedad VALORES INCORPORADOS SAS al tener la propiedad del 82.51% de las acciones en que se compone el capital de dicha sociedad.”  
(Subrayado fuera del texto original)

Al respecto, los artículos 260 y 261 del Código de Comercio de los cuales se hace el análisis jurídico de los hechos y que dieron lugar a la apertura de la

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

investigación administrativa, determinan:

**“ARTÍCULO 260. <SUBORDINACIÓN>.** Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

**ARTÍCULO 261. <PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN>.** Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

**PARÁGRAFO 1o.** Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

**PARÁGRAFO 2o.** Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el párrafo anterior.”

Del análisis de las normas antes indicadas y lo determinado en la Resolución No. 000488 del veintidós (22) de enero de 2013 de apertura de investigación administrativa, se observa claramente que la misma se inició por el presunto incumplimiento de lo señalado en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995, teniendo como fundamentación fáctica, lo descrito en el numeral “**CUARTO**”

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

del mencionado acto administrativo, donde se llegó a la conclusión que: (i) los señores Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zarrate controlaban a la sociedad PCAF, (ii) PCAF era el controlante de ANDEAN CAPITAL MARKETS SA, (iii) ANDEAN CAPITAL MARKETS SA era el controlante de VALORES INCORPORADOS SAS y por ende, (iv) los señores Jaramillo Botero y Ortiz Zarrate controlaban a la sociedad VALORES INCORPORADOS SAS de manera indirecta, por intermedio de las sociedades antes mencionadas.

Con lo anterior, se explicó por parte de la Superintendencia de Sociedades de manera amplia, que la apertura de la investigación administrativa se dio con ocasión a la presunción contenida en el numeral 1º del artículo 261 de la Ley 222 de 1995, por lo que contrario a lo manifestado por la parte apelante, no se realizó una imputación anfibológica de los cargos al señor Juan Carlos Ortiz Zarrate.

## **(ii) De la falsa motivación.**

Respecto a la falsa motivación de los actos administrativos, el H. Consejo de Estado – Sección Segunda, ha sostenido:

“Ahora bien, en cuanto la motivación como elemento del acto administrativo, esta se entiende como la expresión de los móviles que impulsaron al titular de la función administrativa a adoptar determinada decisión. Comporta los fundamentos de hecho y de derecho que la autoridad ha debido tener en cuenta para pronunciarse en uno u otro sentido. En ese orden, los fundamentos de hecho constituyen los supuestos fácticos en los que se soporta la decisión, mientras los de derecho vienen a ser los cimientos de orden constitucional y legal que sirvieron de base a la autoridad para decidir determinado asunto.

Siguiendo con el hilo de lo expuesto, es necesario puntualizar que se habla de “falsa motivación” cuando se presenta una disconformidad entre la realidad fáctica y jurídica que ha debido servir de fundamento al acto y los fundamentos fácticos y jurídicos que finalmente quedaron consignados en la decisión administrativa.

*Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha explicado*

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*que “el vicio de falsa motivación se presenta cuando la sustentación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica del respectivo asunto.”*

*Paralelamente al defecto consistente en la “falsa motivación”, hay otro vicio invalidante que es el de la “falta de motivación”, cuya ocurrencia se subsume en el vicio de “expedición irregular” a que se refiere el inciso segundo del artículo 136 de la Ley 1437 de 2011. Dicho defecto se configura cuando el acto carece por completo de fundamentos de hecho y/o de derecho, o cuando la motivación incorporada en el acto administrativo es tan precaria e insuficiente que no puede tenerse el acto como motivado.”<sup>2</sup>*

Tal como se señaló en la jurisprudencia antes transcrita, la falsa motivación se da cuando se presenta una disconformidad entre la realidad fáctica y jurídica que sirvieron de fundamento acto y que quedaron consignados en la decisión administrativa.

En el presente caso, la parte apelante manifiesta que existe falsa motivación de los actos administrativos acusados, toda vez que la Superintendencia de Sociedades adujo que los señores Juan Carlos Ortiz Zarrate y Tomás Jaramillo Botero eran controlantes de la sociedad Valores Incorporados SA, sin tener sustento fáctico sino estar basado en meras hipótesis.

