JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001-33-34-002-2022-00002-00
Demandante: Guillermo Antonio Suarez Solís
Demandado: Superintendencia de Sociedades
Asunto: Presentación estados financieros hipótesis negocio en marcha

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, a dictar sentencia de primera instancia, dentro de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró el señor Guillermo Antonio Suarez Solís en contra de la Superintendencia de Sociedades

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

"PRIMERA: Que se declare la nulidad del ARTÍCULO UNDECIMO y de la parte motiva que lo sustenta de la Resolución No. 2021-01-002363 (301-000051) proferida por el Director de Supervisión de Sociedades: "Por la cual se imponen unas sanciones".

SEGUNDA: Que se declare la nulidad total de la Resolución No. 2021-01-105717 (301001128) proferida por el Director de Supervisión de Sociedades: "Por la cual se resuelve un recurso de reposición".

TERCERA: Que se declare la nulidad total de la Resolución 2021-01-370300 (300002847) proferida por el Superintendente Delegado de Supervisión Societaria: "Por la cual se resuelve un recurso de apelación".

CUARTA: Que, en consecuencia, de las pretensiones primera a tercera, se declare que Guillermo Antonio Suarez Solís no está obligado a pagar a la Superintendencia de Sociedades las sanciones impuestas a través de los actos demandados y que se condene a la Superintendencia de Sociedades a restituir a Guillermo Antonio Suarez Solís la suma de CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS PESOS ($181.705.200).

QUINTA: Que la condena contenida en la pretensión tercera se actualice con el IPC desde la fecha de pago de la sanción hasta el día de ejecutoriada de la sentencia. Así mismo, que se causen intereses al DTF durante los diez (10) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y, tras los cuales, se causen intereses a la tasa moratoria comercial 1.5 IBC hasta el pago de la condena.

SEXTA: Que se condene en costas a la Superintendencia de Sociedades

PRETENSIÓN SUBSISIRIA (sic):
PRIMERA: De manera subsidiaria, y en caso de que las pretensiones principales no sean aceptadas se solicita que para efectos de cuantificar el monto de la

sanción se tome en cuenta el salario mínimo vigente al momento de la comisión de la conducta y, se ordene ajustar en esa medida la decisión.".

2. Cargos

El censor indicó que, los actos demandados serían nulos, habida cuenta las siguientes razones:

Inicialmente, adujo que la dependencia de la Superintendencia de Sociedades que adelantó el proceso administrativo no contaba con competencia, dado que sería la Delegatura para la Inspección, Vigilancia y Control y no la Dirección de Supervisión de Sociedades quien estaría facultada para formular el pliego de cargos, practicar pruebas, correr traslado para alegar e imponer una sanción, según lo contemplado en el Decreto 1023 de 2012.

Para argumentar lo de precedencia, adujo que si bien la Dirección de Supervisión de Sociedades habría fundamentado su competencia en virtud de lo contemplado en la Resolución 100-003114 del 5 de marzo de 2019, lo cierto sería que ese acto administrativo sería inconstitucional.

En ese orden, explicó que, a través de esa Resolución, el Superintendente de Sociedades habría desplegado funciones que eran propias del Presidente de la República y, por lo tanto, no eran delegables. De ese modo solicitó la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto de ese acto administrativo.

Aunado a ello, dijo, que el Decreto 1023 de 2012, habría establecido que la Delegatura para Inspección, Vigilancia y Control es quien tendría competencia para imponer multas a personas naturales, pues la Dirección antes señalada solo ostentaría competencia para practicar investigaciones administrativas en contra de sociedades.

Además, señaló, que el mismo funcionario que dio apertura a la investigación sería quien la decidió, por lo que, a su juicio se habría vulnerado el principio de imparcialidad, de ahí que, adujo, debía aplicarse la excepción de inconvencionalidad, pues se estaría pretermitiendo lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos

Por otra parte, precisó que los actos acusados se habrían expedido con falsa motivación, dado que se le habría reprochado al actor la presentación de los estados financieros de Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. bajo la hipótesis de liquidación, siendo que, en su criterio, la sociedad no se encontraba ante la inminencia de la liquidación, pues, aún se encontraba en capacidad de desarrollar su objeto social.

En adición, señaló que la omisión de opinión de del revisor fiscal no implicaría que la hipótesis de negocio en marcha usada para presentar los estados financieros fuera errada.

De otro lado, aseguró que las resoluciones demandadas se habrían proferido con infracción de las normas en que debían fundarse y vulneración del principio de confianza legítima, dado que, a pesar de que la Superintendencia de Sociedades tenía la facultad de ordenar la corrección de los estados financieros al encontrar un presunto error en la hipótesis en la que fueron presentados, no hizo uso de esa potestad y procedió a sancionar al censor.

Refirió que los actos que se estiman nulos, habrían pretermitido el principio de proporcionalidad de las sanciones, toda vez que los criterios de graduación contemplados en el artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se habrían aplicado indebidamente y no se habría hecho pronunciamiento frente a cada uno de ellos.

Finalmente, expuso que, los actos censurados se habrían expedido con violación a los principios de legalidad y favorabilidad, dado que, la multa que le fue impuesta al actor no habría sido calculada teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente del momento en el que ocurrieron los hechos objeto de censura, sino, que se habría aplicado el salario mínimo del momento en que se impuso la sanción.

3. De la contestación de la demanda

La Superintendencia de Sociedades consideró que los actos administrativos acusados se ajustan a los presupuestos constitucionales y legales que rigen la materia, por lo tanto, se opuso a las pretensiones de la demanda.

Expuso, que las Resoluciones No. 301-000051 del 12 de enero de 2021, No. 301- 001128 del 1 de abril de 2021 y No. 300-002847 del 30 de mayo de 2021, proferidas por la Superintendencia de Sociedades, gozarían de la presunción de legalidad.

Afirmó, que dentro de las funciones que le fueron asignadas a la Superintendencia de Sociedades, se encuentran:

1. Inspección: Que consiste en la atribución para solicitar y analizar la información que requiera sobre la situación, jurídica, contable, económica, entre otras de una sociedad que no esté vigilada por la Superintendencia Financiera

2. Vigilancia: Facultad para velar porque las sociedades sometidas a su control, se ajusten a la ley y los estatutos cuando desarrollan su objeto social

3. Control: Potestad para ordenar los correctivos que sean necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo

En tal contexto, explicó, que la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. habría sido sometida a control. Y por ello, se le habría solicitado la presentación de los estados financieros, mismos que habrían sido realizados bajo la hipótesis de negocio en marcha.

Así, adujo que, la Superintendencia demandada habría concluido que tal hipótesis no aplicaba para el caso de marras, toda vez que para el año 2018 la sociedad *"no contemplada generar ingresos operacionales y sus gastos serían atendidos a través de préstamos de vinculados económicos".*

En tal contexto, indicó que los actos no estarían viciados de falsa motivación, puesto que, conforme a las Normas Internacionales de Información Financiera, se presume que una entidad económica existirá de forma permanente, salvo prueba en contrario.

Así, señaló que, dado el contexto económico de la sociedad, que para el periodo de 2018 no estaba generando activos, la hipótesis de negocio en marcha no era la correcta para la presentación de los estados financieros.

Para sustentar lo anterior, precisó que los hechos económicos de la sociedad no fueron reconocidos y revelados por el administrador de acuerdo con su esencia y realidad financiera, pues la empresa habría recibido el impacto de la materialización del riesgo reputacional del Grupo Odebrecht quien perdió credibilidad en el mercado por el escándalo de corrupción conocido públicamente.

Por otra parte, dijo que no se habría desconocido el principio de confianza legítima, dado que el hecho de que la Superintendencia haya sometido a control a Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. no significaría que la demandada deba sustituir los deberes que le conciernen a la sociedad.

Así, explicó, que era a la empresa antes referida a quien le correspondía la correcta preparación, certificación y presentación de los estados financieros, conforme a la realidad económica de la sociedad. En ese orden, adujo, que el incumplimiento a sus deberes como administradora conllevó a la imposición de la sanción que hoy se reprocha.

De otro lado, afirmó que, los criterios de graduación de las sanciones contenidos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, se aplicaban conforme a las hipótesis allí previstas.

De ese modo, precisó que la Superintendencia de Sociedades encontró probados los criterios relacionados con el daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados y la falta de diligencia en los deberes que la administración de la empresa tenía a su cargo.

Para sustentar lo dicho, reiteró que los estados financieros del periodo 2018 no representaban la realidad económica de la empresa, por lo tanto, no eran fiables ni útiles para que terceros tomaran decisiones bien informadas. Y que los demás criterios para la dosificación de la sanción no habrían sido omitidos, solo que no resultaban aplicables al caso concreto.

Finalmente, adujo que la sanción que le fue impuesta al señor Suárez Solís resultaría razonable y proporcional a la gravedad de la infracción que le fue endilgada.

4. Actuación procesal

El 3 de mayo de 2022, y luego de haberse subsanado la demanda, el Juzgado la admitió y se ordenaron las notificaciones de rigor.

El 22 de noviembre de 2022, la Superintendencia de Sociedades contestó la demanda.

El 11 de abril de 2023, se admitió la reforma de la demanda.

El 24 de abril de 2023, la demandada contestó la reforma de la demanda.

El 6 de junio de 2023, se anunció a las partes que en el presente asunto se adoptaría sentencia anticipada. En tal sentido se procedió a fijar el litigio e incorporar unas pruebas.

Por medio de providencia de 11 de julio de 2023, se corrió traslado a las partes por el término de diez días para presentar los respectivos alegatos de conclusión.

6. Alegatos de conclusión

Como puede apreciarse en el expediente digital, a través del correo electrónico dispuesto para tal fin, el señor Suárez Solís y la Superintendencia de Sociedades presentaron sus

correspondientes alegatos de conclusión, en los que se ratificaron en los argumentos que expusieron en la demanda y la contestación, respectivamente.

II CONSIDERACIONES

Agotados los trámites propios del proceso, sin que exista causal de nulidad que invalide lo actuado hasta la fecha, se procederá a dictar sentencia dentro de la demanda promovida, por el señor Guillermo Suárez Solís, en contra de la Superintendencia de Sociedades.

Con ese fin, el Despacho seguirá el siguiente derrotero: i) Asunto preliminar, (ii) problemas jurídicos planteados; iii) caso concreto; iv) conclusión; y v) condena en costas.

1. Asunto preliminar

El Despacho advierte que, revisado el escrito de contestación de la Superintendencia de Sociedades, se encuentra que no propuso excepciones de mérito. A pesar de ello, la parte actora radicó escrito en el que afirmó haber realizado un *"pronunciamiento frente a las excepciones".*

Respecto a tales disertaciones, debe decirse que, si bien no corresponden propiamente a excepciones de fondo, se refieren a argumentos que defienden la legalidad de los actos acusados, por lo que serán analizados cuando se resuelva el asunto.

2. Problemas jurídicos

Tal y como fue establecido en auto de 6 de junio de 2023, las cuestiones a resolver, en el asunto de la referencia, se concretan en las siguientes:

1. *¿Profirió, la Superintendencia de Sociedades, los actos administrativos demandados con falta de competencia y desconocimiento del principio de imparcialidad, como quiera que: a) la dependencia de esa entidad, que adelantó el procedimiento sancionatorio en contra del actor, no tendría facultad para ello; y b) el mismo funcionario que inició la investigación habría sido quien la decidió?*

2. ¿Expidió, la autoridad demandada, las resoluciones causadas de nulidad con falsa motivación, toda vez que los estados financieros de la compañía Odebrecht Latinvest Colombia, podían presentarse bajo la hipótesis de negocio en marcha para el periodo de 2018, pues: a) la empresa no se encontraba en proceso de liquidación voluntaria ni en riesgo de liquidación inminente; y b) la abstención de opinión del revisor fiscal no implicaría que la hipótesis del negocio fuera inadecuada?

3. ¿Emitió, el ente de inspección, vigilancia y control demandados, los actos acusados con infracción de las normas en que debían fundarse y vulneración del principio de confianza legítima, como quiera que contaba con la posibilidad de rectificar los estados financieros presentados bajo la hipótesis de negocio en marcha, conforme lo previsto en los artículos 40 y 85 de la Ley 222 de 1995, así como de ordenar la liquidación de la sociedad demandante?

4. ¿Profirió, la Superintendencia demandada, los actos cuya legalidad se impugna con violación a los principios de legalidad y favorabilidad de las sanciones, dado que la sanción impuesta no se calculó teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la comisión de la infracción?

5. ¿Expidió, la entidad demandada, las resoluciones que se estiman nulas con violación al principio de proporcionalidad de las sanciones, dado que había aplicado indebidamente los criterios de graduación de las sanciones, previstos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011?

3. Caso concreto

3.1. ¿Profirió, la Superintendencia de Sociedades, los actos administrativos demandados con falta de competencia y desconocimiento del principio de imparcialidad, como quiera que: a) la dependencia de esa entidad, que adelantó el procedimiento sancionatorio en contra del actor, no tendría facultad para ello; y b) el mismo funcionario que inició la investigación habría sido quien la decidió?

Para empezar, debe precisarse que, para sustentar este cargo, el actor esgrimió dos argumentos:

(i) Estimó que la autoridad accionada habría expedido los actos acusados viciados de falta de competencia, dado que, a su juicio, la Dirección de Supervisión de Sociedades no tendría competencia para formular el pliego de cargos, practicar pruebas, correr traslado para alegar e imponer una sanción. Pues, la competencia para adelantar esos trámites estaría atribuida a la Delegatura para la Inspección, Vigilancia y Control, según lo establecido en el Decreto 1023 de 2012.

Para sustentar lo anterior, en primer lugar, alegó, que, si bien la Dirección de Supervisión de Sociedades había afirmado que tendría competencia para adelantar esas actuaciones, en virtud de las facultades que le fueron asignadas en el artículo 18.4 de la Resolución 100-003114 del 5 de marzo de 2019, lo cierto sería que ésta Resolución sería inconstitucional.

Para argumentar tal afirmación dijo, que, a través de la referida Resolución, el Superintendente de Sociedades habría establecido las competencias de cada dependencia de esa entidad, siendo que, tal función sería exclusiva del Presidente de la República y no podía ser delegada, de ahí que, consideró, debía aplicarse la excepción de inconstitucionalidad y proceder a la inaplicación de ese acto administrativo en el caso concreto.

Para reforzar lo anterior, refirió que sería el Presidente quien ostentaría la competencia indelegable para definir la estructura de la Superintendencia demandada y las competencias de cada una de las dependencias, según lo establecido en los artículos 150 y 189 de la Constitución Política

En segundo lugar, indicó que el Decreto 1023 de 2012, habría regulado que, la Dirección de Supervisión de Sociedades solo ostentaría competencia para practicar investigaciones administrativas en contra de sociedades, mientras que la Delegatura para la Inspección Vigilancia y Control tendría competencia para imponerle multas a personas naturales.