Al respecto, la Sala observa que, obran en el expediente pruebas que acreditan la relación entre el demandante con la sociedad Valores Incorporados S.A., como se pasará a indicar:

- Respecto a la relación del señor Juan Carlos Ortiz Zarrate con la sociedad Premium Capital Investment Advisors LTDA, obra en el expediente certificación suscrita por el señor Hoftman Guzmán Director Ejecutivo, donde se informa que el demandante desde el veintisiete (27) de septiembre de

<sup>2</sup> H. Consejo de Estado – Sección Segunda, C.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de fecha veintitrés (23) de marzo de 2017, proceso con Radicado No. 11001-0325-000-2016-00019-00 (0034-2016)

<i>EXPEDIENTE No.</i>	<i>11001-3334-003-2016-00292-01</i>
<i>DEMANDANTE</i>	<i>JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE</i>
<i>DEMANDADO</i>	<i>SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES</i>
<i>MEDIO DE CONTROL</i>	<i>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</i>

2006, tenía el 50% de las acciones de dicha sociedad.

- En cuanto a la relación del demandante con la sociedad Premium Capital Appreciation Fund B.V. (PCAF), obra en el plenario (CD. Control Carpeta 5, fl. 18), los registros de accionistas donde se observa, que los señores Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zarrate tienen como balance de acciones de administración el 50% cada uno, por lo que eran estos quienes tomaban las decisiones más importantes de la compañía.

Respecto a la estructura de PCAF, se observa en el resumen ejecutivo de la reunión de inversionistas que la sociedad fue creada el veintidós (22) de mayo de 2000, por los señores Jaramillo Botero y Ortiz Zarrate, quienes son los accionistas de Premium Capital Investment Advisors LTD., dicha estructura estaba conformada de la siguiente manera:

- Un Director: Eclipse Management B.V.
- Un agente de Inversiones: Premium Capital Investment Advisors LTD. (Accionista con derecho a voto)
- El responsable de contabilidad y registros: AMICORP FUND SERVICES N.V.
- Un auditor: Ernst & Young.
- La entidad supervisora de PCAF en Curazao: Banco Central de Curazao.

Así mismo, se indicó que dentro del capital de PCAF se encontraban dos clases de accionistas: (i) Accionistas con derecho a voto y, (ii) Accionistas sin derecho a voto, en relación con los primeros, se determinó como accionista con derecho a voto a la sociedad Premium Capital Investment Advisors domiciliada en las Bahamas, que era controlada por los señores Tomás Jaramillo Botero y Juan Carlos Ortiz Zarrate, por lo que se concluye que los antes mencionados controlaban PCAF.

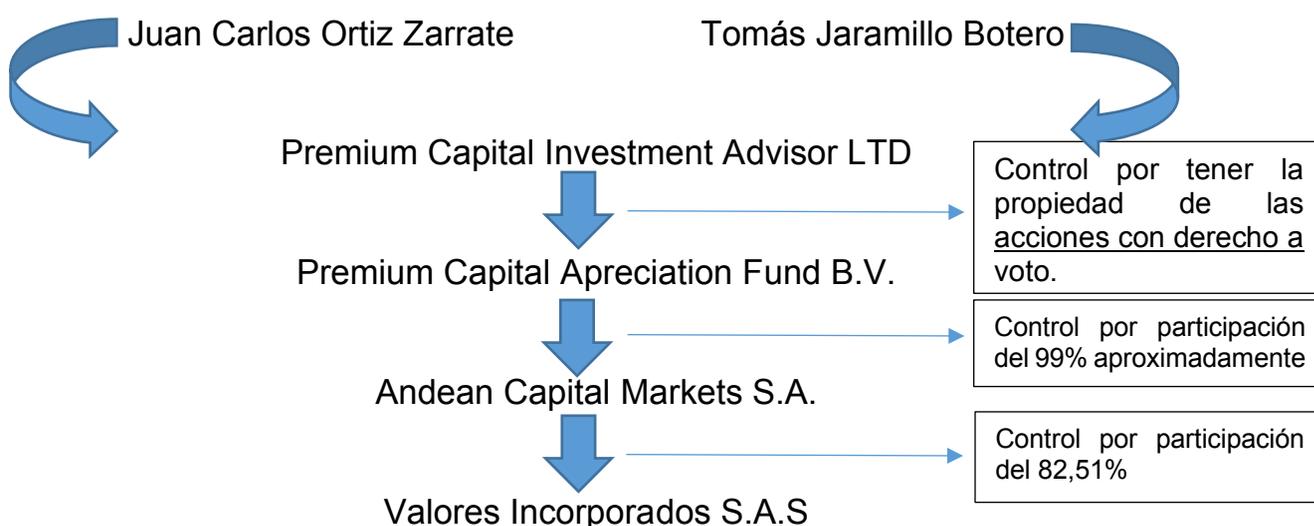
En cuanto a la relación entre PCAF y ANDEAN CAPITAL MARKETS, se

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

observa (CD. PAPELES DE TRABAJO FEBR. 2013 CARPETA 2), que en las “Notes to the Consolidated Financial Statements” lo que traduce como las notas de los estados financieros consolidados de la sociedad Premium Capital Appreciation Fund B.V., señala textualmente: “The Fund owns 99.9% of the shares in Andean Capital Markets S.A., a company incorporated under the laws of Panama. The remaining 0.1% is owned by related parties.”, es decir, que PCAF posee el 99.9% de las acciones de ANDEAN CAPITAL MARKETS SA, empresa constituida bajo las leyes de Panamá y el 0.1% restante es de propiedad de las partes relacionadas.

Finalmente, en cuanto a la relación entre ANDEAN CAPITAL MARKETS SA con la sociedad VALORES INCORPORADOS SAS, obra en el expediente Certificación suscrita por el representante legal de la última, donde como accionista mayoritario de ésta se encuentra ANDEAN CAPITAL MARKETS S.A., con una participación del 82,51%, por lo que se encuentra acreditada la relación de controlante de la primera sobre la segunda.

El gráfico que representa el anterior análisis, se determina en la siguiente imagen:



Por lo anterior, se puede concluir los señores Juan Carlos Ortiz Zarrate y Tomás Jaramillo Botero eran controlantes indirectos de la sociedad Valores

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Incorporados SAS, a través de las sociedades antes relacionadas.

- Otro argumento de la parte apelante, fue que la accionada indicó en el auto No. 400-013267 del veintinueve (29) de julio de 2013, que de los tres (3) accionistas registrados, la mayor accionista de la sociedad Valores Incorporados S.A.S., era una sociedad denominada ANDEAN CAPITAL MARKETS (82.51%), pero con acciones ordinarias nominativas “sin derecho a voto”, por lo que los accionistas restantes, es decir, Rachid Maluf y Juan Andrés Tirado, tenían una acción cada uno, sin este tipo de restricciones, es decir, que sí tenían derecho al voto.

Una vez revisado el Auto antes citado, se observa que dicha referencia la realizó la Superintendencia de Sociedades al citar el informe de inspección allegado por la Superintendencia Financiera dentro del expediente 72688, pero contrario a lo manifestado por el demandante, con la abundante prueba documental y testimonial que obra en el expediente, se logra observar en los estados financieros consolidados de la sociedad Premium Capital Appreciation Fund B.V., que esta era la que poseía el 99.9% de las acciones de ANDEAN CAPITAL MARKETS S.A., y además, con los testimonios de los señores Rachid Maluff y Juan Andrés Tirado se determinó que *“las órdenes venían de Juan Carlos Ortiz y de Tomás Jaramillo, que eran nuestros jefes, los que nos pagaban el salario, los dueños de las gestoras, los dueños de las acciones con derecho a voto, ellos nos daban las instrucciones a nosotros y así dábamos nosotros las órdenes con los deseos y las instrucciones de ellos”*<sup>3</sup> y **“Pregunta:** *¿Usted de quién recibía órdenes? Respuesta:* *“(…) yo las órdenes las recibía de Juan Carlos y Tomás que eran los dueños del advisor, perdón (…) ¿Yo a quién le respondía por mi trabajo?, a Tomás Jaramillo y a Juan Carlos Ortiz”*<sup>4</sup>, por lo que era PCAF quien tomaba las decisiones y por tanto, controlaba a la sociedad ANDEAN CAPITAL MARKETS S.A.