De esa manera, habiéndose expuestos los planteamientos del actor, el Despacho pasa a examinar si la Dirección de Supervisión de Sociedades carecía de competencia para investigar al actor sustentada en la supuesta inconstitucionalidad de la Resolución 100-

003114 del 5 de marzo de 2019, para cuyo cometido deberá establecerse si es dable aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a un acto administrativo de carácter particular como lo es dicha resolución.

Así, el Consejo de Estado[1] ha sostenido que la excepción de inconstitucionalidad solo tiene lugar frente a las leyes o normas jurídicas en sentido formal:

> *(…)* ***Es claro que los actos administrativos de contenido particular*** *y concreto, al no alcanzar la categoría de Leyes o normas jurídicas en sentido formal, como que carecen de muchos de sus atributos****, no pueden ser objeto de inaplicación por supuesta oposición a la Constitución****; de admitirse la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de actos administrativos de carácter subjetivo, se daría cabida al desconocimiento de su propia esencia, vale decir de medio exceptivo y transitorio para impedir la violación de la Constitución, puesto que en estricto sentido no se estaría dando una inaplicación sino la revocatoria o la extinción de ese acto de contenido particular y concreto, que por obvias razones a futuro no podría ser objeto de aplicación, en pocas palabras perdería toda eficacia. (Se destaca)*

Por consiguiente, al aplicar esta postura jurisprudencial se infiere que no es admisible abordar el análisis de la constitucionalidad de la Resolución 100-003114 del 5 de marzo de 2019. Y, por ende, no es posible deducir que bajo ese argumento la autoridad que expidió el acto hubiese actuado sin competencia.

Además, existe otro escollo en el planteamiento del actor, dado que partió de una premisa falsa, como quiera que no fue la Resolución No. 100-003114 del 5 de marzo de 2019 la que delegó la función de distribuir las competencias de las dependencias de la Superintendencia accionada, en cabeza del Superintendente, sino el numeral 20 del artículo 8 del Decreto 1023 de 2012, a través del que se asignó dicha función.

Y, si bien el actor solicitó, de manera general, que también se aplicara la excepción de inconstitucionalidad frente a cualquier aparte del Decreto 1023 de 2012 que le permita delegar las facultades de asignación de competencia de las dependencias de la Superintendencia al Presidente, nunca precisó, de manera específica, qué parte de esa normativa sería la que tacharía de inconstitucional.

De esa manera, el cargo de incompetencia de la autoridad que dictó la sanción, anclado sobre una eventual inconstitucionalidad de dicha resolución y decreto resulta no tener asidero.

Ahora, con respecto al argumento del censor referente a que la Delegatura de Supervisión de Sociedades solo podría imponer sanciones a sociedades y no a personas naturales, debe decirse que, en el caso bajo estudio, la decisión sancionatoria fue proferida por la Dirección de Supervisión Empresarial, misma que hace parte de la Delegatura antes referida. Así, debe destacarse que, el Decreto 1736 de 2020[2], establece:

> *"ARTÍCULO 18.- Dirección de Supervisión Empresarial. Son funciones de la Dirección de Supervisión Empresarial las siguientes:*
>
> *(…)*

[1] CONSEJO DE ESTADO. Sección Quinta. Rad. 3853 del 09 de marzo de 2006. Consejera Ponente María Nohemí Hernández Pinzón.
[2] Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades

> *18. Imponer sanciones o multas, sucesivas o no, incluyendo sanciones alternativas, que permitan conmutar el pago de una sanción pecuniaria por el cumplimiento de una obligación de hacer,* ***a quienes incumplan las órdenes de la Superintendencia, la ley o los estatutos sociales, conforme a la normatividad vigente".***

Corolario de lo expuesto, es claro que la Dirección referida ostenta competencia para imponer sanciones o multas a quienes incumplan la ley, independientemente, de si son personas jurídicas o naturales. Por lo tanto, sí tenía competencia para imponer una sanción a una persona natural.

En razón de lo anterior, es claro que, la Dirección de Supervisión de Sociedades sí ostentaba competencia para adelantar la apertura, decidir sobre pruebas, correr traslado para alegar, e imponer la correspondiente sanción, de ahí que no pueda acogerse la tesis del demandante.

(ii) El segundo argumento del actor para sustentar el cargo, se edificó en afirmación según la cual, el mismo funcionario que dio apertura a la investigación sería quien la habría decidido.

Así, explicó que el señor Camilo Franco Leguizamo sería quien inició la actuación como Director de Supervisión de Sociedades, y quien, posteriormente decidió de fondo la misma como Director de Supervisión Empresarial, circunstancia que, adujo, estaría en contravía del principio convencional y constitucional de imparcialidad.

De ese modo, solicitó aplicar la excepción de inconvencionalidad frente a las disposiciones que regulan la competencia del Director de Supervisión de Sociedades y del Director de Supervisión Empresarial para investigar y sancionar, pues estarían vulnerando la garantía de imparcialidad establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos.

De la tesis del demandante debe decirse que, no explicó, de manera suficiente, las razones por las que la imparcialidad se vería afectada al haber sido iniciada por el mismo funcionario que la decidió. En esa razón, no existen argumentos que respalden que aunque el mismo funcionario participe en diferentes etapas del proceso administrativo, ello constituya una violación al principio de imparcialidad.

Aunado a lo expuesto, se advierte que la hipótesis expuesta por el libelista no se halla incluida dentro de las previstas por el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011,en el que se determinan aquellas que afectan la imparcialidad del funcionario administrativo. De ahí, entonces, que el simple hecho de adelantar la investigación en el proceso sancionatorio no signifique *per se* una situación que predetermine el sentido de una decisión y que conlleve a una conclusión parcializada o sesgada.

En suma, todas las anteriores disquisiciones llevan a concluir que el cargo planteado no prospera.

2. ¿Expidió, la autoridad demandada, las resoluciones causadas de nulidad con falsa motivación, toda vez que los estados financieros de la compañía Odebrecht Latinvest Colombia, podían presentarse bajo la hipótesis de negocio en marcha para el periodo de 2018, pues: a) la empresa no se encontraba en proceso de liquidación voluntaria ni en riesgo de liquidación inminente; y b) la abstención de opinión del revisor fiscal no implicaría que la hipótesis del negocio fuera inadecuada?

Para sustentar los cargos el censor indicó que, los actos acusados se encontrarían inmersos en falsa motivación, pues se habría exigido la preparación, presentación y certificación de los estados financieros, para el periodo de 2018, de la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. con fundamento en la hipótesis de liquidación, siendo que lo correcto sería que fueran presentados bajo la tesis de negocio en marcha.

En ese orden, adujo que según las normas internacionales de información financiera, según lo establecido en la Ley 1314 de 2009, "*se presume que una entidad económica existirá de forma permanente, salvo que haya alguna prueba en contrario".*

Así, dijo que la empresa antes referida, en el periodo de 2018, no presentaba una situación que la condujera a su liquidación, de ahí que el actor se encontraba obligado a presentar los estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, al no existir certeza de la inminencia de la liquidación de la empresa.

Agregó que la empresa se encontraba aun en capacidad de continuar con el desarrollo de su objeto social y no se encontraba inmersa en ninguna de las causales previstas por el Decreto 2101 de 2016, y que debía considerase que la administración debe cambiar su base contable cuando la sociedad en proceso de liquidación voluntaria o riesgo inminente.

Agregó que el señor José Pardo, en su calidad de revisor fiscal, habría señalado que para el 2018 la empresa no tenía patrimonio negativo ni se encontraba en causal de disolución ni tenía pasivos con el sistema financiero

De otro lado, dijo, que la abstención de opinión del revisor fiscal no implicaría que la hipótesis de negocio fuera inadecuada, pues, adujo, que tal concepto solo se emite en el caso en el que se considere que existen errores en la contabilidad de la empresa, situación que, en su criterio, no se configuraría en el caso bajo estudio.

Para resolver debe acudirse a los antecedentes administrativos obrantes en el expediente, dentro de los que se destaca:

- El 12 de enero de 2021, la Superintendencia accionada, a través de Resolución No. 301-000051, decidió:

  "(…) ARTÍCULO UNDÉCIMO. - IMPONER una multa de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE ($181.705.200), al señor GUILLERMO ANTONIO SUAREZ SOLIS, identificado con la cédula de extranjería Nro. 794.259, por encontrarse probado que éste preparó, certificó y presentó los estados financieros correspondientes al año 2018 bajo la hipótesis de negocio en marcha, cuando lo correcto era su preparación bajo el principio de liquidación, contraviniendo así los artículo (sic) 48 y 50 del Código del Comercio, artículos 23, 24 y 37 de la Ley 222 de 1995, artículos 19 y 112 del Decreto 2649 de 1993 y Decreto 2101 de 2016, por las razones expuestas en el numeral V) de la parte cuarta relativa al "análisis de los descargos y alegatos" de la parte motiva de este acto administrativo"

- El 1 de abril de 2021, la Superintendencia accionada, a través de la Resolución No. 301-001128, ordenó:

  "(…) ARTÍCULO PRIMERO. MODIFICAR el artículo UNDÉCIMO de la Resolución 301-000051 del 12 de enero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución, el cual quedará así:

> *"ARTICULO UNDECIMO. - IMPONER una multa por valor de CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE ($181.705.200), equivalentes a 5.004,55 Unidades de Valor Tributario (UVT), al señor GUILLERMO ANTONIO SUAREZ SOLIS, identificado con la cédula de extranjería Nro. 794.259, por encontrarse probado que preparó, certificó y presentó los estados financieros correspondientes al año 2018 bajo la hipótesis de negocio en marcha, cuando lo correcto era su preparación bajo el principio de liquidación, contraviniendo así los artículos 19, 48 y 50 del Código del Comercio, artículos 19 y 57 del Decreto 2649 de 1993, artículos 23, 34 y 37 de la Ley 222 de 1995, Decreto 2496 de 2015 (modificatorio del Decreto 2420 de 2015) y Decreto 2101 de 2016, por las razones expuestas en el numeral V) de la parte cuarta relativa al "análisis de los descargos y alegatos" de la parte motiva de este acto administrativo."*
>
> *ARTÍCULO SEGUNDO. CONFIRMAR los demás apartes y consideraciones de la Resolución no. 301-000051 del 12 de enero de 2021, por lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo".*

- El 5 de mayo de 2021 la Superintendencia accionada, a través de la Resolución No. 370300 (300002847), decidió:

> *"ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la Resolución 301-000051 del 12 de enero de 2021 y las aclaraciones a la misma, efectuadas mediante Resolución 301-001128 del 1° de abril de 2021, por la Dirección de Supervisión Empresarial, por las consideraciones expuestas en este acto administrativo".*

Así mismo, resulta imperioso acudir a las declaraciones más relevantes rendidas en el proceso administrativo y que conforman el acervo probatorio:

1. José Vicente Sandoval Marín – Revisor Fiscal:

> *"(…) Director Supervisión de Sociedades. Sírvase informar (de ser el caso explicar), para el periodo objeto de investigación (relacionado con el investigado José Felix Guedes Martins), ¿qué tan importante era la información de CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., ¿para la elaboración de los registros contables, la información financiera y estados financieros de la Sociedad?*
>
> *José Vicente Sandoval Marín. Latinvest Colombia tenía una inversión en Concesionaria Ruta del Sol equivalente al 99%, es decir el principal activo que tenía Latinvest era esa inversión. En la medida en que no estuvieren cerrados los estados financieros, Latinvest no podría hacer la respectiva contabilización de la inversión".*

2. Carlos Emilio Moreno Sánchez- Director de auditoría de Odebrecht Latinvest Colombia:

> *"(…) Director Supervisión de Sociedades. En este periodo que estamos estudiando qué tan importante (relevante) era la información contable y financiera de la CONCESIONARIA RUTA DEL SOL S.A.S., ¿para la elaboración de los registros contables, la información financiera y estados financieros de la Sociedad?*
>
> *Carlos Moreno Sánchez. Significativa, totalmente significativa, en el sentido que el activo más importante el que valía el 99% del valor del activo y el ingreso más importante o el efecto más grande que se tenía en los estados financieros correspondía a la inversión del 37% de la participación que poseía Odebrecht Latinvest SAS en la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.(…)"*

3. José Ramiro Pardo- Revisor Fiscal designado por JPA Colombia S.A.S.

"(…) Director de Supervisión de Sociedades. Sírvase informar respecto de la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. en el período comprendido entre el 1° de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018, ¿de dónde provenían sus ingresos?

José Ramiro Pardo. Ellos no tenían ingresos, Odebrecht Latinvest no tenía ingresos. Porque el único ingreso era por Método de Participación Patrimonial. Me permite me coloco las gafas por favor. Bueno, Odebrecht Latinvest en el 2018 no tuvo ingresos, tuvo fue unos ingresos financieros de $5.638.000.

Director de Supervisión de Sociedades. Esos ingresos ¿de qué actividad provenían?

José Ramiro Pardo. Eso era por diferencia en cambio sobre las deudas, por los pasivos en moneda extranjera.

Director de Supervisión de Sociedades. Sírvase informar si adicional a la participación accionaria en la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S. ¿la sociedad Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. en el año 2018 ejecutó otras actividades, es decir otra inversión, obra civil, prestación de servicios, alguno de los proyectos que tuviera interés?

José Ramiro Pardo. No señor.

(…)

Director de Supervisión de Sociedades. Y una pregunta, ¿el sistema financiero colombiano… existía la posibilidad de que le prestará dinero a OLI?

José Ramiro Pardo. No señor. No OLI tenía bloqueo en el sistema financiero, no tiene acceso.

Abogado Gustavo Valbuena. ¿A qué se refiere con que tenía bloqueo, había una restricción legal para que los bancos le prestaran plata? Minuto 24

José Ramiro Pardo. Tenía embargadas unas de las cuentas, bueno la cuenta que tenía la tenía embargada.

Abogado Gustavo Valbuena. ¿El embargo de una cuenta implica que usted este bloqueado por el sistema financiero?

José Ramiro Pardo. Pues no podía… nadie les otorgaba apertura de cuentas en otros bancos por pertenecer al Grupo Odebrecht, inclusive esa situación la vivimos nosotros para efectos de recuperar los dineros por los pagos que nos hacen de fuera, el sistema financiero no deja legalizar ese dinero acá y eso también nos ha afectado.

Abogado Gustavo Valbuena. Le quiero concretar la pregunta. O reiterar más bien. ¿Cuándo usted habla de bloqueo era por una decisión de los bancos o por una imposición legal de tener cuentas con los bancos?

José Ramiro Pardo. La verdad no le puedo responder a ciencia cierta, pero sé que la administración nos manifestó en varias oportunidades que no podían aperturar cuentas, solicitar, girar, nada porque tenían un bloqueo en el sistema financiero pero no se sí es legal o por cuestiones de los bancos

(…)"

Esbozado lo anterior y previo a proceder al análisis del caso, es pertinente remitirse a la normativa que regula el asunto, empezando con lo previsto en la Norma de Información Financiera A-2 Postulados Básicos, que prevé:

"NEGOCIO EN MARCHA Postulado básico La entidad económica se presume en existencia permanente, dentro de un horizonte de tiempo ilimitado, salvo prueba en contrario, por lo que las cifras en el sistema de información contable, representan valores sistemáticamente obtenidos, con base en las NIF. En tanto prevalezcan dichas condiciones, no deben determinarse valores estimados provenientes de la disposición o liquidación del conjunto de los activos netos de la entidad.