<sup>3</sup> Ver CD. 10 de mayo de 2013 sala 1. 8 a.m. Rachid Maluff Raad, igualmente, ver interrogatorio. Ver

<sup>4</sup> Ver. Transcripción del interrogatorio visible a fl. 50, 51 y 69 reverso del Cdno. Ppal . No. 1.

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Así mismo, es importante indicar que tal como lo señaló la entidad demandada en la Resolución No. 125-000887 *“Por medio de la cual se resuelven unos recursos de reposición”*, no era congruente que el apoderado de la parte demandante solicitara que fuera tachado como sospechoso el testigo Rachid Maluff Raad, para pronunciarse sobre el control conjunto, pero sí se pudiera pronunciar sobre el distanciamiento entre los señores Juan Carlos Ortiz Zarrate y Tomás Jaramillo Botero, situación en la que hacía énfasis le beneficiaba, máxime cuando con los testimonios se determinó de manera clara el control ejercido sobre la sociedad ANDEAN CAPITAL MARKETS S.A., por parte de PCAF y consecencialmente de los señores Jaramillo Botero y Ortiz Zarrate, toda vez que eran estos, quienes conocían de manera directa la relación entre las sociedades antes mencionadas.

Por lo anterior, La Sala encuentra debidamente fundamentados los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Sociedades hoy demandados, al haberse motivado jurídica y fácticamente la situación de control y, por consiguiente, haberse demostrado el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.

**(iii) De la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Sociedades.**

La parte apelante argumenta que se debió dar aplicación a lo determinado en el artículo 52<sup>5</sup> de la Ley 1437 de 2011 CPACA y no al artículo 235 de la Ley

<sup>5</sup> Ley 1437 de 2011 CPACA, **“ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA.** *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.”*

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

222 de 1995<sup>6</sup>.

Al respecto, el H. Consejo de Estado – Sección Primera en caso similar, sostuvo:

*[...4.3 Configuración de la caducidad y/o la prescripción:  
[...]*

*El citado artículo 235 de la Ley 222 de 1995 prevé que: “Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa” (se subraya).*

*Esta norma, como lo ha precisado la Sala<sup>7</sup>, se refiere a la “acción administrativa sancionatoria”, es decir, a las acciones administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en la citada ley, y que se dirigen a verificar dicha violación e imponer las sanciones correspondientes (artículo 86.3 de la Ley 222 de 1995), pero no propiamente a las demás actuaciones que por mandato legal le corresponde cumplir a la Superintendencia de Sociedades en desarrollo de sus atribuciones de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades mercantiles, frente a las cuales la Ley 222 de 1995 no consagra un término para su ejercicio.*

*En efecto, del estudio de los artículos 83, 84 y 85 de la Ley 222 de 1995 se desprende que las demás atribuciones de la Superintendencia de Sociedades no tienen caducidad y/o término de prescripción, pues las mismas son de carácter ocasional, permanente o transitorio y, por ende, pueden ser ejercidas en cualquier momento, de oficio cuando las circunstancias así lo ameriten, o a petición de parte interesada, siempre que se den los presupuestos para cada una de ellas.*

*En este orden, entonces, no es acertado el cargo formulado por la parte actora, pues la norma legal que invoca no es aplicable frente al presente asunto, en el cual no se está juzgando la legalidad de actos administrativos de carácter sancionatorio. En consecuencia, el cargo no prospera [...]<sup>8</sup> (Negrilla y subrayado del texto)*

<sup>6</sup> Ley 222 de 1995, “**ARTICULO 235. TERMINO DE PRESCRIPCION.** Las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, prescribirán en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa.” (Subrayado fuera del texto original)

<sup>7</sup> Sentencia de 2 de noviembre de 2006, expediente nro. 25000-2324-000-2003-00022-01, demandante: Eduardo López Obregón, demandado: Superintendencia de Sociedades, Consejero ponente Doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

<sup>8</sup> H. Consejo de Estado – Sección Primera, C.P.

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De conformidad con la anterior jurisprudencia, se dejó plasmada la posición que se tiene sobre la interpretación del artículo 235 de la Ley 222 de 1995, en cuanto a que esta norma se refiere a la **“acción administrativa sancionatoria”**.