Explicación del postulado básico Existencia permanente Se asume que la marcha de la actividad de la entidad económica continuará previsiblemente 25 en el futuro. Al

evaluar si la presunción de negocio en marcha resulta apropiada, la administración tendrá en cuenta toda la información que esté disponible para el futuro, que deberá cubrir al menos, pero no limitarse a, los doce meses siguientes a partir de la fecha del balance general. El grado de detalle de las consideraciones dependerá de los hechos que se presenten en cada caso. Cuando la entidad tenga un historial de rentabilidad, así como facilidades de acceso a fuentes de recursos financieros, puede concluirse que la base de negocio en marcha es adecuada, sin hacer un análisis detallado. En otros casos, puede ser necesario que la administración, para satisfacerse de que esa base es adecuada, considere una amplia gama de factores relacionados con la rentabilidad actual y esperada, la programación de pagos de la deuda, y las fuentes potenciales de recursos para reemplazar a las actuales fuentes de financiamiento. En una situación típica, la ausencia de mención expresa de negocio en marcha en la información financiera, implica que se asume la continuidad de la entidad. Cuando ello no sea así, es decir, en situaciones atípicas en las que deba considerarse un horizonte temporal limitado (por ejemplo, a causa de la disolución, suspensión de actividades, quiebra o liquidación), dicha información debe sujetarse a los criterios establecidos por las NIF que en caso dado le sean aplicables"

Por su parte, el párrafo 4.1 del Marco Conceptual de las Normas Internacionales de Información Financiera define la hipótesis de negocio en marcha del siguiente modo: *"Hipótesis de negocio en marcha 4.1 Los estados financieros se preparan normalmente bajo el supuesto de que una entidad está en funcionamiento y continuará su actividad dentro del futuro previsible. Por lo tanto, se supone que la entidad no tiene la intención ni la necesidad de liquidar o recortar de forma importante la escala de sus operaciones; si tal intención o necesidad existiera, los estados financieros pueden tener que prepararse sobre una base diferente, en cuyo caso dicha base debería revelarse".*

Así mismo, la Norma Internacional de Contabilidad (NIC) 1, regula:

"Hipótesis de negocio en marcha

25 Al elaborar los estados financieros, la gerencia evaluará la capacidad que tiene una entidad para continuar en funcionamiento. Una entidad elaborará los estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, a menos que la gerencia pretenda liquidar la entidad o cesar en su actividad, o bien no exista otra alternativa más realista que proceder de una de estas formas. Cuando la gerencia, al realizar esta evaluación, sea consciente de la existencia de incertidumbres importantes, relativas a eventos o condiciones que puedan aportar dudas significativas sobre la posibilidad de que la entidad siga funcionando normalmente, procederá a revelarlas en los estados financieros. Cuando una entidad no prepare los estados financieros bajo la hipótesis de negocio en marcha, revelará ese hecho, junto con las hipótesis sobre las que han sido elaborados y las razones por las que la entidad no se considera como un negocio en marcha.

26 Al evaluar si la hipótesis de negocio en marcha resulta apropiada, la gerencia tendrá en cuenta toda la información disponible sobre el futuro, que deberá cubrir al menos los doce meses siguientes a partir del final del periodo sobre el que se informa, sin limitarse a dicho período. El grado de detalle de las consideraciones dependerá de los hechos que se presenten en cada caso. Cuando una entidad tenga un historial de operaciones rentable, así como un pronto acceso a recursos financieros, la entidad podrá concluir que la utilización de la hipótesis de negocio en marcha es apropiada, sin realizar un análisis detallado. En otros casos, puede ser necesario que la gerencia, antes de convencerse a sí misma de que la hipótesis de negocio en marcha es apropiada, deba ponderar una amplia gama de factores relacionados con la rentabilidad actual y esperada, el calendario de pagos de la deuda y las fuentes potenciales de sustitución de la financiación existente".

Igualmente, en la Norma Internacional de Auditoría 570, se estableció:

"Hipótesis de empresa en funcionamiento

> *2. De acuerdo con la hipótesis de empresa en funcionamiento, se considera que una entidad continuará con su negocio en el futuro previsible. Los estados financieros con fines generales se preparan bajo la hipótesis de empresa en funcionamiento, salvo que la dirección tenga la intención de liquidar la entidad o cesar en sus operaciones, o bien no exista otra alternativa realista (…)"*

De la anterior normativa, se extrae que, la hipótesis de negocio en marcha se consolida cuando la entidad económica puede presumirse en existencia permanente dentro de una temporalidad ilimitada, **salvo prueba en contrario**. Esto es, en la hipótesis mencionada, existe una previsión de que la empresa podrá continuar en el futuro.

Así, para evaluar tal tesis, la administración deberá tener en cuenta toda la información financiera, y en específico, factores como: "*rentabilidad actual y esperada, la programación de pagos de la deuda, y las fuentes potenciales de recursos para reemplazar a las actuales fuentes de financiamiento".*

De ese modo, ante situaciones atípicas como la *"incertidumbre importante o dudas significativas*" sobre la posibilidad del funcionamiento normal de la empresa, se debe proceder a revelar tal situación en los estados financieros, especificando que la sociedad no se considera como un negocio en marcha.

Ahora bien, de las pruebas esbozadas, debe considerarse que el actor, fue sancionado, en su calidad de administrador de la sociedad Odebrecht Latinvest de Colombia S.A.S. dado que, "*preparó, certificó y presentó los estados financieros correspondientes al año 2018 bajo la hipótesis de negocio en marcha, cuando lo correcto era su preparación bajo el principio de liquidación"*[3]*.*

Habiéndose contextualizado el caso de marras, es evidente que las partes tienen dos posturas diferentes: El actor, que las presentaciones de los estados financieros del 2018 debían presentarse bajo la hipótesis de negocio en marcha, mientras que la autoridad demandada prohíja la tesis de que debían prepararse bajo el principio de liquidación.

Así, ha ponderarse que el señor Suárez Solís afirmó que para el periodo 2018 la empresa no se encontraba en inminente riesgo de liquidación, de ahí que lo procedente era la presentación de los estados financieros de la referida empresa bajo la hipótesis de negocio en marcha.

Para estudiar ese argumento, debe considerarse que de las declaraciones que fueron expuestas en las líneas que anteceden se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S tenía una inversión en la Concesionaria Ruta del Sol equivalente al 99% de sus activos[4].

2. En el año 2018, la sociedad mencionada no ejecutó otra actividad diferente a la participación accionaria en la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S.

---

[3] Resolución sancionatoria No. 301-000051 del 12 de enero de 2021

[4] Esta información se corrobora tanto en las declaraciones rendidas por José Sandoval y Carlos Moreno y por el estudio de la Superintendencia de Sociedades al analizar la información allegada mediante los escritos 2017-01- 163792 del 6 de abril de 2017, 2017-01-248529 del 8 de mayo de 2017, 2018-01- 348080 del 30 de julio de 2018, 2018-01-363812 del 8 de agosto de 2018, 2019- 01-120263 del 9 de abril de 2019, 2019-01-130048 del 11 de abril de 2019 y 2019- 01-413325 del 19 de noviembre de 2019.

3. En el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2018 y el 31 de diciembre de 2018, Odebrecht Latinvest Colombia S.A.S. no tuvo ingresos además de una suma de $5.638.000, que correspondía a *"cambio sobre las deudas, por los pasivos en moneda extranjera".*

4. Dado que la empresa tenía relación con el grupo Odebrecht tuvo problemas para "aperturar cuentas, solicitar y girar", pues el sistema financiero les impedía tales actividades.

En este punto debe ponerse de presente que las conclusiones a las que se allegó en las declaraciones no fueron desvirtuadas por la parte actora, pues la censora se limitó a afirmar que la empresa Odebrecht Latinvest no se encontraba en inminente liquidación.

Así mismo, se destaca que, en el año 2018, el principal activo de Odebrecht Latinvest era su inversión en el Concesionario Ruta del Sol, pues correspondía al 99% de sus activos. Adicional a ello, para ese año la empresa referida no contó con activos nuevos, de ahí que era claro que no estaba desarrollando su objeto social.

En esa razón, es evidente que existían pruebas para concluir que Odebrecht Latinvest tenía una dependencia financiera exclusiva de Odebrecht S.A. y en específico, de la Concesionaria Ruta del Sol. Así mismo, ante la ausencia de diversificación de actividades que aumenten sus activos, Odebrecht Latinvest se encontraba en una situación financiera vulnerable, que tenía la potencialidad evidente de conllevar a su liquidación.

De esa manera, en el caso objeto de litis, es claro que existen pruebas que demuestran que Odebrecht Latinvest S.A.S. no podía presumirse en una temporalidad ilimitada, pues teniendo en cuenta que, la fuente potencial principal de sus recursos se encontraba en riesgo, así como la existencia de situaciones que causaban incertidumbre y afectación de la reputación de la sociedad, la administración estaba compelida a reportar tal realidad en los estados financieros, especificando que la empresa no podía considerarse un negocio en marcha.

En ese orden, no puede arribarse a una conclusión distinta a que no le era dable al señor Suárez Solís, en su calidad de administrador, presentar los estados financieros de Odebrecht Latinvest S.A.S. bajo la hipótesis de negocio en marcha, pues lo correcto era su presentación con fundamento en la hipótesis de liquidación.

Ahora, esclarecido lo anterior, el Despacho pasa a estudiar el argumento del censor según el cual la falta de un concepto del revisor fiscal sobre los estados financieros no significaba que fuera incorrecta la aplicación de la hipótesis del negocio en marcha.

Sin embargo, el Despacho estima que tal argumento es impertinente, dado que la conclusión sobre la aplicación de la hipótesis de negocio en marcha fue rechaza por la demandada, no con fundamento en la falta del concepto de revisoría fiscal sino sobre las pruebas que daban cuenta que dichos estados debían presentarse a la luz de la hipótesis de liquidación.

Consecuencia de ello, habiéndose probado que los estados financieros de 2018 debían presentarse sobre la hipótesis de liquidación y no sobre negocio en marcha, debe darse respuesta a los problemas jurídicos respectivos y negar los cargos que los contienen.

3. ¿Emitió, el ente de inspección, vigilancia y control demandados, los actos acusados con infracción de las normas en que debían fundarse y vulneración del principio de confianza legítima, como quiera que contaba con la posibilidad de rectificar los estados financieros prestados bajo la hipótesis de negocio en marcha,

conforme lo previsto en los artículos 40 y 85 de la Ley 222 de 1995, así como de ordenar la liquidación de la sociedad demandante?

La censora consideró que existiría violación del principio de confianza legítima, dado que, Odebrecht Latinvest S.A.S se encontraba bajo control por la Superintendencia de Sociedades desde 2017, de ahí que la demandada contaba con la información pertinente para ordenar la corrección de base contable de los estados financieros, pero se habría abstenido de ello y habría procedido a sancionar.

En ese orden, adujo que la autoridad demandada habría pretermitido lo contemplado en el artículo 40 de la Ley 222 de 1995, pues la accionada no solo contaba con la posibilidad de rectificar los estados financieros, sino, que también podía ordenar una corrección de los mismos.

Agregó, que en tal contexto, la demandada podía ordenar la liquidación de la empresa, aunque no esté en los eventos previstos en la Ley 1116 de 2006 y ordenarle la presentación de su información financiera bajo el principio de liquidación, tal como lo indicaría el numeral 7 del artículo 85 de la Ley 222 de 1995, adicionado por el artículo 43 de la Ley 1429 de 2010.

De ese modo, dijo que si, a juicio de la accionada, la situación de la sociedad era crítica para el periodo de 2018, la Superintendencia debió ordenar: *"(i) La modificación de la base contable de los Estados Financieros de 2018 a principio de liquidación, y/o; (ii) La liquidación de la sociedad en ese periodo".*

En ese orden, indicó que el actor habría optado por la misma base contable que la accionada habría recibido en periodos pasados, pues esta habría sido recibida sin efectuar observaciones.

Así, es claro que la inconformidad del actor recae en que la Superintendencia, dado que se encontraba ejerciendo el control y vigilancia de la empresa Odebrecht Latinvest, podía ordenar el cambio de base contable para los estados financieros ordenando una corrección o también la liquidación de la sociedad y así no proceder a sancionarla.

Por tanto, según el accionante, no haber actuado el ente de inspección, control y vigilancia en el sentido planteado por la actora habría conllevado a su juicio a la vulneración del principio de confianza legítima, pues se habría actuado confiando en que la base contable que habría presentado sería la correcta.

Para resolver, debe ponderarse que la Ley 222 de1995, regula:

> *"ARTÍCULO 40. RECTIFICACION DE LOS ESTADOS FINANCIEROS. Las entidades gubernamentales que ejercen inspección, vigilancia o control,* ***podrán ordenar rectificar los estados financieros o las notas que no se ajusten a las normas legales.*** *Tratándose de estados financieros de fin de ejercicio, las rectificaciones afectarán el período objeto de revisión, siempre que se notifique dentro del mes siguiente a la fecha en la cual se hayan presentado en forma completa ante la respectiva autoridad. Pasado dicho lapso las rectificaciones se reconocerán en el ejercicio en curso. Las rectificaciones se darán a conocer al difundir los estados financieros respectivos y, en todo caso, en la forma y plazo que determine la respectiva entidad gubernamental. La orden de rectificación solo tendrá efectos cuando la entidad gubernamental que ejerce inspección, vigilancia o control haya resuelto expresamente los recursos a que hubiere lugar, si es que éstos se interpusieron.*
>
> *(…)*
>
> *ARTÍCULO 85. CONTROL. El control consiste en la atribución de la Superintendencia de Sociedades para ordenar los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de orden jurídico, contable, económico o administrativo de cualquier sociedad comercial no vigilada por otra superintendencia, cuando así lo determine el*

Superintendente de Sociedades mediante acto administrativo de carácter particular". (Se resalta)

De lo anterior, se desprende que el ejercicio de control, dentro del que se encuentra la posibilidad de solicitar rectificación de los estados financieros de una sociedad, constituye una facultad y no un deber de la Superintendencia de Sociedades, esto es, se trata de una función discrecional.

En gracia de discusión, debe decirse que, la responsabilidad principal de la precisión de los estados financieros recae en la administración de la sociedad. Así, la Superintendencia puede proporcionar orientación y control, pero la carga de presentar información precisa y corregir cualquier error recae en la empresa. Incluso, si la Superintendencia hubiera ordenado correcciones previas, la responsabilidad final de cumplir con las regulaciones legales contables sigue siendo de la administración.