En cuanto a los tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre las leyes, la H. Corte Constitucional en sentencia C-439 de 2016, sostuvo:

*“6.2. Recientemente, en la Sentencia C-451 de 2015, esta Corporación hizo expresa referencia al aludido tema. En dicho fallo, basada en las previsiones que sobre la materia establecen las Leyes 57 y 153 de 1887 y lo dicho en la jurisprudencia, la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes: (i) el criterio jerárquico, según el cual la norma superior prima o prevalece sobre la inferior (lex superior derogat inferiori); (ii) el criterio cronológico, que reconoce la prevalencia de la norma posterior sobre la anterior, esto es, que en caso de incompatibilidad entre dos normas de igual jerarquía expedidas en momentos distintos debe preferirse la posterior en el tiempo (lex posterior derogat priori); y (iii) el criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (lex specialis derogat generali). Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.”* (Negrilla fuera del texto original)

Con la anterior jurisprudencia, la H. Corte Constitucional determinó como criterio hermenéutico para la solución de conflictos entre las leyes, entre otros, el criterio de especialidad, donde la norma especial prima sobre la general, ya que esta última se aplica a todos los campos, con excepción de aquél que es regulado por la norma especial.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que tal como lo determina el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 CPACA dicha norma es aplicable *“Salvo lo dispuesto*

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

en *leyes especiales*”, es del caso indicar que el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, determina el término de cinco (5) años para la prescripción de las acciones administrativas en el régimen de sociedades, por lo que en razón a su especialidad, es esta norma (la segunda) es la que debe ser aplicada en el caso objeto de estudio.

En consecuencia, la Superintendencia de Sociedades disponía del término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia de los hechos o de la cesación de los mismos, que en el presente caso se dio el veintiséis (26) de noviembre de 2012, día en que la sociedad Premium Capital Investment Advisors LTDA, dejó de fungir como Gerente de Inversiones de PCAF, por lo que el término de caducidad fenecía el día veintisiete (27) de noviembre de 2017 y la Superintendencia de Sociedades, profirió el acto administrativo en término.

### **Conclusión**

Conforme a los planteamientos normativos y fácticos, la Sala considera que i) los actos administrativos demandados expedidos por la Superintendencia de Sociedades gozan de legalidad al estar debidamente fundamentados y motivados y, iii) la sanción impuesta fue proferida dentro del término señalado en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995 aplicable por su carácter de especialidad sobre el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 CPACA.

En consecuencia, se confirmará en su integridad la sentencia del diecinueve (19) de enero de 2018 proferida por el Juzgado Tercero (3) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá- Sección Primera, mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

### **NOTIFICACIONES ELECTRÓNICAS**

De conformidad con los lineamientos del Consejo Superior de la Judicatura

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

en el artículo 13 del Acuerdo PCSJA20-11549 del siete (7) de mayo de 2020 y siguiendo la directriz de la Presidencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se le informará a la Secretaría de la Sección, los correos electrónicos de las partes del proceso para efectos de las notificaciones judiciales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN "A"**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### F A L L A

**PRIMERO. - CONFÍRMASE** la sentencia del diecinueve (19) de enero de 2018 proferida por el Juzgado Tercero (3) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá - Sección Primera, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. -** Por Secretaría **NOTIFÍQUESE** esta decisión a las partes intervinientes en el proceso, a los siguientes correos electrónicos:

NOMBRE	PARTE PROCESAL	E- MAIL
Germán Eduardo Palacio Zuñiga	Demandante	<a href="mailto:gpalacio@ortizgutierrez.com.co">gpalacio@ortizgutierrez.com.co</a>
Superintendencia de Sociedades	Demandado	<a href="mailto:notificacionesjudiciales@supersociedades.gov.co">notificacionesjudiciales@supersociedades.gov.co</a>  <a href="mailto:elsaqm@supersociedades.gov.co">elsaqm@supersociedades.gov.co</a>

EXPEDIENTE No.	11001-3334-003-2016-00292-01
DEMANDANTE	JUAN CARLOS ORTIZ ZARRATE
DEMANDADO	SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**TERCERO.** - Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Aprobado en sesión realizada en la fecha.

**CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**

Magistrada



**LUIS MANUEL LASSO LOZANO**

Magistrado



**FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**

Magistrado