Corolario de lo expuesto, debe decirse que, el principio de confianza legítima no puede ser un sustituto del deber de diligencia con el que deben actuar las administraciones de las empresas que se encuentran sometidas a inspección, vigilancia y control de la Superintendencia de Sociedades. En esa razón, el cargo estudiado se niega.

4. ¿Expidió, la entidad demandada, las resoluciones que se estiman nulas con violación al principio de proporcionalidad de las sanciones, dado que había aplicado indebidamente los criterios de graduación de las sanciones, previstos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011?

Inicialmente, debe precisarse que la censora estimó que los actos enjuiciados serían nulos, toda vez que no se habrían valorado todos los criterios de graduación de la sanción contemplados en el artículo 50 de la Ley 1347 de 2011.

Así estimó que le demandada solo habría analizado algunos de los criterios de la mencionada norma y habría excluido los que le resultarían favorables al demandante, tales como "beneficio económico", "reincidencias en la comisión de la infracción", y "resistencia a la investiga, configurándose a su juicio, una violación del principio de proporcionalidad".

Descendiendo al estudio del caso, se advierte que, en lo concerniente a la observancia de los parámetros que debían tenerse en cuenta para definir la sanción, es preciso referirse al contenido de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

"ARTÍCULO 50. Graduación de las sanciones. Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.

2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.

3. Reincidencia en la comisión de la infracción.

4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.

5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.

6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.

7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente

8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas".

De la norma en cita, se extrae que, la Superintendencia de Sociedades, al imponer multas, debe evaluar las circunstancias agravantes y atenuantes de la infracción, en aras de realizar una graduación en la sanción que obedezca a criterios proporcionales.

Ahora, para verificar si los criterios que fueron señalados en antelación, fueron tenidos en cuenta o no por la demandada, en orden a imponer una razón proporcional y razonable, es necesario poner de presente lo afirmado por esa autoridad en los actos acusados.

En la Resolución sancionatoria No Resolución No. 301-000051 de 12 de enero de 2021, se indicó:

"Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados. El daño se encuentra dado por la infracción de las disposiciones mencionadas previamente y considerando, lo señalado por la jurisprudencia sobre el particular:

(…)

b) Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes. En razón a que quedó probada la falta de diligencia, por cuanto lo estados financieros del año 2018, no presentaban la realidad económica, no eran fiables para terceros y en consecuencia, no eran útiles para que los terceros tomaran decisiones bien informadas.

(…)

Así, en el caso en concreto, los hechos económicos presentan evidencia que la sociedad ODEBRECHT LATINVEST COLOMBIA S.A.S., enfrentaba un deterioro patrimonial, inactividad operacional, llevaba dos periodos con daño reputacional que se materializaba en falta de acceso al mercado, no tenía acceso al sistema financiero, y en ese orden, al no generar ingresos sus gastos eran atendidos por compañías vinculadas".

Así mismo, en Resolución No. 370300 (300002847) de 5 de mayo de 2021, por la cual se resolvió un recurso de apelación en contra de la Resolución sancionatoria, se estableció:

"(…) De acuerdo con lo anterior, se observa que, para la imposición de las sanciones, por la infracción que se encontró probada en la investigación, en cabeza del Recurrente, la Dirección de Supervisión Empresarial encontró aplicables los criterios relacionados con el daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados y la falta de diligencia en los deberes que tenía a su cargo. El análisis integral del tema se encuentra en las páginas 389 y 390 del acto recurrido y contra el mismo no existe una exposición del Recurrente que tienda a demostrar que los criterios que debieron aplicarse son los relativos a: el "beneficio económico", las "reincidencias en la comisión de la infracción", o la "resistencia a la investigación" y, como quedó debidamente sustentado por la Dirección, los criterios que resultaron probados fueron los que finalmente fueron aplicados a la hora de dosificar la sanción a imponer.

(...) Por último, el propio Consejo de Estado ha reconocido un nivel de discrecionalidad suficiente en cabeza del ente sancionador, basado en la valoración de la gravedad de los hechos, valoración que se realizó en relación con la falta probada y respecto de la cual el recurso no contiene ninguna exposición que tienda a desvirtuarla. En consecuencia, esta Delegatura encuentra ajustada a derecho la aplicación de los criterios de dosificación de la sanción impuesta en el acto recurrido".

De estos apartes se observa que, la Administración sí valoró algunos los criterios que se encuentran vertidos en el numeral que fue citado en antecedencia. Pues, se consideró que el actor actuó sin la debida diligencia, dado que los estados financieros que presentó no representaban la realidad económica de la empresa, por lo tanto, no eran útiles para que terceros tomaran decisiones bien informadas, pues la sociedad Odebrecht Latinvest se encontraba ante un deterioro patrimonial significativo.

De otro lado, se dijo que la administración aplicó los criterios que encontró probados, de ahí que, la graduación de la sanción se habría hecho ponderando la gravedad de los hechos.

Ahora bien, debe señalarse que la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Subsección A, ha sido reiterativa y unánime en indicar que no todos los factores citados en la norma deben ser analizados por la autoridad que impone la sanción, pues tal como lo ha referido esa Corporación, se deben examinarse únicamente a los factores que se aplican al caso concreto. En ese razonamiento, es claro que no era necesario que se evalúen todos los elementos contenidos del artículo 50 antes citado.

En adición, en lo que respecta a la proporcionalidad de la sanción, debe advertirse que, si bien es cierto que existen decisiones que pueden estar sujetas a la facultad discrecional de la Administración, no lo es menos que dentro del ordenamiento se contemplan normas que establecen unos límites dentro de los cuales deben actuar las autoridades, más aún en lo relacionado con la imposición de multas.

Al respecto, se observa que la Ley 222 de 1995[5], regula:

> *"ARTÍCULO 86. OTRAS FUNCIONES. Además la Superintendencia de Sociedades cumplirá las siguientes funciones: (...)*
>
> *3. Imponer sanciones o multas, sucesivas o no, hasta de doscientos salarios mínimos legales mensuales, cualquiera sea el caso, a quienes incumplan sus órdenes, la ley o los estatutos".*

Así, de la normativa anterior, se desprende que la Superintendencia de Sociedades está facultada para imponer sanciones de hasta doscientos salarios mínimos legales mensuales. Ahora, si bien es cierto que la accionada decidió imponer la multa en el monto más alto permitido legalmente, no lo es menos que tal decisión se encuentra dentro de los límites legales y tuvo fundamento en la gravedad de la falta cometida por el señor Suárez Solís, y por lo tanto, no obedeció al arbitrio de esa entidad.

En ese tenor, es posible concluir que la decisión adoptada por la autoridad accionada se adecuó a los fines de la norma. Igualmente, se ha corroborado que la Administración sustentó su decisión a través de una valoración razonable y proporcional de los criterios que debía analizar.

Colofón de lo aludido, se considera que la respuesta a los problemas jurídicos indicados es que la Superintendencia de Sociedades no incurrió en vicios que desvirtúen la legalidad los actos censurados. Por ende, el cargo de nulidad propuesto se niega.

---

[5] *"Por la cual se modifica el Libro II del Código de Comercio, se expide un nuevo régimen de procesos concursales y se dictan otras disposiciones"*

5. ¿Profirió, la Superintendencia demandada, los actos cuya legalidad se impugna con violación a los principios de legalidad y favorabilidad de las sanciones, dado que la sanción impuesta no se calculó teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la comisión de la infracción?

Indicó, la parte actora para sustentar el cargo en cuestión, que la demandada, para calcular el monto de la sanción, tuvo en cuenta el salario mínimo mensual vigente el momento en que impuso la multa, o sea, el del año 2021, situación que, a su juicio, sería errada, pues debió considerarse el salario vigente para el año de la comisión de la infracción. De esa manera, consideró que se habrían vulnerado los principios de legalidad y favorabilidad.

Para responder el problema jurídico en cuestión, el Juzgado hace énfasis en que el argumento que soporta el cargo no alude a la inexistencia de la falta, sino que se refiere solamente al cálculo del monto de la sanción, por lo que de encontrarse probado un eventual error en dicho cálculo, esto no conllevaría a dejar sin efecto el acto administrativo que la sancionó, solo habría lugar a analizar si habría lugar a anular parcialmente para disminuir el valor de la multa acorde con la gravedad de la falla advertida.

En otras palabras, el argumento blandido por la actora no alude a la inexistencia de la falta como presupuesto para pedir la nulidad, sino a la forma cómo fue calculada. De ahí, que en el evento en que saliera avante el cargo, no generaría la nulidad de la sanción, sino solamente una revisión del monto de la multa.

Hechas las anteriores precisiones, debe resaltarse que, toda vez que el actor solicitó como pretensión subsidiaria, el estudio del monto de la sanción, tal disenso procederá a analizarse.

Así, ha de considerarse que, al actor se le impuso una multa, inicialmente, el 12 de enero de 2021, a través de Resolución No. 301-000051, por un valor de doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a ciento ochenta y un millones setecientos cinco mil doscientos pesos ($181.705.200).

En adición, debe ponderarse que, de acuerdo con el artículo 49 de la Ley 1955 de 2019, a partir del 1 de enero de 2020, las sanciones y multas que impone la Superintendencia de Sociedades, que antes de dicha Ley se establecían con base en el salario mínimo mensual legal vigente (SMMLV), debían ser calculados con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Tributario – UVT.

Así las cosas, el 1 de abril de 2021, se resolvió el recurso de reposición en contra del anterior acto administrativo y se ordenó:

> *"(…) ARTÍCULO PRIMERO. MODIFICAR el artículo UNDÉCIMO de la Resolución 301-000051 del 12 de enero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente resolución, el cual quedará así:*
>
> *"ARTICULO UNDECIMO. - IMPONER una multa por valor de CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE ($181.705.200**),** equivalentes a 5.004,55 Unidades de Valor Tributario (UVT), al señor GUILLERMO ANTONIO SUAREZ SOLIS (…)*

La anterior decisión fue confirmada por medio de la Resolución No. 370300 (300002847), que desató el recurso de apelación propuesto por el hoy demandante.

De esa manera, es claro que, inicialmente la multa se impuso con fundamento en el salario mínimo legal mensual vigente, y posteriormente en la Resolución que resolvió el recurso de reposición, se modificó esa decisión para imponerse la multa "*por valor de CIENTO OCHENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS PESOS M/CTE ($181.705.200), equivalentes a 5.004,55 Unidades de Valor Tributario (UVT)",* es decir, el mismo monto fue calculado con base en su equivalencia en términos de Unidad de Valor Tributario.

Igualmente, se advierte que esa decisión que fue posteriormente confirmada en el acto que resolvió el recurso de apelación.

Precisado lo anterior, debe resaltarse que el reproche del actor recae en que la sanción se impuso de acuerdo al salario mínimo vigente al momento de imponerse la multa y no con fundamento en el salario del año en que ocurrieron los hechos objeto de reproche, de ahí que se habrían pretermitido los principios de legalidad y favorabilidad.

Al respecto, debe decirse que, la Corte Constitucional razonó:

> *"Finalmente está el argumento consistente en que se sacrifica el principio de legalidad al tasar el valor de una sanción administrativa con fundamento en unos salarios mínimos que tienden a incrementar su valor real a través del tiempo; lo que eventualmente podría significar que el valor de la sanción al momento de la infracción a castigar fuera menor al valor de la sanción que se terminara imponiendo más adelante. Frente de tal argumento, si bien el mismo puede tener cierto sustento fáctico, tal incremento sería insustancial al punto de no tener la capacidad de afectar el principio de legalidad, por lo menos en el corto plazo.* ***En el largo plazo, en tratando de un proceso administrativo sancionatorio de largo aliento, si bien por virtud del fenómeno del deslizamiento del salario mínimo (ver 7.9 infra) el valor real de la sanción a imponer podría crecer a lo largo del tiempo, la Corte considera que tal situación de todos modos estaría regularmente dentro del margen de flexibilidad que le es inherente al derecho administrativo sancionador contemporáneo****.*
>
> *Por lo atrás explicado, para la solución del problema jurídico 2 que se planteó a inicio de esta providencia, la Corte optará por la posición sostenida en el numeral 5.2 supra; esto es, por aquella según la cual el principio de legalidad en materia del derecho administrativo sancionador es lo suficientemente flexible como para permitir que el valor de las sanciones que por infracciones de personas naturales al régimen de la libre competencia sea ulteriormente determinable en momento posterior a la comisión de la infracción del caso y en salarios mínimos legales mensuales vigentes"*[6]*.*

De esa manera, es claro que para la citada Corporación, el principio de legalidad en el derecho administrativo sancionatorio puede flexibilizarse para permitir que el valor de las sanciones que se impongan con fundamento en salarios mínimos legales mensuales vigentes, sea determinado de manera posterior a la comisión de la infracción, postura que acoge esta Judicatura.

Aunado a ello, y en línea con la jurisprudencia esbozada, debe decirse que, considerando el fenómeno del deslizamiento del salario mínimo, esto es, el aumento gradual de éste para mantener el poder adquisitivo, es razonable que las multas se determinen en función del salario mínimo del momento de la imposición de la sanción, pues garantiza que las multas sean proporcionales a las condiciones económicas de ese momento. En razón de lo anterior, el cargo bajo estudio se niega.

---

[6] Sentencia C-394 de 2019

4.- Conclusiones

En suma, de conformidad con lo dicho en precedencia, el Despacho negará las pretensiones de la demanda al no haberse desvirtuado, por parte del señor, Guillermo Antonio Suárez Solís, la presunción de legalidad que acompaña a las Resoluciones: No. 2021-01-002363 (301-000051), No. 2021-01-105717 (301-001128) y No. 2021-01-370300 (300-002847), proferidas por la Superintendencia de Sociedades. Lo propio en torno a la pretensión de ajuste del valor de la sanción formulada como subsidiaria.

5.- Condena en Costas

Según lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, el criterio subjetivo – valorativo para la condena en costas implica: i) el resultado de la derrota dentro del proceso o recurso que se haya propuesto (objetivo); y ii) que en el expediente se revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo tanto, el Despacho considera que, en el presente asunto, no hay lugar a imponer una condena en costas al demandante, en la medida que, si bien se denegaron las pretensiones de la demanda, no se acreditó probatoriamente su causación, es decir, no aparece prueba alguna que acredite los gastos en que incurrió la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

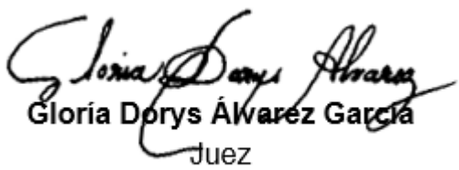
FALLA

PRIMERO. - Denegar las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda.

SEGUNDO. - Abstenerse de condenar en costas a la parte demandante.

TERCERO. - Ejecutoriada la presente providencia, **archívese** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Gloria Dorys Álvarez García
Juez

Firmado Por:
Gloria Dorys Alvarez Garcia

Juez

Juzgado Administrativo

002

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **d5caea1b0e8ba2926eb00dca5589e405dec259cb60c8b7e8c97251b88085720e**

Documento generado en 27/10/2023 06:51:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica